

УДК 346.3(477)

Р.Б. ШИШКА, докт. юрид. наук, проф., Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України

КОНЦЕПЦІЯ ТА ОЗНАКИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Ключові слова: концепція та ознаки, підприємницький договір, законодавство України

Категорія «підприємницький договір» актуалізувалася у зв'язку з планами уряду відмінити ГК України та відновити дію Закону України «Про підприємництво» чи прийняти подібний йому за спрямуванням закон. До того, термінологія підприємництва має своє окреме призначення і в ЦК України, і в ГК України і наразі міцно прижилася. Вона проявляється в конструкції суб'єктів, об'єктів інших елементів цих правовідносин. Це стосується й категорії «підприємницький договір», яка одними підтримується, а іншими відкидається як проміжна, технічна чи різновид інших базових конструкцій договору. Відповідно виникає потреба встановити сутність та походження категорії «підприємницький договір».

Безумовно, що правова категорія «підприємницький договір» може бути виведена з загальних категорій «домовленість», «правочин», універсалізму категорії «договір» та його проявів, які застосовуються в актах чинного законодавства («угода», «контракт»). Щодо першого, то ця категорія теж застосовується в сенсі договору, в тому числі, як нормативно-правовий акт, зокрема «Домовленість про обмін інформацією між Міністерством охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України і Адміністрацією з питань охорони здоров'я і техніки безпеки Сполученого Королівства Великобританії та Північної Ірландії». В основі всякого договору - як підста-

ви виникнення правовідносин домовленість його сторін. Здебільше домовленість – спосіб комунікації й порозуміння зі встановлення правил поведінки між суб'єктами на рівні компромісу їх абсолютних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. В її результаті сторони домовленості встановлюють (набувають) юридичних обтяжень, в тому числі щодо виконання обов'язків, наприклад вербальна *домовленість* про те, що батько сплачуватиме кожного місяця по 500 гривень на утримання дитини. У таких випадках сторони домовленості завжди приймають на себе юридичні обов'язки і набувають чи змінюють свої суб'єктивні права.

Сфера набутих за домовленістю відносин суб'єктивних прав та юридичних обов'язків залежить від сфери правового впливу чи правового регулювання і його мети. Йдеться про галузеву приналежність цих прав та сферу їх поширення: усередині країни чи між двома та більше країнами і підпорядкування сфері дії законодавства однієї країни чи одночасно законодавства двох та більше країн. Відповідно й стратегія та тактика здійснення економічної політики в цих країнах впливатиме на форму, в тому числі, й на підприємницький договір (здійснення реєстрації, поширення імперативізму на взірцеві та типові контракти, встановленні пріоритетів в визначенні змісту, наприклад, відповідно до Правил Інкотерм тощо). Інколи варіантом останнього може слугувати сам міжнародний договір, який регулює договори, які будуть укладені за його правилами та в його межах резидентами держав, що домовилися про співробітництво у певній сфері.

Галузева приналежність договору – підпорядкованість договору регулюванню нормами окремої галузі права чи врегулювання відносин між суб'єктами призвела до необхідності виділення особливої галузі чи підгалузі права. Йдеться про трудове право (трудоий договір, контракт), сімейне право (сімейно правовий договір: шлюбний контракт, договір між подружжям тощо), інвестиційне право (інвестиційний договір), підприємни-

цьке право (підприємницький договір). У такому сенсі категорія «підприємницький договір» – елемент характеристики договору взагалі та сфери його застосування. В той же час виникає слушне запитання чи всі види договорів, які укладаються у сфері підприємництва, можуть претендувати на ранг підприємницьких чи ні? Мабуть, що всі договори, які укладаються підприємцем, не можна віднести до них, і ознака участі в таких договорах підприємця не є домінуючою чи єдиною. Наприклад, засновницький договір, який автор колись сам відніс до таких, не може бути підприємницьким хоча б тому, що він укладається на момент формальної відсутності підприємця. Інша справа, що він є інвестиційним договором і врегульовує відносини за створення такого суб'єкта підприємництва як товариство, і особливо інвестиційні зобов'язання засновників. Тому не дарма після їх виконання такий договір зазвичай припиняється.

Разом із тим, різноманітність інтересів особи, призвела до того, що появляться комплексні (інтегровані) та змішані (конгломеровані) правові категорії, в яких стираються галузеві ознаки, що ускладнює однозначність в оцінці їх правової природи та виділення іманентно властивих ознак. На такій генезисній основі, на наш погляд, з'явився й підприємницький договір, який за своїми ідеями принципів підприємництва, більшість з яких у подальшому стали ембріонами принципів свободи договору, був ближчий новій генерації підприємців.

Зокрема, з прийняттям 07.01.1991 р. Закону України «Про підприємництво», з одного боку слід було врегулювати переважну масу товарообмінних операцій, які стали здійснюватися на новітній парадигмі приватного права та приватного інтересу, а з другого – надало підстави дистанціюватися від конструкції «соціалістичного господарського договору», як такого, що був інструментом плану. З огляду на це стали оперувати відповідними економічним новелам категоріями, зокрема, поняттям не «господарський дого-

вір», а «підприємницький договір». З часом він прижився настільки, що у подальшому, уже конструкція популярного та розвинутого в доктрині права підприємницького договору з появою ГК України та поступовим очищенням конструкції господарського договору від елементів імперативності й об'єктивним зближенням зі своїм новим прототипом призвела до відновлення його з певного призабуття. Одночасно ці конструкції стали конкурувати, що породило проблему їх співвідношення.

Відповідно виникає й потреба встановитися в логічній послідовності категоріального ряду. Тут ми виходимо з галузевого співвідношення. Навіть за того, що ГК України врегульовує відносини у сфері господарювання на іншій засаді (господарського зобов'язання як, очевидно, особливого роду правочину), ми не можемо ігнорувати загальне призначення договору – врегулювати насамперед відносини товарообороту. Тим більше, що в міжнародних актах, наприклад, Принципах європейського контрактного права, ця різниця зникає і проявляється сутність договору – як добровільно взятого на себе зобов'язання задля досягнення певної мети у сфері товарообороту: реалізувати товар – придбати товар. Тож підприємницький договір може розглядатися як прояв цивільно-правового та, зокрема, господарського договору, з чим в принципі погоджуються більшість дослідників конструкції підприємницького договору, що гносеологічно появився із Законом України «Про підприємництво». Першість у введенні цієї категорії в науковий оборот належить тим фахівцям, які читали курс «Підприємницьке право». Зокрема, з опублікуванням спочатку частинами на шпальтах журналу «Бізнес Інформ» та виданням в 1996 р. В.Л. Мусіякою першого в Україні посібника з підприємницького права набуло поширення в науковому загалі. Пізніше в навчальній літературі цю ідею підхопили і розвинули А.А. Попов, В.В. Луць та Р.Б. Шишка та інші фахівці. Така категорія попала у всім відомі програми курсів «Пра-

вові основи підприємницької діяльності» чи пізніше «Підприємницьке право», в тому числі, навіть під егідою центру комерційного права, яким і підтримувалася в рамках спеціальних програм. Згодом появились і спеціальні його наукові розробки представниками шкіл цивільного та господарського права.

На розвиток конструкції підприємницький договір вплинуло поняття «підприємництво», яке надало цьому договору ряд ознак, що притаманні цій діяльності: сфера – назву, легалізація та реєстрація (форму), напрямки здійснення – типи та види, ризиковість – особливі види забезпечення та номінації, прибутковість – оплатність та внутрішні бухгалтерські проводки як господарських операцій, обов'язковість передбачення майнової відповідальності тощо. Крім того, спочатку на засадах підприємництва, а пізніше – інвестиційної діяльності цей договір став набувати й інших ознак: свобода волевиявлення, свобода розпорядження власністю та ціноутворення тощо. До того цей договір, як різновид цивільно-правового, проявляє і його інші ознаки. Зокрема, серед ознак договору, як універсального регулятора суспільних відносин, виділено: а) вільне волевиявлення; б) згода сторін за всіма суттєвими аспектами договору; в) рівність сторін у договірних відносинах; г) юридичні гарантії виконання договорів; д) оплатний (за загальним правилом) характер дій сторін щодо вирішення передбачених завдань; е) взаємна відповідальність сторін за невиконання прийнятих зобов'язань [1, с.28], або: а) згода сторін про встановлення прав та обов'язків; б) намір сторін добровільно виконати договір; в) суб'єктивна виконувальність; г) юридичний дозвіл; д) забезпеченість засобами державного впливу.

Конструктивні елементи договору створюють його своєрідний «каркас» (матрицю), котрий у подальшому можна застосовувати для визначення договору як правової конструкції. Серед якісних характеристик договору вказуються й такі, як: правові наслідки його укладення – встановлення правового

зв'язку між сторонами, спрямований на досягнення мети її учасників та задоволення їх інтересів, передбачає правовий режим поведінки осіб, визначає вимоги до порядку і послідовності необхідних дій його суб'єктами, виникає за умови досягнення домовленості (чомусь вказано - угоди) між учасниками, передбачає формальну рівність сторін договору у виборі партнерів, еквівалентний характер взаємовідносин у вигляді взаємних компенсацій, його зміст складають умови та взаємні вимоги партнерів(?), має відносну автономність у межах закону, універсальність, набувають юридичної сили внаслідок їх законодавчого забезпечення, у тому числі й взаємною відповідальністю сторін за невиконання чи неналежне виконання прийнятих зобов'язань. Еклектичність запропонованих ознак, довільне використання юридичної термінології, – абсолютність такого підходу очевидна.

При моделюванні ознак підприємницького договору в 1999 р. автор виходив зі сфери його застосування (підприємництво), форми (письмова), мети укладення (переведення товару в універсальний його еквівалент – гроші чи інший товар), порядку легалізації (бухгалтерський облік та звітність), публічно-правового значення (база для оподаткування), а для полегшення останньої – контроль у сфері обігу грошей (через банки у безготівковій формі, із застосуванням ЕККА, у крайньому разі сумарним фіксування денної виручки та обов'язком її вносити на рахунок підприємця. При тому основним вважаємо й досі – реалізація товару та отримання прибутку, за чого підприємницьким договором охоплюються лише товарообмінні операції. Іншими словами, підприємницький договір – юридична форма товарообміну у прояві Г-Т-Г-Г¹.

В дисертаційних роботах цій проблемі теж приділено досить уваги. Так, О.О. Коломієць визначає, що підприємницькі договори – це договори, однією з сторін яких виступають суб'єкти підприємницької діяльності, та які укладаються з метою отримання при-

бутку хоча б для однієї із сторін. Вона виділила ознаки, які властиві всім підприємницьким договорам: той же особливий суб'єктний склад, мету договору (обов'язкове отримання прибутку хоча б однією із сторін) та спеціальні ознаки, характерні лише для окремих видів підприємницьких договорів, до яких можна віднести тривалий час виконання, законодавчо встановлений порядок укладення, обов'язкову реєстрацію договорів та ін. Одночасно запропоновано виділити види таких договорів: договори, право на укладення яких мають лише державні, казенні підприємства; договори, право на укладення яких мають лише юридичні особи-підприємці (банківські послуги, операції з цінними паперами); договори, право на укладення яких мають лише юридичні особи-підприємці певних організаційних форм (здійснення ломбардних операцій, довірчі операції); договори, право на укладення та виконання яких мають лише фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності (арбітражні керуючі); договори, право на укладення яких мають лише суб'єкти підприємницької діяльності, які мають відповідну ліцензію на право здійснення певного виду підприємницької діяльності; договори, право на укладення яких мають усі суб'єкти підприємницької діяльності без обмежень [2, с.15-16]. Тут теж вбачаємо прогалини в запропонованій конструкції та надто великий спектр узагальнення.

До того з появою у оновленій редакції Закону України «Про захист прав споживачів» категорії «споживчий договір» появилася підстава для заперечення такої ознаки підприємницького договору, як участь в ньому підприємця. Проте, чи так це? Нагадаємо, договір – це усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція. Підтвердження вчинення усного правочину оформляється квитанцією, товарним чи касовим чеком, квитком, талоном або іншими документами (далі – розрахунковий документ), а його сто-

роною є споживач-фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Доволі цікаву конструкцію стосовно господарського договору запропонувала В.С. Мілаш, яка до *конструктивних* (базових) елементів цього договору відносить: а) вільну за своєю природою домовленість сторін щодо вступу у договірне зобов'язання; б) реально існуючий намір сторін виконати домовленість; в) початкову суб'єктивну виконувальність; г) забезпеченість засобами державного впливу. До *спеціальних* конструктивних елементів відповідно: 1) його форму; 2) суб'єктний склад; 3) господарську договірну правосуб'єктність сторін; 4) об'єкт; 5) інтерес; 6) мету договору [3, с.341-351]. Тут, власне вона використала ідею про варіативні (змінні) та не варіативні (постійні) ознаки. Але при тому, на наш погляд, припустилася системної помилки: на рівні зобов'язань та договорів уже немає категорії «суб'єкт», штучно збільшила кількість ознак підприємницького договору за рахунок загальних ознак цивільно-правового договору. Досить сумнівною є теза про договірну господарську правосуб'єктність: вона не корелюється з ідеями, що проведені у ст.ст.91-92 ЦК України, припускає моделювання штучних правових конструкцій.

Видається досить практичним підхід до розуміння договору Є.О. Суханова, який його доктринально витлумачив як «...средство (инструмент) регулирования взаимоотношений его участников представляет в виде согласованной сторонами в ставшей для них юридически обязательной программы их совместных действий по достижению определенного экономического (имущественного) результата» [4, с.153]. Отже в такому розумінні, договір – програма дії (алгоритм) сторін зобов'язального правовідношення, у якому чітко визначені їх взаємні суб'єктивні

права та юридичні обов'язки, що розписані за предметом, часом та місцем, іноді й способом виконання. Вона може бути легальна або взірцева типологічна, уточнена видова (купівля-продаж) чи навіть підвидова (продає цінних паперів), що має рекомендаційний орієнтований характер, і реальна, яка узгоджена сторонами при укладенні договору. Власне, вона деталізує на основі загальної моделі суб'єктивні права та юридичні обов'язки сторін договору чи навіть третіх осіб в договорі. Проте, досить часто реальна назва договору та його зміст не співпадають, здебільшого внаслідок різниці баз оподаткування. В такому разі можливе застосування загальних правил про правочин і визнання підприємницького договору недійсним в залежності від виду підсудності: а) як власне правочину (цивілістична модель) за ст.ст.215-216 ЦК України; б) як господарського зобов'язання (ст.ст.207-208 ГК України)

Опираючись на такий дедуктивний підхід, модельний ряд може бути визначено як договір взагалі – договірний тип (договори на передавання майна у власність) – договірний вид (платна передача майна у власність, безоплатна передача майна у власність) – окремі інститути договірного права – субінститути таких договорів. Звідси маємо загально методологічний підхід до систематики договірного права, де останній у схемі рівень характеризує різновиди (субінститути) договору.

Крім того, сам підприємницький договір має свої похідні категорії, які теж мають свої правові ознаки. До таких договорів ми відносимо зовнішньоекономічний контракт, але не всі види таких контрактів, які передбачені ст.6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» а лише ті, що стосуються товаробороту. Указом Президента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» встановлено, що розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності

України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати. Суб'єктам підприємницької діяльності України при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів (контрактів) приписано забезпечувати додержання вимог, передбачених Уніфікованими правилами. Відповідно, такі договори (контракти), що укладені суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), можуть визнані недійсними, якщо вони не відповідають вимогам цього Указу.

Не менш цікаве питання про визначення досліджуваного договору. На наше переконання, його слід сформувати таким чином, щоб він увібрав у себе категорії більш загального порядку й не допускав повтору їх конструктивних елементів. За таких умов авторське бачення визначення договору може полягати в тому, що договір – зобов'язання між двома та більше сторонами, що засноване на їх домовленості та визнається чинним законодавством. Останнє доповнення стосується легітимності договору й витікає із сфери захисту прав за договорами та допустимості договорів для врегулювання відносин. Йдеться про договори з надання інтимних послуг, а точніше про майнові засади проституції чи інші подібні договори, що сьогодні регулюють відносини у сфері влучно названих розваг «екстрим». До того ж, вона – певне повернення до витоків римської конструкції договору як домовленості, що підпадає під захист закону.

Але якщо верх бере зобов'язальницька конструкція договору, то ознаки правочинів при систематизації договорів взагалі не повинні враховуватися в їх господарсько-правовій інтерпретації. Тут повинна враховуватись можливість поширення вже класифікації зобов'язань на договори як найбільш близького чи спорідненого правового явища.

Звідси, репрезентована нами класифікація зобов'язань, як би вона критично не сприймалась приборчниками правочинної конструкції, є більш логічною та прийнятною.

На підставі наведеного слід виокремити конститутивні ознаки договору: це домовленість сторін про встановлення зобов'язання та їх взаємні суб'єктивні права й юридичні обов'язки; договір як юридичний факт є підставою виникнення певних правових наслідків як для його сторін, так і для інших осіб; ця домовленість має ранг індивідуального припису та закону для двох та більше сторін договору; договір є легітимним і у разі виникнення спору щодо його виконання і підлягає розгляду у суді, а порушене право захисту. Дані ознаки й варто враховувати при класифікації договору і не допускати їх змішування із спорідненими правовими явищами, зокрема правочину та зобов'язання.

Тож у підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві всякому цивільно-правовому договору, так і особливі риси, які можна звести до таких: 1) його сторонами договору є юридичні або фізичні особи, зареєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприємницької діяльності; 2) його зміст становлять умови, за якими передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або з іншою метою, не пов'язаною з особистим (сімейним, домашнім) споживанням; 3) для деяких з них, зокрема зовнішньоекономічних контрактів або біржових угод, може встановлюватися окремий порядок їх укладення (підписання), обліку та реєстрації; 4) певні особливості можуть характеризувати порядок виконання або умови відповідальності сторін за підприємницьким договором (наприклад, відповідальність підприємця незалежно від його вини).

Підприємницькому договору притаманні специфічні функції:

- ініціативна - полягає в тому, що волевиявлення на укладення договору підприємцем проявляється через спеціальні засоби: рек-

ламу, вивіски, вітрини, передсвяткові і пільгові розпродажі, знижки, премії, виграші та ін.;

- програмно-координаційна виявляється в узгодженні умов договору відповідно ринкової кон'юнктури, інтересів сторін, реальних споживчих якостей товару, рівня і стану договірних зв'язків, можливостей сторін, перспектив їхнього подальшого співробітництва і т.д.;

- інформаційна полягає в точній указівці реквізитів сторін, їхньої організаційно-правової форми, індивідуального положення контрагента і наявності в нього права здобувати такі товари;

- гарантійна виявляється особливо при довгострокових договірних зв'язках за яких його учасники набувають стабільні основу та ринки збуту продукції;

- охоронна функція тісно зв'язана з попередньою і виявляється в можливості спонукати до примусового виконання зобов'язання шляхом застосування до порушників мір оперативного-господарського чи управлінсько-господарського впливу.

Поняття підприємницького договору було використане в проекті ЦК України 1996-1999 рр., зокрема, в ч.2 ст.55 проекту, хоча детально не розкривалося. У ЦК 2003 р. категорія «підприємницький договір» не згадується, хоча змодельовано особливі учасники цивільних правовідносин: фізична особа-підприємець та юридичні - підприємницькі товариства (ст.84 ЦК України). Формальна логіка свідчить на користь появи і спеціальної правової форми врегулювання відносин за їх участю. Такою може бути група договорів, які виписані в ЦК України, а особливо в ГК України на основі конструкції господарського зобов'язання. В той же час в ЦК України є група договорів, які за самою своєю сутністю є підприємницькими: публічний договір, договір приєднання та попередній договір (ст.ст.633-635 ЦК). Таким чином прослідковуються дві генеалогічні лінії підприємницького договору: одна – цивілістична, інша – господарсько-правова.

Можна погодитися з тим, що «Підприємницьким слід вважати договір, сторонами якого є юридичні і фізичні особи-підприємці, за яким передається майно, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням». Проте більш точним є позиція, за якою договір - економічно виправдана та юридично формалізована форма здійснення підприємництва чи правовий засіб перетворення одного товару в його еквівалент.

На підставі наведеного підприємницьким є галузевий різновид договору за участю хоча одного підприємця, який опосередковує товарообмінні операції при здійсненні підприємницької діяльності, що підлягають обліку та оподаткуванню, або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням.

ЛІТЕРАТУРА

1. Предпринимательское право Украины: Учебник /Шишка Р.Б., Сытник А.М., Левков В.Н. и др. /Под общ. ред. Р.Б. Шишки. – Харьков: Спада, 2001. –480 с.
2. Коломієць О.О. Цивільно-правове регулювання діяльності фізичної особи-підприємця: Автореф. дис... канд. юрид. наук. -Київ, 2003.
3. Мілаш В.С. Підприємницькі комерційні договори в господарській діяльності. – Полтава: АСМІ, 2005. –450 с.
4. Гражданское право: Учебник: В 2-х т. – Т.2 /Отв. ред. Е.А. Суханов. –М.: Изд-во «БЕК», 1999.
5. Луць В.В. Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. –К.: Юрінком Інтер, 1999. –480 с.

Шишка Р.Б. Концепція та ознаки підприємницького договору за законодавством України // Форум права. -2008. -№ 2. –С.495-501 [Електронний ресурс]. –Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08srbzsu.pdf>

Відповідно до чинного законодавства розглянуто сутність, концепції, ознаки, генеза та різновиди підприємницьких договорів.

Шишка Р.Б. Концепция и признаки предпринимательского договора по законодательству Украины

Соответственно действующему законодательству рассмотрена сущность, концепции, признаки, генезис и разновидности предпринимательских договоров.

SHishka R.B. Concept and attributes of the enterprise contract under the legislation of Ukraine

According to the current legislation the essence, concepts, attributes, genesis and versions of enterprise contracts is considered.