

but directors, shareholders and other participants that are able to determine the direction of the corporation and influence decision-making, thereby making control of the corporate structure.

**Keywords:** ultimate beneficial owner, beneficiary, controller, control.

**Банасевич І.І.**

## ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО РОЗМЕЖУВАННЯ СПОЖИВЧОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ДОГОВОРІВ

УДК 347.45/.47

Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, яка викладена у рішенні від 10 листопада 2011 року №15-рп/2011, «...держава сприяє забезпеченню споживання населенням якісних товарів (робіт, послуг), зростанню добробуту громадян та загального рівня довіри в суспільстві». Більше того, відповідно до ст.42 Конституції України держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів робіт і послуг, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Особливої актуальності питання захисту прав споживачів набуває у зв'язку із тим, що цей правовий інститут належить до пріоритетних сфер адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу. Необхідно визнати, що договори за участю фізичних осіб-споживачів займають особливе місце у великому масиві цивільно-правових норм договірної права.

Слід зазначити, що різні аспекти захисту прав споживачів були предметом дослідження окремих дисертацій, зокрема М.М. Гудими «Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг» [1], Г. А. Осетинської «Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України» [2], О.П. Письменної «Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг)» [3], Ю.Ю.Рябченка «Судовий захист прав споживачів» [4], О. Ю. Черняк «Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Євро-

пейського Союзу» [5], О. Ю. Єгоричевої «Цивільно-правова відповідальність за продаж споживачам товарів неналежної якості» [6], Г. О. Ільченко «Цивільно-правовий захист прав споживачів страхових послуг» [7], Р. В. Пожоджука «Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу», [8] У. П. Гришко «Захист прав споживачів транспортних послуг» [9].

Однак на сучасному етапі розвитку доктрини вітчизняного цивільного права залишається відкритим питання розуміння поняття «споживчий договір». Відтак постає необхідність комплексного аналізу особливостей споживчого договору як самостійного договірної типу, який охоплює різноманітні види цивільно-правових договорів, напрацювання загальних підходів, теоретичних концепцій щодо окремих його елементів.

Метою даної наукової статті є дослідження сучасного стану нормативно-правового регулювання та наукових поглядів щодо розмежування споживчого та публічного договорів, а відтак необхідності в існуванні цих двох ідентичних за метою закріплення цивільно-правових інститутів.

Нагадаємо, що однією із ознак споживчого договору учені-цивілісти називають його публічно-правовий характер [1, с.26-27]. М. М. Гудима зазначає, що договір у якому приймають участь споживачі є публічним договором. Саме через конструкцію публічного договору, яка передбачена ст. 633 ЦК України, держава зрівнює становище сильної сторони договору – суб'єкта підприємницької діяльності та споживача, «слабкість» якого полягає не стільки і не тільки у власне економічній його слабкості стосовно контрагента за договором, скільки в його, як правило, непрофесіоналізмі як учасника ринкових відносин. Тобто метою встановлення публічності договору є урівнювання становища більш сильної сторони (як правило, того хто пропонує) та більш слабкої сторони (споживача послуг). Звертаючи нашу увагу на недосконалість конструкції ст. 633 ЦК України, учена цілком виправдано пропонує провести поділ публічних договорів на ті, в яких обидві сторони підприємці і ті, в яких контрагентом підприємця виступає юридична особа і ті, в яких другою стороною є

фізична особа. Таким чином, на думку М. Гудими, не всі публічні договори є споживчими, натомість споживчий договір має завжди публічно-правовий характер. Публічний характер споживчого договору, на думку ученої, зумовлює таку його ознаку, як спрямованість на регулювання так званих переддоговірних відносин. Наприклад, це стосується положень, згідно з якими підприємець зобов'язаний здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться, не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору, не має права відмовитися від укладення договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідної продукції. Тобто зазначені обов'язки підприємець має виконувати ще до моменту укладення договору, до отримання акцепту споживача [1, с. 26-27].

З цього приводу слід зазначити, що не зовсім доцільно та обгрунтовано наголошувати на публічно-правовому характері будь-якого цивільно-правового договору, в тому числі споживчого, адже правовідносини, котрі становлять предмет регулювання цивільного права, є приватноправовими та засновані на юридичній рівності і майновій самостійності їх учасників. Відтак мова може йти тільки про встановлення певних особливостей правового статусу сторін споживчого договору. Споживач наділений цілою низкою прав, а підприємець – рядом додаткових обов'язків з метою максимального забезпечення охорони та захисту прав та інтересів споживача.

Сучасна конструкція ст. 633 ЦК України дійсно дозволяє зробити висновок про те, що публічним вважатиметься не тільки договір, у якому однією із сторін є фізична особа-споживач, але й такий, в якому споживачем товарів, робіт чи послуг буде суб'єкт підприємницької діяльності. Яка ж тоді мета закріплення норм про публічний договір у Цивільному кодексі України, якщо стороною у публічному договорі буде не фізична особа-споживач, а підприємець?

Більшість учених-цивілістів вказують на те, що мета публічного договору – захист «слабкої» сторони в економічних відносинах. Так, В. І. Дрішлюк зазначає, що ознакою яка дозволяє го-

ворити про публічність діяльності підприємця є факт укладення договору, прямо вказаного в законі публічним, а не зазначення про це в статуті, ліцензії, договорі. На думку вченого, така позиція буде сприяти однозначному застосуванню норми про публічний договір до всіх правовідносин, де існує економічна нерівність сторін. Публічність діяльності, яку здійснює підприємець щодо продажу товарів, надання послуг або виконання робіт у відношенні кожного, хто до нього звернеться, треба розуміти, виходячи із цілей введення в законодавство ст. 633 ЦК України – захисту «слабкої» сторони в економічних відносинах [10, с. 115].

Слід погодитись із тим, що ознака публічності вказує на те, що будь-який споживач може звернутися до підприємця, який продає товари, надає послуги чи виконує роботи, а останній зобов'язаний здійснити таку діяльність [11, с. 147].

Слушним є також те, що кваліфікація договору в якості публічного породжує певні правові наслідки для суб'єкта підприємницької діяльності:

1) підприємець не має права на свій розсуд ні вибрати покупця (споживача), ні вирішувати питання про укладення договору. Відмова підприємця від укладення публічного договору за наявності можливості надати споживачеві відповідні товари, послуги, виконати для нього відповідні роботи не допускається. В іншому випадку, дії підприємця будуть розглядатись як необґрунтоване ухилення від укладення договору. Виходячи з цього, договір може бути визнаний укладеним в примусовому порядку за рішенням суду. Більше того, споживач має право вимагати стягнення збитків.

2) підприємець, що є суб'єктом публічного договору не має права надати перевагу будь-кому із споживачів, які до нього звернулися щодо укладення договору. Винятки з цього правила можуть бути передбачені законодавством.

3) умови публічного договору (у тому числі про ціну на товари, роботи, послуги) повинні встановлюватися однаковими для всіх, крім тих випадків, коли в законодавстві допускається надання пільг для окремих категорій споживачів.

4) спори, пов'язані з укладенням публічних договорів, а також розбіжності сторін за окремими умовами таких договорів,

на відміну від звичайних цивільно-правових договорів, повинні вирішуватися в судовому порядку незалежно від того, чи є на те згода обох сторін [11, с. 151-152].

При вживанні поняття «споживчий договір» слід враховувати, що слово «споживчий» визначає його як тип цивільно-правового договору, вказуючи на особливий суб'єктний склад і юридичний зв'язок контрагента такого договору – з споживачем. До особливих ознак споживчого договору слід віднести покладення на підприємця, який передає товари, надає послуги чи виконує роботи на користь споживача ряду переддоговірних обов'язків, зокрема мова йде про надання повної та достовірної інформації про товари, роботи та послуги. Окрім суб'єктного складу до ознак споживчого договору слід також віднести мету, з якою придбавається, замовляється або використовується відповідний товар, робота чи послуга. Споживчий договір – це правочин, за яким підприємець передає товари, надає послуги чи речі у тимчасове користування, а також виконує роботи на користь споживача, який придбаває, набуває, замовляє чи використовує (або має намір це зробити) майно (товар), результат робіт, послуги для особистих потреб безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю.

Тобто дані договори виділяються законодавством в окремих типів договорів за суб'єктним критерієм, та обумовлені необхідністю захисту «слабкої» сторони, незважаючи на закріплення у цивільному законодавстві засад юридичної рівності суб'єктів цивільних правовідносин. Таку ж позицію викладено у рішенні Конституційного Суду України від 10.11.2011 року №15-рп/2011, де зазначено, що споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму. Тому держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору [13].

Характерною ознакою правовідносин за участю споживачів є нерівне становище суб'єктів, наявність «сильної» і «слабкої» сторони: з одного боку виступають підприємці, що володіють не лише капіталом, а й певним обсягом необхідних фахових знань про свій товар (роботу, послугу), а з іншого – індивідуальний споживач (фізична особа), який змушений довіряти наданій інформації про товар, роботу або послугу.

Якщо однією із основних ознак публічного договору є участь у ньому підприємця, який повинен здійснювати діяльність з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг, то конститутивна ознака споживчого договору – сторона споживач.

У чинному законодавстві термін «споживач» вживається досить часто, однак зміст, який вкладає в нього вітчизняний законодавець, різниться. Основним нормативно-правовим актом, який закріплює правовий статус споживача, є Закон України «Про захист прав споживачів». Під поняттям «споживач» у цьому законі розуміється 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. Із цього визначення випливає, що споживачами можуть бути лише фізичні особи, включаючи громадян України, іноземців та осіб без громадянства. Натомість при застосуванні норм споживчого закону юридичні особи не можуть бути віднесені до категорії споживачів. Окрім того, Закон України «Про захист прав споживачів» не застосовується, якщо фізична особа має статус підприємця і купує, замовляє або використовує товари (роботи, послуги) для ведення підприємницької діяльності. Як споживача Закон України «Про захист прав споживачів» визнає і фізичну особу, яка тільки має намір придбати товар чи замовити роботу або послугу.

Із вищенаведеного можна зробити висновок, що обидва договори: публічний і споживчий – спрямовані на встановлення додаткових гарантій для «слабшої» сторони договору. Однак, не всякий публічний договір є споживчим, а тільки той, в якому контрагентом суб'єкта підприємницької діяльності, який здійснює діяльність із передання товарів, надання послуг чи виконання ро-

біт, буде фізична особа-споживач, яка придбаває відповідні товари, роботи чи послуги для задоволення особистих потреб. Крім того, не кожен споживчий договір є публічним, а тільки той, який прямо визнаний таким законом. Наприклад, договір про надання споживчого кредиту є споживчим договором, однак не є публічним договором, адже чинним законодавством не передбачено обов'язку банку чи іншої фінансової установи встановлювати у кредитних договорах однакові умови для всіх позичальників.

Такий же висновок можна зробити і щодо договору страхування. Як слушно зауважує Г. О. Ільченко, на споживача страхових послуг, яким є фізична особа, яка укладає зі страховиком договір страхування, а також фізична особа, в інтересах якої укладено договір страхування (застрахована особа), та яка отримує страхову послугу, необхідну для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю цієї фізичної особи або виконанням нею обов'язків найманого працівника, поширюється законодавство про захист прав споживачів, в частині не врегульованій спеціальним законом [7, с. 15-16]. Тобто такий договір страхування, враховуючи усі ознаки, які йому притаманні, є споживчим, однак не може вважатися публічним, оскільки таким відповідно до Цивільного кодексу України не визнається.

Саме тому не зовсім обґрунтованою видається думка деяких авторів, які досліджують окремі різновиди споживчого договору, про те, що споживчий договір є особливим різновидом публічного договору [6, с. 7; 12, с.120-121].

Безумовно, що така позиція зумовлена існуванням у чинному законодавстві та науці цивільного права двох понять «публічний договір» і «споживчий договір». Причому, проаналізувавши зміст ст. 633 ЦК України та інших норм цього кодексу, які регулюють договірні відносини, що віднесені до публічних договорів, можна зробити висновок, що вони є споживчими. У зв'язку із цим постає питання про доцільність існування такої категорії як «публічний договір», а головне – про відповідність її змісту сутності приватних цивільно-правових відносин.

Вочевидь, більш вдалими та таким, яке відповідає нормам міжнародного права є поняття «споживчий договір». У зв'язку із

цим сучасна редакція ст. 633 ЦК України потребує змін. Зокрема, необхідно змінити назву статті на «Споживчий договір», а, відтак, і її зміст.

1. Гудима М. М. *Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.М. Гудима. – Івано-Франківськ, 2013. – 212 с.*
2. Осетинська Г. А. *Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. — К., 2006. — 20 с.*
3. Письменна О. П. *Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. П. Письменна. – О., 2006. – 19 с.*
4. Рябченко Ю. Ю. *Судовий захист прав споживачів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Ю.Ю. Рябченко. – К., 2009. – 19 с.*
5. Черняк О. Ю. *Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О.Ю. Черняк. – К., 2011. – 230 с.*
6. Єгоричева О. Ю. *Цивільно-правова відповідальність за продаж споживачам товарів неналежної якості: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. Ю. Єгоричева. – К., 2014. – 20 с.*
7. Ільченко Г. О. *Цивільно-правовий захист прав споживачів страхових послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г. О. Ільченко. – К, 2016. – 20 с.*
8. Пожоджук Р. В. *Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Р. В. Пожоджук. – К, 2016. – 20 с.*
9. Гришко У. П. *Захист прав споживачів транспортних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / У. П. Гришко. – Івано-Франківськ, 2017. – 19 с.*
10. Дрішлюк В. І. *До питання про ознаки публічного договору / В. І. Дрішлюк // Університетські наукові записки. – 2007. – №1 (21). – С. 114-116.*
11. *Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. – Івано-Франківськ, 2016. – 399 с.*
12. Пожоджук Р. В. *Поняття та правова природа договору постачання електричної енергії через приєднану мережу як споживчого договору / Р. В. Пожоджук // Приватне право і підприємництво. – 2015. – Вип.14. – С.119-122.*

13. Рішення Конституційного Суду України від 10.11.2011 року №15-рп/2011. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11>.

**Банасевич І.І. Теоретико-правові підходи до розмежування споживчого та публічного договорів.**

Наукова стаття присвячена дослідженню сучасного стану нормативно-правового регулювання та наукових поглядів щодо розмежування споживчого та публічного договорів. У статті автором виявлено ряд недоліків у правовому регулюванні досліджуваних договорів та подано пропозиції щодо їх усунення. Зроблено висновок щодо недоцільності існування ідентичних за правовою метою закріплення цивільно-правових інститутів: споживчого і публічного договорів. При цьому автор аналізує міжнародно-правові документи, чинне законодавство України та погляди інших дослідників названої проблеми.

**Ключові слова:** публічний договір, споживчий договір, споживач, підприємець, особисті потреби.

**Banasevych I.I. Theoretical and legal approaches to demarcation of consumer and public contracts.**

The scientific article is devoted to the study of the current state of regulatory and legal regulation and scientific views on the distinction between consumer and public contracts. The groundlessness of assigning a consumer contract to a special type of public contract is proved. In the article, the author revealed a number of shortcomings in the legal regulation of the studied treaties and made suggestions on their elimination. The conclusion is made about the inexpediency of the existence of legal and legal entities consolidating civil-law institutions: consumer and public contracts. It is proved that the concept of «consumer contract» is more successful and consistent with the norms of international law. In this regard, the modern version of Art. 633 of the Civil Code of Ukraine needs to be changed. In particular, it is necessary to change the title of the article on «Consumer contract», and, consequently, its content.

At the same time, the author analyzes the international legal documents, the current legislation of Ukraine and the views of other researchers of the problem.

**Keywords:** public contract, consumer contract, consumer, entrepreneur, personal needs.

**Ганкевич О.М.**

## **ВІДІБРАННЯ ДИТИНИ ВІД БАТЬКІВ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

УДК 347.6

Незважаючи на те, що питання про відібрання дитини є дуже важливим для будь-якого суспільства, в українському законодав-