

С. А. ПОДОЛЯК

## НЕУКЛАДЕНИЙ ГОСПОДАРСЬКИЙ ДОГОВІР: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ПОДОЛАННЯ

*Розглянуто актуальні питання неукладеного господарського договору у світлі пошуку шляхів підвищення ефективності правового регулювання господарсько-договірних відносин. Переосмислюється правова природа цього явища. Запропоновано конкретні пропозиції щодо зміни господарського законодавства.*

**Ключові слова:** неукладений господарський договір, правові підстави.

*Рассмотрены актуальные вопросы незаключенного хозяйственного договора в свете поиска способов повышения эффективности правового регулирования хозяйственно-договорных отношений. Переосмысливается правовая природа этого явления. Сделаны конкретные предложения касательно изменения хозяйственного законодательства.*

**Ключевые слова:** незаключенный хозяйственный договор, правовые основания.

*The actual questions of loss of economic contract while looking for improvement of legal regulation of economic-contractual relations in this part are examined. Different interpretation of legal nature of this notion and amending to the economic law in force are proposed.*

**Key words:** loss of economic contract, legal bases.

Законодавче закріплення категорії неукладеного договору (такого, що не відбувся) ч. 8 ст. 181 ГК України у 2004 р. не тільки не вирішило завдання підвищення ефективності правового регулювання господарсько-договірних відносин в цій частині, а навпаки, розширення сфери застосування господарського договору зумовило стрімке зростання чисельності судових справ про визнання господарських договорів неукладеними, що є свідченням і недосконалості законодавства у цьому питанні, і недостатнього рівня правової свідомості та правової культури учасників господарсько-договірних відносин. Водночас варто зазначити, що проблеми, пов'язані з неукладеним господарським договором стосуються не тільки колізій та неузгодженостей між ГК та ЦК України, які значно ускладнюють правозастосування, а, на наш погляд, в першу чергу використання неукладеного (відсутності певної істотної умови) для правомірного зловживання правом – фактичного розірвання господарського договору, що є поширеним в Україні. Однією з причин цього є невизначеність юридичної природи неукладеного господарського договору як правового явища, з якою напругу пов'язано завдання перегляду та систематизації правових підстав та наслідків визнання господарських договорів неукладеними. У зв'язку з вказаним, метою цієї статті є визначення основних шляхів вирішення проблем неукладеного господарського договору.

В юридичній науці на правову природу неукладених договорів/угод склалися різні, навіть протилежні точки зору: на думку Г. Ф. Шершеневича та Д. І. Мейєра, неукладеність договору/угоди пов'язана з невідповідністю встановленому законом порядку укладання договору та ненастанням суспензивної умови; О. О. Красавчиков, М. Л. Дювернуа, Н. В. Рабінович, І. Б. Новицький, В. В. Груздев співвідносять визнання договору неукладеним (таким, що не відбувся) з незавершеним складом угоди й відсутністю необхідного правотворюючого ефекту;

М. Г. Растеряев, В. П. Шахматов, В. Артьомов, Кю Жюлліо де ла Морандьєр, О. В. Гутніков розглядають угоди, які не відбулися, як окремий випадок недійсних угод у широкому сенсі цього слова і взагалі не вбачають сенсу у виділенні угод, що не відбулися, у самостійну правову категорію.

У правознавстві України в понятті категорії неукладеного (такого, що не відбувся) договору об'єднані два різні за своєю правовою природою елементи: фактичне недосягнення згоди сторін та відсутність необхідного правового ефекту. Розгляд правоздатності юридичного факту з точки зору причин його неспроможності породжувати очікуваний правовий результат дає можливість зазначити, що причина неспроможності (неправоздатності) угоди сторін полягає в невизначеності змісту. З точки зору теорії волевиявлення, волевиявлення має два прояви: внутрішній та зовнішній. Зовнішній прояв волевиявлення – це те, що написано в договорі або висловлено сторонами при визначенні умов договору<sup>1</sup>. З такої точки зору невизначеність змісту можна розглядати як невизначеність волевиявлення (дефект волевиявлення) – елемент недійсності. І саме тому, на наш погляд, і виникає спорідненість недійсності та неукладеності.

ГК України визначає загальні умови укладання господарських договорів, і загальний порядок укладання. Згідно ч. 8 ст. 181 ГК України господарський договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся) у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов договору. Водночас згідно з ч. 2 ст. 180 ГК України господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов, тобто для кваліфікації господарського договору неукладеним законодавець опосередковано додає додаткові вимоги. Таким чином, для визнання господарського договору неукладеним, згідно ГК України, необхідна наявність наступних умов:

- 1) недосягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору;
- 2) порушення передбачених законом порядку та форми укладання.

При цьому законодавець не формулює визначення поняття «згоди з усіх істотних умов», термінологія «істотні умови договору» також не має чіткості формального визначення.

Варто зауважити, що згода сторін з усіх істотних умов договору, яка є визначальним моментом договору<sup>2</sup>, має дві складові: фактичне досягнення згоди з усіх істотних умов; фіксація в тексті договору істотних умов.

Враховуючи, що при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі вільного волевиявлення і погоджувати на свій розсуд будь-які умови, що не суперечать законодавству (п. 1. ч. 4 ст. 179 ГК України), оспорювання відсутніх в змісті договору істотних умов, по-перше, ускладнюється, а фактично залишається на розсуд суду, що стає підґрунтям для корупції.

Тому віднесення недоліків змісту господарського договору до неукладеності господарського договору та кваліфікації його як «такого, що не відбувся» є і спірним, і, на наш погляд, помилковим. Відокремлення від поняття неукладеності елементу недійсності – невизначеності змісту – дає можливість: розмежувати недійсність і неукладеність господарського договору та формалізувати правові підстави для визнання господарського договору неукладеним родовими ознаками процесу укладання.

Доцільно зауважити, що в загальних нормах ЦК України та ГК України стосовно укладення цивільних та господарських договорів відсутні прямі вказівки

щодо визнання договору неукладеним, в якому відсутня певна істотна умова, якщо сторони такого договору здійснили певні дії, спрямовані на його виконання. Отже, твердження, що відповідно до ч. 8 ст. 181 ГК України договір є неукладеним (таким, що не відбувся), можна вважати обґрунтованим лише стосовно господарських договорів, в яких сторони при укладенні договору висували такі умови для узгодження (в пропозиції укласти договір, проєкті договору, протоколі розбіжностей тощо), проте не досягли згоди. Наш висновок опосередковано підтверджує існуюча в юридичній літературі думка про те, що умови, які і є істотними, але не були включені до тексту договору, можна вважати узгодженими, а відповідний договір укладеним, якщо власні дії сторін свідчать про згоду з такими умовами та їх бажання укласти договір<sup>3</sup>.

Можна також стверджувати, що позиція судів щодо визначення істотних умов договору дещо змінилася: наявні судові прецеденти невизнання ВГСУ як істотних деяких умов, що чинним законодавством віднесені до категорії саме істотних. З огляду на це існує навіть пропозиція, заснована на ст. 526 ЦК України, при визначенні на практиці переліку істотних умов договору використовувати критерій можливості виконання договору без певної умови<sup>4</sup>. Судова практика з цього приводу іде наступним шляхом – вчинення дій щодо виконання договору визнається підставою для визнання господарського договору укладеним, навіть при відсутності певної істотної умови.

Враховуючи, що в останні десятиріччя в міжнародній практиці існує тенденція до посилення формальних вимог, в яких сучасний законодавець бачить засіб захисту прав<sup>5</sup>, саме формалізований підхід до категорії «неукладений господарський договір» сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання в цьому питанні.

На підтвердження нашої позиції можна привести підхід Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА) до укладення договору та істотних умов договору, наводячи деякі коментарі до Принципів УНІДРУА: одна з основних ідей Принципів полягає в тому, що сама по собі згода сторін є достатньою для укладення договору; наступні істотні умови, як точний опис товарів, що постачалися, або наданих послуг, їх ціна, місце та строк виконання й т. ін., можуть бути залишені невизначеними в оферті, не роблячи її таким чином недостатньо визначеною: все залежить від того, чи мають наміри оферент, роблячи оферту, й адресат оферти, акцептуючи її, вступити в угоду, яка зв'язуватиме їх, а також можуть бути відсутніми умови, визначені шляхом тлумачення тексту угоди... або компенсовані...<sup>6</sup>.

Отже, вважаємо доцільною позицію тих науковців, які пов'язують неукладеність договору із фактичним недосягненням згоди сторін і пропонуємо при визначенні поняття неукладеного господарського договору відокремити від нього елемент недійсності господарського договору – невизначеність змісту (відсутність у тексті договору певного переліку юридично значимих для виконання договору істотних умов) і розглядати укладеність (неукладеність) господарського договору тільки з точки зору формального визначення укладеності (неукладеності) договору – фактичного досягнення згоди сторін у передбаченому законом порядку і формі.

У цьому контексті нами також пропонується систематизувати правові підстави для визнання господарського договору неукладеним за родовою ознакою – фактичним укладенням господарського договору: фактичним досягненням згоди

сторін з усіх істотних умов договору, що були предметом узгодження, у передбачених законом порядку і формі.

Особливістю процедури укладання господарських договорів є також наявність у ній проміжної стадії – оформлення та врегулювання розбіжностей, що виникли між сторонами майбутнього договору, у разі досягнення сторонами згоди щодо окремих умов, зазначених у протоколі розбіжностей, така згода повинна бути підтверджена у письмовій формі.

Жорстка формалізація процесу укладення, визначена законодавцем, надає нам можливість формалізувати також правові підстави визнання господарського договору неукладеним, пов'язані з порушенням порядку його укладання: не акцептовано оферту (недодержання строку для акцепту, неправильний акцепт, неповний акцепт тощо); не узгоджено протокол розбіжностей (недодержання строку врегулювання розбіжностей).

Частина 1 ст. 181 ГК України прямо свідчить, що стосовно господарського договору діє загальне правило, за яким він має бути укладений у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками, тобто – у письмовій формі (повна письмова форма). Крім повної письмової форми, допускається укладення господарських договорів у спрощений спосіб. На погляд О. Х. Юлдашева, з яким ми повністю згодні, під час укладення договорів шляхом обміну повідомленням, телеграфом чи телетайпом стає неможливим обговорення численних договірних умов<sup>7</sup>. Здебільшого оферта та акцепт містять лише обмежене коло конкретних умов. При цьому потреба в узгодженні кола інших питань не відпадає. Повна письмова форма господарського договору видається більш доцільною ще з декількох причин:

- по-перше, повна письмова форма договору є найкращим доказом і самого існування договору, й згоди сторін щодо його змісту, що зменшує вірогідність виникнення спорів між сторонами договору;

- по-друге, повна письмова форма договору потребує більш виваженого та продуманого рішення щодо укладення договору, що в умовах недостатньої юридичної грамотності суб'єктів господарювання уявляється доцільним;

- по-третє, на наш погляд, спрощений спосіб довів свою неідеальність саме виникненням поняття неукладеності, коли із наявних документів (із судової практики) не можна було з'ясувати, про що саме домовлялись.

ЦК України збільшує перелік правових підстав, за якими договір може визнаватися неукладеним, а саме: недотримання вимог щодо державної реєстрації, коли така реєстрація є обов'язковою для договорів даного виду (ч. 2 ст. 640 ЦК України); недотримання вимог нотаріального посвідчення, в разі його необхідності (ч. 3 ст. 640 ЦК України); якщо не відбулася передача майна за договором або вчинення іншої дії, передбаченої законодавством (ч. 2 ст. 640 ЦК України).

Варто підтримати позицію В. Груздева<sup>8</sup>, що недотримання вимог щодо державної реєстрації та нотаріального посвідчення не може бути підставою для визнання договору неукладеним, оскільки вимоги щодо державної реєстрації та нотаріального посвідчення не є стадіями укладення договору. На державну реєстрацію та нотаріальне посвідчення надається договір, що відбувся, й ця функція ніякого стосунку до укладення договору не має. Нотаріальне посвідчення та державна реєстрація – юридично значущі дії, які вчиняються не сторонами договору,

а уповноваженими на це державними органами (посадовими особами), воля учасників договору безпосереднього вираження в зазначених діях не знаходить.

Згідно з ч. 2 ст. 640 ЦК України, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним із моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії.

Вважаємо, що передача та прийняття речі, у випадку, коли раніше мала місце згода сторін про умови передачі, має, по відношенню до угоди сторін, другорядний характер і є лише реалізацією цієї угоди та одночасно свідчить про те, що угода мала місце.

Отже, такі підстави неукладеності, як нотаріальне посвідчення, державна реєстрація, вчинення дій, по-перше, не мають ніякого стосунку до узгодженої вольової дії, спрямованої на досягнення правового результату – юридичного факту угоди сторін, і лише можуть як додаткові юридичні факти входити до юридичного складу господарського договору і визначатися як правові підстави недійсності, саме такий підхід дає можливість уникнути існуючих колізій.

Таким чином, нами пропонується визначати правовими підставами визнання господарського договору неукладеним лише ті, які пов'язані родовою ознакою – фактичним укладенням договору: недотримання порядку укладання господарського договору (не акцептовано оферту, не узгоджено протокол розбіжностей); недотримання повної письмової форми договору; фактичне недотримання сторонами згоди з усіх істотних умов договору, що були предметом узгодження.

Правові наслідки визнання господарського договору неукладеним визначаються відсутністю правовідносин між сторонами договору, тобто відсутністю прав та обов'язків. Сторони договору не можуть вимагати виконання такого договору та не можуть вимагати захисту свого порушеного права (за його відсутністю), але, згідно зі ст. 1 ГПК України (новела в законодавстві), сторони договору можуть звернутися за захистом свого оспореного права. І в даному випадку можна стверджувати, що фактичний захист оспореного права має здійснюватися не шляхом традиційних методів (реституція, відшкодування збитків тощо), а шляхом констатації факту визнання договору неукладеним. Правовим наслідком визнання господарського договору неукладеним у цьому випадку має бути відсутність прав та обов'язків за даним договором.

У зв'язку з відсутністю в чинному законодавстві України спеціальних правил щодо виконаного за неукладеним договором, постраждала сторона має право захистити свої права застосуванням інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

В юридичній літературі досі триває наукова дискусія щодо неукладеного договору, існують різноманітні погляди: відмова від поняття «неукладений договір», оскільки під ним прийнято розуміти домовленість, яка характеризується ознаками недійсного договору<sup>9</sup>; вважати, що неукладений договір не існує фактично (об'єктивно), у той час, коли недійсний правочин не існує юридично<sup>10</sup>. На наш погляд, слід розрізняти неукладеність де-юре та де-факто: якщо перша позначає, що договір був укладений з порушеннями норм права, то друга – такого договору взагалі не було. Стосовно господарських договорів можна також додати, що сьогодні судова практика визнає часткове або повне зустрічне виконання договору, тобто фактичні дії обох сторін доказом його укладення (на жаль, знов таки це все досі на розсуд суду).

Підсумовуючи, можна стверджувати, що неукладений господарський договір – це засіб захисту учасників господарсько-договірних відносин саме на стадії укладання договору, пов'язаний зі спорами про наявність або відсутність прав щодо спірного договору, при цьому саме жорстка формалізація правових підстав надає можливість уникнути зловживань з цього питання, стабілізувати господарсько-договірні відносини, а законодавче закріплення правових підстав та наслідків визнання господарських договорів неукладеними має, крім того, виконувати складну виховну функцію підвищення правової грамотності, правової свідомості та правової культури суб'єктів господарювання – учасників господарсько-договірних відносин.

1. *Мережко А. А.* Договір в частном правe. – К.: Юстиніан, 2003. – С. 133. 2. *Цивільне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки.* – К.: КНТ, 2008. – С. 425. 3. *Томчишен С. В.* Визнання договору неукладеним за Цивільним та Господарським кодексами України // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 4. – С. 185. 4. *Теньков С.* Визначення істотних умов договору у судовій практиці: нові підходи // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 4. – С. 150-151. 5. *Цвайгерт К.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М.: Международные отношения, 1998–1998. – Т. 2. – С. 78. 6. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А. С. Комарова.* – М.: Статут, 2006. – С. 38, 40. 7. *Юлдашев О. Х.* Міжнародне приватне право: Академічний курс: Підручник для студ. вищ. навч. закл. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – С. 160. 8. *Груздев В.* Количество стадий договорного процесса по российскому гражданскому праву // Хозяйство и право. – М., 2004. – № 3. – С. 126-127. 9. *Степанова И. Е.* Недействительность и незаключенность гражданско-правового договора: проблемы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – СПб., 2007. – С. 10. 10. *Бородовський С. О.* Проблеми правочину, що не відбувся // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 3. – С. 88–94.