МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

КАФЕДРА ГОПОДАРСЬКОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Подцерковний О.П.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Одеса – 2019

[ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА 11](#_Toc288152541)

[Розділ 1 ПОНЯТТЯ, СИСТЕМА І НАУКА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА 11](#_Toc288152542)

[§ 1. Ідейно-історичні передумови виділення господарського права в самостійну галузь права 11](#_Toc288152543)

[§ 2. Предмет господарсько-правового регулювання 19](#_Toc288152544)

[§ 3. Метод правового регулювання, принципи та інші системоутворювальні елементи господарського права 26](#_Toc288152545)

[§ 4. Наука господарського права 29](#_Toc288152546)

[Розділ 2 32](#_Toc288152547)

[ДЖЕРЕЛА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА 32](#_Toc288152548)

[§ 1. Загальна характеристика системи господарського законодавства та інших джерел господарського права 32](#_Toc288152549)

[§ 2. Господарський кодекс України як найважливіший акт кодифікації українського права 34](#_Toc288152550)

[§ 3. Співвідношення Господарського і Цивільного кодексів України 36](#_Toc288152551)

[§ 4. Діловий звичай як джерело господарського права 39](#_Toc288152552)

[§ 5. Нормативний договір як джерело господарського права 40](#_Toc288152553)

[§ 6. Судова практика як джерело господарського права 41](#_Toc288152554)

[§ 7. Методологія тлумачення господарсько - правових актів 43](#_Toc288152555)

[Розділ З 52](#_Toc288152556)

[ПРАВОВІ ОСНОВИ ДЕРЖАВНОГО ВПЛИВУ НА ЕКОНОМІКУ ТА ГОСПОДАРСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ 52](#_Toc288152557)

[§ 1. Поняття державного регулювання господарської діяльності 52](#_Toc288152558)

[§ 2. Поняття методів, засобів і форм державного регулювання економіки 57](#_Toc288152559)

[§ 3. Закріплення методів (засобів) і форм державного регулювання економіки в законодавстві України 62](#_Toc288152560)

[§ 4. Планування та прогнозування господарської діяльності 68](#_Toc288152561)

[§ 5. Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності 70](#_Toc288152562)

[§ 6. Державне регулювання економіки в зарубіжних країнах 73](#_Toc288152563)

[Розділ 4 ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 77](#_Toc288152564)

[§ 1. Поняття легалізації (легітимації) господарської діяльності 77](#_Toc288152565)

[§ 2. Державна реєстрація суб'єктів господарювання 79](#_Toc288152566)

[§ 3. Державна реєстрація припинення суб'єктів господарювання 85](#_Toc288152567)

[§ 4. Дозвільна система у сфері господарської діяльності 88](#_Toc288152568)

[§ 5. Ліцензування і патентування господарської діяльності 93](#_Toc288152569)

[Розділ 5 98](#_Toc288152570)

[СУБ'ЄКТИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА 98](#_Toc288152571)

[§ 1. Поняття і види суб'єктів господарського права 98](#_Toc288152572)

[§ 2. Ознаки суб'єктів господарювання 104](#_Toc288152573)

[§ 3. Правовий статус громадян — підприємців 106](#_Toc288152574)

[§ 4. Підприємство як основний господарюючий суб'єкт 108](#_Toc288152575)

[§ 5. Установчі документи суб'єктів господарювання 112](#_Toc288152576)

[§ 6. Державні та комунальні унітарні підприємства. Казенні підприємства 116](#_Toc288152577)

[§ 7. Кооператив як підприємство колективної власності 119](#_Toc288152578)

[§ 9. Суть і співвідношення різних видів господарських товариств 124](#_Toc288152579)

[§10. Правовий статус акціонерного товариства 128](#_Toc288152580)

[§11. Правовий статус товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю 135](#_Toc288152581)

[§ 12. Правовий статус повного і командитного товариств 137](#_Toc288152582)

[§ 13. Об'єднання підприємств 140](#_Toc288152583)

[§ 14. Суб'єкти некомерційної господарської діяльності (неприбуткові організації) 148](#_Toc288152584)

[Розділ 6 ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ 151](#_Toc288152585)

[§ 1. Поняття та види правового режиму майна суб'єктів господарювання 151](#_Toc288152586)

[§ 2. Правовий режим окремих видів майна суб'єктів господарювання 157](#_Toc288152587)

[§ 3. Право власності як основне речове право у сфері господарювання 167](#_Toc288152588)

[4. Особливості права господарського відання та оперативного управління 175](#_Toc288152589)

[5. Правовий режим майна у внутрішньогосподарських відносинах 178](#_Toc288152590)

[§ 6. Основні способи захисту речових прав суб'єктів господарювання 181](#_Toc288152591)

[Розділ 7 ГОСПОДАРСЬКІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ І ДОГОВОРИ 186](#_Toc288152592)

[§ 1. Поняття господарського зобов'язання 186](#_Toc288152593)

[§ 2. Класифікація господарських зобов'язань 189](#_Toc288152594)

[§ 3. Виникнення, зміна і припинення господарських зобов'язань 197](#_Toc288152595)

[§ 4. Господарські договори 201](#_Toc288152596)

[Розділ 8 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦІНОУТВОРЕННЯ 213](#_Toc288152597)

[§ 1. Ціна як економічна категорія 213](#_Toc288152598)

[§ 2. Ціна як правова категорія 216](#_Toc288152599)

[§ 3. Види цін та їх класифікація 219](#_Toc288152600)

[§ 4. Державні органи, що здійснюють регулювання цін 223](#_Toc288152601)

[§ 5. Контроль за додержанням дисципліни цін. Відповідальність у сфері ціноутворення 228](#_Toc288152602)

[Розділ 9 231](#_Toc288152603)

[ОБМЕЖЕННЯ МОНОПОЛІЗМУ ТА ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ 231](#_Toc288152604)

[§ 1. Загальна характеристика антимонопольно-конкурентного законодавства 231](#_Toc288152605)

[§ 2. Поняття економічної конкуренції 235](#_Toc288152606)

[§ 3. Антиконкурентна поведінка у вигляді зловживання монопольним становищем 240](#_Toc288152607)

[§ 4. Антиконкурентні узгоджені дії 245](#_Toc288152608)

[§ 5. Антиконкурентні дії органів влади, місцевого самоврядування, адміністративно - господарського управління і контролю 248](#_Toc288152609)

[§ 6. Контроль за концентрацією суб'єктів господарювання 251](#_Toc288152610)

[§ 7. Поняття та прояви недобросовісної конкуренції 255](#_Toc288152611)

[Розділ 10 ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ 264](#_Toc288152612)

[§ 1. Поняття господарсько-правової відповідальності 264](#_Toc288152613)

[§ 2. Підстави господарсько-правової відповідальності 271](#_Toc288152614)

[§ 3. Порядок реалізації господарсько-правової відповідальності 276](#_Toc288152615)

[§ 4. Господарські санкції приватноправового характеру 279](#_Toc288152616)

[§ 3. Договори фрахтування та транспортної експедиції 292](#_Toc288152617)

[§ 4. Публічно-правові вимоги до транспортної діяльності та перевізника 295](#_Toc288152618)

[Розділ 16 298](#_Toc288152619)

[ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА 298](#_Toc288152620)

[§ 1. Капітальне будівництво і його нормативно-правове регулювання 298](#_Toc288152621)

[§ 2. Правовий статус суб'єктів правовідносин з капітального будівництва 305](#_Toc288152622)

[§ 3. Способи і стадії капітального будівництва 313](#_Toc288152623)

[§ 4. Підряд у капітальному будівництві 319](#_Toc288152624)

[Розділ 17 325](#_Toc288152625)

[ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ 325](#_Toc288152626)

[§ 1. Поняття та правова природа фінансової діяльності суб'єктів господарювання 325](#_Toc288152627)

[§ 2. Правовий режим фінансових послуг і державні обмеження у їх здійсненні 329](#_Toc288152628)

[§ 3. Банківські операції та їх публічно-правові обмеження 333](#_Toc288152629)

[§ 4. Правове забезпечення страхування у сфері господарювання 338](#_Toc288152630)

[§ 5. Контроль і нагляд у сфері фінансово- господарської діяльності 344](#_Toc288152631)

[Розділ 18 ГРОШОВІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТА РОЗРАХУНКОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ В СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ 347](#_Toc288152632)

[§ 1. Поняття грошей та грошових зобов'язань господарського характеру 347](#_Toc288152633)

[§ 2. Особливості виникнення, зміни і припинення грошових зобов'язань господарського характеру 353](#_Toc288152634)

[§ 3. Поняття розрахункових правовідносин 356](#_Toc288152635)

[§ 4. Порядок відкриття і обслуговування банківського рахунка 357](#_Toc288152636)

[§ 5. Правове регулювання готівкових розрахунків 361](#_Toc288152637)

[§ 6. Правове регулювання безготівкових розрахунків 364](#_Toc288152638)

[Розділ 19 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 375](#_Toc288152639)

[§ 1. Поняття, види та суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності (ЗЕД) 375](#_Toc288152640)

[§ 2. Державне регулювання ЗЕД. Тарифне і нетарифне регулювання, ліцензування і квотування 382](#_Toc288152641)

[§ 3. Форма та зміст зовнішньоекономічних договорів 388](#_Toc288152642)

[§ 4. Базисні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) купівлі-продажу (поставки) 390](#_Toc288152643)

[§ 5. Особливості розрахунків за контрактами у сфері ЗЕД і механізм контролю за надходженням валютного виторгу 394](#_Toc288152644)

[§ 6. Санкції за порушення законодавства про ЗЕД 396](#_Toc288152645)

[Розділ 20 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ 398](#_Toc288152646)

[ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ТА ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 398](#_Toc288152647)

[§ 1. Поняття, форми і суб'єкти інвестиційної діяльності 398](#_Toc288152648)

[§ 2. Правовий режим іноземних інвестицій 400](#_Toc288152649)

[§ 3. Інвестиційний договір: порядок укладання, основні і додаткові умови 402](#_Toc288152650)

[§ 4. Загальна характеристика інноваційної діяльності в Україні 403](#_Toc288152651)

[Розділ 21 405](#_Toc288152652)

[ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ РЕЖИМІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ 405](#_Toc288152653)

[§ 1. Поняття спеціальних режимів господарювання 405](#_Toc288152654)

[§ 2. Окремі види спеціальних режимів господарювання 406](#_Toc288152655)

[Розділ 22 411](#_Toc288152656)

[ПРАВОВА РОБОТА В ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ 411](#_Toc288152657)

[§ 1. Поняття правової роботи у сфері господарювання 411](#_Toc288152658)

[§ 2. Зміст і види правової роботи суб'єкта господарювання 413](#_Toc288152659)

[§ 3. Захист прав суб'єктів господарювання при здійсненні державними контролюючими органами перевірок їхньої діяльності 419](#_Toc288152660)

[§ 4. Судовий і третейський (арбітражний) захист прав і законних інтересів суб'єктів господарювання 420](#_Toc288152661)

[§ 5. Організація правової роботи щодо запобігання та усунення рейдерських захоплень підприємств 423](#_Toc288152662)

ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

# Розділ 1 ПОНЯТТЯ, СИСТЕМА І НАУКА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

## § 1. Ідейно-історичні передумови виділення господарського права в самостійну галузь права

Поділ правової системи на галузі права обумовлений практичною і теоретичною необхідністю. В практичному плані такий поділ забез­печує диференціацію основних законодавчих актів і спеціалізацію практикуючих юристів. У теоретичному плані він дозволяє визна­чити інтереси основних правових шкіл, позначити рамки наукових концепцій, нарешті, розмежувати напрямки дисертаційних та інших теоретичних досліджень у галузі права.

Конституційне право у більшості правознавців називається фун­даментальною галуззю права, позаяк його норми є визначальними і пріоритетними для всіх інших норм права. Критерії, якими об­ґрунтовується самостійність інших галузей права, зокрема госпо­дарського, як правило, є дискусійними. Причина цього міститься в неоднозначності розуміння таких загальнотеоретичних категорій, як предмет і метод правового регулювання. Не випадково такі традиційні галузі права, як цивільне і адміністративне, досі знаходяться у стадії конкретизації їх предмета і методу регулювання.

Наприклад, Цивільний кодекс України 2003 року розширив пред­мет цивільно-правового регулювання в порівнянні з ЦК УРСР 1963 року, розповсюдивши свою дію на особисті відносини, які не пов'язані л майновими (розділи 20-22 ЦК). Немає єдності у визначенні методу цивільно-правового регулювання. Зокрема, ЦК України 2003р. істотно розширив сферу застосування публічноправових норм (ст.ст. 50,89, 111, 182,210 та ін.). Багато підручників називають метод диспозитивності основним методом цивільно-правового регулювання. Проте в ЦК диспозитивних норм, які можуть бути змінені за угодою сторін, не більше 20%.

Господарське право, як буде показано надалі, також має свої специфічні (нерідко дискусійні) предмет і метод правового ре­гулювання, що знаходить закріплення на законодавчому рівні (передусім, у Господарському кодексі України від 16.01.2003 р.) і в науці господарського права (праці В.К. Мамутова, В.В. Лап­тева, B.C. Мартем'янова, І. Г. Побірченка, Г.Л. Знамевського, Г.В. Пронської, B.C. Щербини тощо).

Динаміка осмислення господарського права як самостійної і пов­ноправної галузі права зумовлюється, в першу чергу, тим, що це відносно молода галузь права (виділяється з середини XIX ст.). Але ця галузь права виникла не на пустому місці, а багато в чому завдя­ки тим об'єктивним чинникам людської діяльності, які зумовили промислову революцію і невідворотну комерціалізацію життя, — відносинам суспільного виробництва.

Визначимо основні властивості господарського права, які ма­ють ідейно-історичні засади та виділяють його в самостійну галузь права: спеціалізація, інструментальність, цілеспрямованість та універсальність.

Кажучи про спеціалізацію та інструментальність господар­ського права, треба пам'ятати про те, що виникнення господарсько-правових норм відбулося завдяки двоскладним чинникам: а) виникненню торгового (комерційного) права на противагу цивільному, і б) нарощуванню публічно-правовими нормами торгових (комерційних) відносин.

Виникнення та становлення торгового (комерційного, госпо­дарського) права має глибоке історичне коріння.

У літературі наголошується, що сучасне господарське право генетично пов'язане із торгово-ремісничим правом вільних міст Європи XII-XVI століть, спеціальним промисловим правом кінця XIX століття. В свою чергу такі нормативні утворення увібрали в себе традиції та дух ранньоторгових джерел права, серед яких ви­діляється Візантійська Книга епарха — зведення статутів константинопольських ремісничих і торгових корпорацій, що знаходилися у веденні епарха, — чільника міста.

Відомий дослідник торгового (комерційного) права Г.Ф. Шершеневич на початку XX століття виділив три періоди в становленні і розвитку торгового (комерційного) права: італійський, французький і німецький. Сучасними вченими, зокрема професором О.О. Чувпи­лом, виділено четвертий такий етап — сучасний, що характеризу- ється перетворенням торгового права в господарське. Саме феномен цього перетворення визначає суть наступної періодизації.

Перший період — XI—XIV століття — позначається тим, що в Італії, яка стала центром середземноморської торгівлі і відносно спокійним місцем у контексті зовнішніх посягань, бурхливо роз­винулися приморські міста. Забезпечення торгової діяльності ви­магало зрозумілих і ефективних правил, які стали формуватися в рамках торгових звичаїв.

Цьому сприяли особливі умови середньовічного побуту, заснова­ного на роздробленні суспільства на окремі стани, які проводили в життя особливі юридичні форми відносин між його членами. Одним з таких станів було купецтво. У кожному місті купці розділялися на певні групи (корпорації, гільдії). Спори між членами таких утво­рень розв'язувалися консулами — купцями, спеціально обраними для цього на термін від 6 місяців до року. Консульська юрисдикція послужила основною передумовою виникнення торгового права. За влучним зауваженням Г.Ф. Шершеневича, тимчасовий характер діяльності консулів призводив до того, що судді не «могли стати формалістами». Судовий розгляд відбувався в стислі строки і без ускладнених процедур, із зобов'язанням сторін з'явитися особисто, без жодних адвокатів. Не дивно, що це сприяло вирішенню спорів на підставі уявлень купців про доцільну побудову торгівлі із вико­ристанням усталених звичаїв, а не на базі складних та застарілих давньоримських догм.

Найвідоміші рішення консулів записувалися в хронологічно­му порядку в спеціальні книги — статути (statute de'mercanti). Суперечності і повторення, які природним чином виникали в цих статутах, з часом усувалися шляхом систематизації. Так виникли збірки рішень окремих гільдій (корпорацій) — писані зведення торгових звичаїв.

Причому, враховуючи переваги морської торгівлі, особливу цін­ність вони набули в сфері морського права. Перша з відомих таких збірок - пізанський Ordo maris, який був складений у XII столітті. Найбільше поширення в той час набула збірка морського права ConBulato del mare (морський судебник). Це було невпорядковане поєднання звичаїв, викладених у 297 розділах.

Розвиток італійських міст і згладжування відмінностей між окремими гільдіями (корпораціями) спричинило також утворення станового торгового права окремих міст. Причому, таке право пе­реважно увібрало в себе частину міських статутів, що передбачали правила організації міського життя.

Ця тенденція знайшла згодом відображення в Любекському, Гамбурзькому, Магдебурзькому праві — праві середньовічних міст, яке набуло поширення в Європі, зокрема й на території Укра­їни. Система німецького міського права регламентувала багато внутрішньоміських, у тому числі господарських, відносин, що закріплювали права і свободи міст, які домоглися надання їм особ­ливого правового статусу. Свідченням цьому історичному праву ви­ступає пам'ятник старовинному торгово-міському праву Києва (що називалося Магдебурзьким за місцем свого зародження в XII—XIII століттях), який стоїть з 1802 р. у м. Києві на крутому березі Дні­пра нижче Володимирської гірки біля Хрещатинського джерела. Таке право мало комплексний, універсальний та антифеодальний характер, регламентуючи різні види відносин. Значна частина його норм стосувалася торгівлі і ремесел, діяльності цехів і купецьких гільдій, питання оподаткування. Саме це, за обґрунтованою думкою В.К. Мамутова та інших авторів, зумовлює зв'язок магдебурзького права з сучасним господарським правом.

На північ від Італії в цей час під тиском потреб торгового оборо­ту на противагу праву цивільному, яке розвивалося досі як право окремих міст, починає розповсюджуватися право торгове, як право цілих союзів і територій. Зокрема, на побережжі Франції і Англії, починаючи з ХІІ-ХІІІ століть, діяв Олеронський судебник морських звичаїв (R les d'Ol гоп). На території ганзейського союзу було впрова­джено Візбійське морське право. Збірка морського права Ганзи мала декілька редакцій, остання з яких в 1614 р. набула сили закону.

Другий період у розвитку торгового права (XV-XVIII століття) — французький — можна загалом визначити як період одержавлення торгових звичаїв.

У результаті історичної гегемонії Франції в цей період, обумов­леної багато в чому тим, що Франція опинилася посеред найбільш економічно розвинутих країн Європи: Італії і Іспанії з півдня, Англії і Голландії з півночі. В результаті посилення французької королівської влади, зростання міжміської торгівлі і створення яр­маркових судів (Cours des foires) — вони складалися з осіб, які спе­ціально призначаються радою короля — та у зв'язку із поширенням виливу торгівлі на всі сторони суспільного життя виникла потреба, по-перше, формалізувати торгові звичаї, визнати їх державою, а, по-друге, здійснити кодифікації торгового (комерційного) права.

У листопаді 1563 року був заснований перший постійно діючий комерційний суд у Парижі. Як відзначає Г.Ф. Шершеневич, «в указі не згадувалися норми права, якими повинен був керуватися суд, але римському праву в усякому разі тут не було місця, тому що склад суду був вибраний з купецтва», а торговий стан «споконвіку звик керуватися в своїх взаєминах звичаями».

У 1673 році задовго до кодифікації цивільного законодавства у Франції приймається перший комерційний кодекс (Ordonnance de Commerce). Знаменно, що самі купці, які усвідомили потребу в загальнодержавному закріпленні правил комерції, звернулися до короля Луї XIV з проханням щодо прийняття цього ордонансу. Він одержав негласну назву Кодекс Саварі (Code Savary) на ім'я одного з впливових купців, Жака Саварі, який був запрошений в законодавчу комісію та зробив основний внесок до його змісту. Кодекс складався з 122 статей і 12 титулів і мав на меті протидіяти обманам серед купців, зберегти корпоративний устрій купецьких станів, вводив інститути неспроможності і професійні вимоги до осіб, які бажали стати купцями. У 1681 році приймається ще один кодекс — Ordonnance de la marine, який увібрав у себе морське право і виступив своєрідним доповненням до першого кодексу. В основу Ordonnance de la marine ввійшли доповнені новими зведеннями звичаїв збірки Consulato del mare, R les d'Ol ron та інші.

Вплив указаних кодексів на розвиток комерційних відносин у ХУП—XVIII століттях був величезним, що підтверджується ви­користанням їх при вирішенні торгових спорів по всій Європі, включаючи Англію.

Водночас, розвиток промисловості та торгівлі у Франції під дією принципів свободи підприємництва, проголошених Великою Фран­цузькою революцією 1789 p., розширення територій, завойованих французькими правителями зумовило необхідність у модернізації комерційного права. Ідея щодо кодифікації цивільного права та­кож вилинула на цей процес, у зв'язку із чим чинні кодифікації торговельного та морського права необхідно було співвіднести із цивільним кодексом.

У 1807 році за безпосередньою участю Наполеона був прийнятий, в з 1808 року вступив у дію епохальний Французький комерційний кодекс (далі — ФКК), який заклав міцний фундамент подальшої за­гальноєвропейської традиції в дуалізмі приватного права: розподілі його на цивільне, яке представлене у Франції Цивільним кодексом 1804 р. і комерційне право, яке представлене відповідним кодексом.

ФКК 1807 p. складався з 648 статей, був поділений на 4 книги. Книга перша складалася із титулів: 1) про купців, 2) про торгові книги, 3) про товариства, 4) про подільність речей, б) про біржі і маклерів, 6) про комісіонерів, 7) про купівлю-продаж, 8) про векселі. Книга друга торкалася морської торгівлі, книга третя — торгової неспроможності. Книга четверта була присвячена комерційному судоустрою і судочинству.

ФКК 1807 року діяв майже два сторіччя і лише в 2000 році у зв'язку з потребами поглиблення кодифікації був замінений новим Комерційним кодексом Франції, який кодифікував понад 50 законів у сфері господарювання, що регулюють не тільки торгові відно­сини, але й весь спектр професійних, корпоративних, виробничо-економічних та інших ділових відносин з урахуванням новітніх положень права Європейського Союзу.

Положення ФКК 1807 р. знайшли найбільше відображення в тих країнах романської системи права, де діють окремі комерційні ко­декси: Аргентина, Іспанія, Португалія, Румунія, Чилі, Саудівська Аравія, Алжир, Венесуела та ін.

Третій період у розвитку торгового (комерційного) права пов'язаний з переміщенням економічного центру Європи до Німеч­чини в середині XIX — початку XX століття.

Об'єднання німецьких земель, бурхливе зростання великого про­мислового виробництва і такі, що посилилися в цей період, тенденції в усуненні економічних (митних) кордонів між окремими землями Німеччини, — все це зумовило потребу в досягненні одноманітності в торговому законодавстві. Це не важко зрозуміти з урахуванням, наприклад, того факту, що лише вексельних статутів на території Німеччини тоді діяло 56. При цьому комерсантами неухильно ста­вилося питання про незадовільність загальноцивільного (римського) права, яким доводилося користуватися замість торгового.

Як наслідок, у 1871 році набула чинності перша загальногерманська торгова кодифікація — Зведення торгового права. При цьому торгове право далеко відхилилося від ще розпорошеного і некодифікованого цивільного права Німеччини в розумінні бага­тьох інститутів, як от: представництво, товариства, торгові правочини, — встановило точність і ясність у процедурах укладання і виконання договорів.

Потреби поглиблення кодифікації та необхідність ув'язування із положеннями цивільного уложення, що розроблялося, зумовило ДРУГУ кодифікацію німецького комерційного права: в 1897 році було прийнято і з 1900 року набуло чинності Німецьке торгове уложення.

Нове торгове уложення, що зберегло до нашого часу не тільки основну структуру, але й основні інститути, складалося з чотирьох книг: 1) про купецький стан, 2) про торгові товариства і негласне об'єднання, 3) про торгові правочини 4) морське право.

При цьому не можна говорити про те, що Німецьке торгове уло­ження (далі — НТУ) було додатком цивільного уложення, як це іноді пояснюється в окремих підручниках з цивільного права. По-перше, НТУ застосовувалося пріоритетно у сфері економіки, складало базу регулювання комерційних відносин, а цивільне застосовувалося в цій сфері субсидіарно: остільки, оскільки в Німецькому торго­вельному уложенні не передбачене інше». Іншими словами, НТУ своїм змістом підпорядкував цивільно-правові норми потребам комерційного обороту. По-друге, в нормах НТУ була закладена велика кількість адміністративних, фінансових, бухгалтерських і навіть кримінально-правових норм. Це зробило кодекс не тільки практично орієнтованим на вирішення проблем правового регулю­вання комерційної діяльності, але й дозволяє кваліфікувати НТУ не як кодекс приватного права, а комплексний акт самостійного комерційного права.

У подальші роки багато країн світу прийняли свої комерційні (торгові) кодекси під безпосереднім впливом положень німецьких торгових кодифікацій. Серед них —Австрія, Бельгія, Болгарія, Гре­ція, Латвія, Люксембург, Македонія, Польща, Словаччина, Чехія, Естонія, Японія тощо. Досі положення НТУ є зразком для сучасних кодифікацій. Зокрема, Господарський кодекс України встановив подібні механізми взаємодії цивільно-правових і господарсько- правових норм.

0. Богатих систематизувала базові принципи цивільного права, які були переглянуті в торговому (комерційному) праві більшості країн світу (див. табл. 1 нижче).

Отже, своєрідність торгового (комерційного) права в порівнянні з правом цивільним утворилася не випадково. Економічні інтереси вимагають уніфікованих заходів правового впливу, які відповіда­ють досягнутому рівню розвитку продуктивних сил на конкретний момент історії. Ці інтереси часто-густо не вписуються в наукові до­гми, національні традиції і правила, вироблені багато сторіч тому.

Хоча в зведенні законів Юстиніана (529-534 pp.) jus civile (право громадян) і зазнало певного впливу більш ліберального jus gentium (право народів), проте воно продовжувало носити яскраво виражений догматичний характер, що не сприяв потребам приско­реного обороту товарів. Виникла необхідність у більш динамічних, професійно спрямованих, космополітичних та наближених до життя правилах, ніж ортодоксальні цивільно-правові постулати. З'являється особливе правове регулювання, викладене первинно в

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Цивільне право | Торгове право | |
| Норми загальні.  Діють, коли немає відповідних  торгових норм | 1 | Норми спеціальні. Мають пріоритет перед цивільними (загальними) |
| Націоналізм. Своєрідність. Помітно вплив національних особливостей, історичних тра­дицій | 2 | Космополітизм. Уніфікація. Одноманітні норми в рамках дер­жави, регіону, миру |
| Формалізм.  Вимоги до форми складні і обов'язкові | 3 | Свобода в оформленні відносин. Вимоги до форми мінімальні або відсутні |
| Безоплатність.  Послуга передбачається безвід­платною, якщо не передбачене інше | 4 | Оплатність.  Послуга відплатна, якщо не пе­редбачено інше |
| Індивідуальні критерії. При оцінці поведінки зобов'я­заної особи (громадянина) | 5 | Абстрактні критерії. При оцінці поведінки купця (під­приємця) |
| Відповідальність за провину. Зобов'язана особа (боржник) в основному відповідає за наявнос­ті його провини | 6 | Відповідальність без вини. Купець часто відповідає за невин­не невиконання зобов'язання або завдання шкоди |

Таблиця 1. Співвідношення принципів цивільного і торгового права зарубіжних країн

торгових звичаях, а вже згодом — в актах торгового (комерційного) законодавства.

Таким чином, торгове ( комерційне) право виникло як самостій­не нормативно-інституційне утворення, що відобразило певний становий (купецький) протест проти «закостенілих» механізмів традиційного цивільного (римського) права.

Надалі, у зв'язку з ускладненням економічного життя, комерцій­не (торгове) право переросло рамки торгівлі і було насичено багатьма нововведеннями міських устроїв, промисловості і фінансів, держав­них регуляторів, зумовивши сучасний стан господарського права.

Четвертий період у розвитку (модифікації) торгового права не випадково іменується періодом перетворення торгового права в господарське (підприємницьке) право.

Ще на початку XX століття Г.Ф. Шершеневич помітив важливу законодавчу тенденцію в цій галузі суспільних відносин: «Торгове право, народившись у сфері торгової промисловості, захопило всю переробну і готується зайняти видобувну промисловість. Торго­вий оборот дедалі більше наближається до злиття з економічним оборотом» В ХХ-ХХІ століттях ця тенденція тільки посилилася.

Якщо поглянути на сучасні європейські комерційні кодифікації, зокрема у Німеччині і Франції, то можна помітити; відповідні кодек­си не тільки оновлені адекватно вимогам часу, але і значно доповнені і розширені (наприклад, Комерційний кодекс Франції 2000 р. має понад 2000 статей проти 648 статей ФКК 1807 p.). Відбулося це пере­важно за рахунок регулювання промисловості і загалом сфери під­приємництва, а також додаткових вимог до економічної діяльності в рамках вимог ЄС. Нові європейські підприємницькі (комерційні) кодекси — Чеський 1995 p., Латвійський 2000 p., Австрійський 2007 р. — також підтверджують виведення традиційного торгового права з матриці приватноправової бази у напрямку якнайповнішого включення правових норм, які регулюють реєстраційні, ліцензійні, реєстраційні, облікові й інші публічно-правові інститути.

Навіть у тих країнах світу, де традиційно підприємницьке (госпо­дарське) право залишається некодифікованим, ці прояви знаходять усе більше відображення в спеціальному законодавстві. Наприклад, хоча в Італії, Швейцарії, Нідерландах і деяких інших країнах окремі комерційні (підприємницькі) кодекси відсутні або скасовані, але основна частина законодавчого регулювання підприємницьких відносин виведена за рамки цивільних кодексів. Для цих випадків також важливо пам'ятати, що система права не обов'язково спів­падає з системою законодавства. А тому цілком можливі випадки, коли окремі підприємницькі (господарські) норми закріплюються в цивільному кодексі. Хоча при такій системі законодавства слабшає узгодження між приватноправовим (горизонтальним) і публічно-правовим (вертикальним) регулюванням економічних відносин.

Основна причина перетворення комерційного (торгового) права в господарське (підприємницьке) — це неминуче посилення ролі держави в сучасній економіці, підвищення вимог до безпеки і якості виробничої діяльності, боротьба з монополізмом і стимулю­вання інвестицій у національну економіку, міжнародні економіко-інтеграційні процеси і розвиток міжнародного економічного права.

Приватноправове регулювання поодинці виявилося не здатним забезпечити належне регулювання господарських відносин. По­чинаючи з кінця XIX століття економіка стала потребувати публічно-правових обмежень, які покликані забезпечити стабіль­ність і порядок у господарській сфері. В цьому зацікавлені, пере­дусім, самі одиничні суб'єкти господарювання, ефективність яких неможлива в умовах економічної анархії, засилля монополізму і відсутності чітких правил гри в економіці.

Таким чином, господарське право, що успадковувало норми торгового (комерційного) права, виступило новим якісним щаблем у регулюванні економічної діяльності. Така якість виникла завдяки не тільки особливій спеціалізації приватноправових (цивільно- правових) норм стосовно умов професійної господарської діяльності, але і у зв'язку з таким явищем, як наповнення актів господарського законодавства публічно-правовими нормами. Поєднання приватно­правового і публічно-правового регулювання економічних відносин робить господарське право новим інструментальним утворенням. Рівноважний стан такого утворення з різноспрямованими елемен­тами досягається завдяки підпорядкуванню господарсько-правових норм єдиній меті — побудові ефективної економіки.

Висловлюючись практичною мовою, останнє означає, що на противагу цивільному праву, де на перше місце поставлена ідея забезпечення суб'єктивного приватного майнового інтересу, в гос­подарському праві основоположною є ідея соціально-економічного розвитку всього суспільства.

У цьому разі не йдеться про ігнорування інтересів конкретного економічного суб'єкта на догоду інтересам суспільства. Економіч­ний розвиток країни, а разом із ним і виконання соціальних програм не можна забезпечити без достатнього ступеня економічної свободи, підприємницької ініціативи, самостійності в ухваленні рішень під­приємцями тощо. Проте права останніх не повинні існувати на шко­ду правам та інтересам інших економічних суб'єктів і суспільства загалом. Тому з позиції господарського права приватні і публічні інтереси повинні бути врівноважені, а правові норми — служити сукупним соціальним і економічним інтересам.

Завдяки подібному цілеспрямованому підходу виникає набли­ження господарського права до реальної соціально-економічної необхідності, правові норми орієнтуються на вирішення соціально- економічних проблем сучасності.

Окрім цього, господарське право — це крок уперед у порівнян­ні з торговим (комерційним) правом через свою універсальність: інститути господарського права призначені для регулювання як комерційної (підприємницької), так і не комерційної господарської діяльності. Адже господарська діяльність — універсальне поняття, яке поєднує підприємницьку і некомерційну господарську діяль­ність. Цінність подібного поєднання перевірена часом.

Зокрема, питання ліцензування сьогодні виведені з-під поняття підприємництва і віднесені до поняття господарської діяльності. Ще в 2000 році з Закону «Про підприємництво» були виключені відпо­відні норми шляхом виділення їх у новий Закон « Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Причина — існування видів діяльності, до яких пред'являються підвищені вимоги до безпеки робіт (наприклад, освітні послуги, будівельні роботи та ін.), але які здійснюються не тільки комерційними структурами, але і непри­бутковими організаціями, бюджетними установами тощо.

Аналогічна тенденція спостерігається в кримінальному законо­давстві України, коли у зв'язку з прийняттям у 2001 році нового Кримінального кодексу відповідальність за зайняття забороненими видами підприємницької діяльності (ст. 148 КК УРСР) замінена на відповідальність за зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203 КК України). Аналогічним чином відповідаль­ність за порушення порядку зайняття підприємницькою діяльністю (ст. 148-3 КК УРСР) замінена на відповідальність за порушення порядку зайняття господарською і банківською діяльністю (ст. 202 КК), а поняття протидії законній підприємницькій діяльності (ст. 155-8 КК УРСР) замінено поняттям протидії законній госпо­дарській діяльності (ст. 206 КК України) тощо.

Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11.09.2003 р. передбачає про­цедури приведення до певних параметрів регуляторних актів саме у сфері господарювання. А в Закон України «Про оподаткування при­бутку підприємств» від 28.12.94 р. внесено зміни Законом України від 18.11.97 p.: слова «підприємницька діяльність» у всіх відмінках замінені словами «господарська діяльність». Закони «Про господар­ську діяльність у Збройних Силах України » від 21.09.99 р., «Про до­звільну систему в сфері господарської діяльності» від 06.09.2005 р. і багато інших новітніх законів орієнтують на впорядковування загалом господарської діяльності, а не тільки підприємництва.

Основна причина такої трансформації полягає в тому, що в су­часну епоху згладжується межа між комерційною і некомерційною господарською діяльністю, а визначити, де закінчується підпри­ємництво, і починається некомерційна діяльність, — не завжди можливо. Для державного регулювання принциповим стає не стільки мета і результат діяльності суб'єкта економічних відносин (а для регулювання підприємництва необхідно довести спрямова­ність поведінки особи на одержання прибутку), скільки процес і сфера його діяльності, те що називається в літературі «технологія господарювання». І дійсно, без системного врегулювання питань, що виникають у процесі «технології господарювання», сучасне суспільство існувати не може.

Ось чому в основі виділення господарського права в самостійну галузь права лежить об'єктивний процес суспільного розвитку, за якого предмет і мета регулювання підпорядковують методи і засоби галузевого правового впливу.

Супротивники галузевої самостійності господарського права стверджують , що господарське право складається з механічно- поєднальних норм адміністративного і цивільного права. Такий підхід не враховує фундаментальні уявлення про галузевий поділ права і законодавчі реалії. Не випадково С .С. Алексеев говорить про подвоєння структури права, «яке повністю узгоджується з філософськими уявленнями про можливість об'єктування того чи іншого явища в декількох структурах, що перехрещуються, про існування ієрархії  структур.

Не тільки юристи - господарники, але і провідні вітчизняні еконо­місти критикують думку про те, що всі відносини господарювання можна врегулювати в рамках цивільного і адміністративного права. «Цей підхід не враховує важливу обставину, пов'язану із тим, що суть економічного процесу полягає в створенні вартості і додаткової вартості. Такий процес не може бути відтворений лише як сума роз­дільних дій і відповідних операцій майнового характеру. Реалізація договорів у просторі та часі повинна бути певним чином скоордино­вана і забезпечена. Це також є предметом правового регулювання ».

Якщо встати на позицію ототожнення цивільного права з усім приватним правом, а адміністративного — з усім публічним правом, то слід відмовити в праві на існування таким загальновизнаним га­лузям права, як земельне, трудове, фінансове, екологічне, аграрне тощо. Адже ці утворення також складаються з приватних і публіч­них норм. Подібне спрощення не тільки позбавлене практичного сенсу — неможливо розділити приватне і публічне в конкретному акті земельного, фінансового, трудового або господ арського законо­давства, — але і робить неможливими цілісні наукові дослідження таких актів, маючи на меті їхнє всесторонне вдосконалення. Від­окремлені приватноправові та публічно-правові дослідження у сфері господарювання нікчемні за своєю ефективністю, оскільки у випадку відірваності один від одного стають різноспрямованими, ігнорують один одного, провокуючи хаос в економіці.

Вірність галузевого виділення господарського права підтверджу­ють досягнення вітчизняної науки господарського права. В її активі не тільки розробка Господарського кодексу України» але і науково-прикладне вирішення завдань гармонізації приватних і публічних інтересів у сфері господарювання, розробка комплексних заходів щодо оздоровлення економіки, пропозиції щодо вдосконалення господарського законодавства в цілях протидії тінізації економіки, збереження та примноження держвласності тощо.

## § 2. Предмет господарсько-правового регулювання

Господарське право, як і будь-яка інша правова галузь, має свій предмет правового регулювання — коло відносин, регулювання яко­го покликані здійснити норми цієї галузі права. Таким предметом е господарські відносини і господарська діяльність.

Уявлення про зміст господарських відносин і господарської діяльності завжди були дискусійними. Але кожного разу sou за­лежали від економічних (виробничих) відносин, що склалися суспільстві, і ролі держави в їх здійсненні. І це не випадково — норми господарського права не можуть існувати у відриві від економічного устрою, що фактично склався. А тому зміст господарсько-правового регулювання дзеркально відображає підходи держави до регулю­вання економіки.

У період планово-розподільного господарства Союзу РСР гос­подарське право регулювало «відносини щодо керівництва госпо­дарством і відносини, що виникають при здійсненні господарської діяльності».

У середині 80-х років у період «перебудови» вітчизняна кон­цепція господарського права пов'язувала предмет господарсько- правового регулювання з процесом виробництва і реалізації про­дукції, виробництва робіт і надання послуг, а також забезпечення цього процесу необхідними ресурсами (передусім, матеріальними і фінансовими).

На початку 90-х років, у зв'язку з новими віяннями у вітчизня­ній науці, предмет господарсько-правового регулювання нерідко невиправдано звужувався до рівня підприємницьких відносин. Некомерційна господарська діяльність випадала зі сфери правового регулювання, що відривало правові норми від реальної економічної ситуації.

Період розробки і прийняття ГК України вніс остаточні корек­тиви в розуміння предмета господарського права.

І це не випадково. Кодифікація усуває застарілі норми, додає їм системності, окреслює єдині принципи і предмет їхнього регу­лювання, групує і удосконалює норми у відповідності з сучасними реаліями і практичною необхідністю. Аналогічні прийоми застосо­вуються для наукового обґрунтування самостійності галузі права. Тому кодифікація — це якщо не головний, то один з провідних орієнтирів поділу сучасних галузей права.

Предмет господарсько-правового регулювання слід визначати виходячи зі ст. 1 ГК України: господарські відносини, які виника­ють у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Таким чином, можна говорити про дві складові предмета госпо­дарського права. Перший — функціональний. Він припускає виді­лення відносин, які спрямовані на процес організації та здійснення господарської діяльності. Другий — суб'єктний. Він припускає виділення суб'єктного складу відносин — суб'єкти господарювання і учасників відносин у сфері господарювання. Детально суб'єктний склад господарських відносин розглянуто в розділі 5 підручника.

Функціональний аспект предмета господарсько-правового регу­лювання розкривається в ст. 3 ГК України, згідно з якою господар­ська діяльність визначена як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення і реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Термін «суспільне виробництво», застосований у ст. З ГК Укра­їни, не можна тлумачити вузько в значенні виробничої (мануфак­турної) діяльності, що виключає торгівлю, зв'язок, перевезення, громадське харчування і т. п. Суспільне виробництво — термін уза­гальнений, рівнозначний політекономічному поняттю «виробничі відносини», яке означає створення певного матеріального продукту, чи то товар, чи робота, чи послуга. Це поняття протистоїть понят­тю невиробничого споживання, яке передбачає споживання благ населенням для задоволення життєвих потреб. Останнє позначає сферу, де панують норми цивільного права.

Суспільний характер господарської діяльності знаходить відо­браження також у тому, що це не разовий акт або одноразова дія, а «багатоетапна, складна діяльність, здійснювана систематично, професійно, у вигляді промислу». Особливе соціальне значення, специфіка і складність господарських відносин об'єктивно вимага­ють особливого правового регулювання.

Важливо враховувати, що господарська діяльність має яскраво виражений економічний характер. Вона може здійснюватися з метою одержання прибутку (комерційна господарська діяльність — підприємництво), а може і не переслідувати таку мету (некомерційна господарська діяльність). Проте, у будь-якому випадку їй властива вартісна оцінка та інші економічні характеристики.

ГК України в ст. З визначає, що сферу господарських відносин складають господарсько-виробничі, організаційно-господарські і внутрішньогосподарські відносини. Першу групу вказаних від­носин традиційно відносять до горизонтальних відносин, а другу і третю — до вертикальних відносин.

Господарсько-виробничі відносини виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. Наприклад, при взаємодії постачальника і покупця

за договором поставки. Тут не виникає підлеглості суб'єктів один одному, вони діють як рівні і незалежні контрагенти.

Інша ситуація спостерігається в організаційно-господарських і внутрішньогосподарських відносинах.

Організаційно-господарські відносини складаються між суб'єктами господарювання і суб'єктами організаційно-господар­ських повноважень у процесі управління господарською діяльністю.

Такі відносини є проявом публічного та іншого владного інтересу в сфері господарювання. Вони складаються між органами господар­ського контролю (наприклад, Антимонопольний комітет, Державна інспекція з контролю за цінами, органи стандартизації тощо) і під­приємцями, між органами державного управління і державними підприємствами, між дочірніми підприємствами і материнською (холдинговою) компанією, між господарським об'єднанням і під­приємствами, що входять до його складу, тощо. Організаційні від­носини виникають:

* при реєстрації і ліквідації (реорганізації) суб'єктів господарю­вання, внесенні змін до їхніх установчих документів;
* при видачі ліцензій, патентів, інших дозволів;
* при формуванні державного замовлення;
* при реалізації функцій державного контролю (нагляду) за сферою господарювання;
* при виконанні програм соціально-економічного розвитку;
* при забезпеченні свободної економічної конкуренції;
* при захисті прав споживачів;
* при забезпеченні якості продукції і безпеки виробництва;
* при відновленні платоспроможності суб'єктів підприємництва або визнанні їх банкротами;
* при наданні дотацій і пільг суб'єктам господарювання;
* при забезпеченні розрахунково-касової дисципліни і в бага­тьох інших випадках, обумовлених необхідністю державного втручання в сучасні економічні відносини.

Вертикальні відносини в сфері господарювання невіддільні від горизонтальних відносин. Наприклад, якщо організаційні елементи розрахункових відносин (касова дисципліна, порядок відкриття і використання банківських рахунків, єдність банківської системи) не існують для майнових (гроші, безготівкові перекази, кредитні ресурси тощо) і не злиті з ними воєдино, то самі по собі, втративши майнову основу, вони не потрібні; і навпаки, що залишилося б від таких відносин, якби вони не були відповідно організовані?! Саме тому в реальній дійсності не можна розчленувати норми, регулю­ючи господарські відносини, на самостійні частини цивільного і адміністративного права.

Відсутність організаційно-майнової єдності господарських від­носин означала б їх руйнування і хаотичне існування. Свідоцтво тому — сумні уроки початку 90-х років, коли усунення держави від організації економічних відносин призвело до знищення виробничої сфери, гіперінфляції і падіння матеріального становища громадян України. Ось чому господарська діяльність — складноорганізований, але єдиний економічний організм.

Внутрішньогосподарські відносини виникають між структур­ними підрозділами суб'єкта господарювання — юридичної особи, а також між самим таким суб'єктом і його структурними підрозділами (цехами, відділами, філіями, представництвами тощо). Наприклад, такі відносини виникають з приводу перерозподілу матеріальних цінностей між виробничими ділянками, при взаємодії між органами управління підприємства, при складанні зведеного балансу звітності юридичної особи і її філій. Враховуючи те, що філії і представництва не мають статусу юридичної особи, як правило, внутрішньогоспо­дарські відносини регулюються не законодавством, а внутрішніми (локальними) актами юридичної особи.! Проте, застосування за­конодавства для регулювання внутрішньогосподарських відносин не виключається. Наприклад, норми Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» (п.п. 2.1.3,4.1.6) регламентують взаємодію між відокремленими підрозділами юридичних осіб із приводу по­даткової звітності»

Відносини, які є складовими предмета господарського права, мо­жуть бути диференційовані з погляду їх цілеспрямованості. У цьому сенсі виділимо комерційну і некомерційну господарську діяльність.

Господарська комерційна діяльність (підприємництво) складає основу предмета господарсько-правового регулювання, оскільки переважна більшість норм господарського права присвячена регу­люванню комерційних відносин.

Підприємництво — самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, здійснювана суб'єктами господарювання (підприємцями ) з метою досягнення економічних і соціальних результатів і одержання прибутку (ст. 42 ГК України). Найважливіша ознака підприємництва — спрямованість діяльності на одержання прибутку — дозволяє його називати господарською комерційною діяльністю.

ГК України відмовляється від громіздких понять «підприєм­ницька діяльність», «суб'єкт підприємницької діяльності», замі­нюючи їх більш ємними поняттями: «підприємництво» і «підпри­ємець». Тим самим закріплені традиції використання цих термінів, що фактично склалися на практиці.

Загальна правова характеристика підприємництва, передбачена раніше в Законі України «Про підприємництво», знаходить тепер закріплення в гл. 4 ГК України.

Серед найбільш важливих напрямів правового регулювання під­приємництва слід визнавати:

— встановлення принципів підприємницької діяльності (ст.ст. 43-46 ГК України): свобода вибору видів діяльності, не забо­ронених законом, здійснення діяльності в будь-яких організа­ційних формах, передбачених законом, на вибір підприємця; самостійність у виборі програми діяльності, контрагентів та інших умов господарювання в межах, не заборонених зако­ном; вільне наймання працівників; комерційний розрахунок і власний комерційний ризик; вільне розпорядження при­бутком, що залишився після сплати податків; самостійне здійснення зовнішньоекономічної діяльності тощо;

* закріплення окремих осіб і видів діяльності, для яких (або у сфері яких) підприємництво заборонене або обмежене (ст. 43 ГК, ст. 4 Закону «Про підприємництво»).

Не допускається підприємництво таких категорій громадян, як військовослужбовці, посадові особи органів прокуратури, суду, державної безпеки, внутрішніх справ, нотаріату, а також громадян, яким рішенням суду заборонено займатися підприємництвом, і деяких інших (закони України «Про прокуратуру», "Про статус суддів", «Про нотаріат» тощо).

Проте слід ураховувати, що володіння корпоративними правами не є підприємництвом (ст. 167 ГК). Тому вказаним вище особам не заборонено купувати акції, засновувати господарські товариства.

Види діяльності, підприємництво в яких забороняється або обме­жується, встановлюються виключно законом (ч. 4 ст. 12, ч. З ст. 43 ГК). Наприклад, згідно з Законом «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» і відповідно до виданої на його основі постанови КМУ від 06.05.2000 р. забороне­ний обіг героїну, опію, кокаїну і деяких інших речовин.

Окремі види діяльності можуть здійснюватися тільки державни­ми та деякими іншими підприємствами. Зокрема, виключно дер­жавні підприємства можуть займатися виготовленням і реалізацією боєприпасів і здійснювати охорону об'єктів державного значення, Проводити і запускати ракетоносії; тільки державні підприємства і повні товариства можуть проводити ломбардні операції; державні підприємства і об'єднання зв'язку — здійснювати експлуатацію первинних мереж телефонного і супутникового зв'язку; КМУ за­тверджує переліки підприємств, яким дозволено здійснювати ви­робництво бензину, технічного ефіру, технічного спирту тощо (див. докладніше ст. 4 Закону «Про підприємництво»).

Додаткові напрями правового регулювання підприємництва:

* нормування порядку створення, державної реєстрації, реорга­нізації і припинення діяльності підприємців (ст.ст. 46, 61, 58- 61 ГК України, Закон «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» від 16.05.2003 р. та ін.)
* встановлення загальних гарантій прав підприємців: рівні права і рівні можливості для залучення і використання матеріально-технічних, трудових, інформаційних, природних та інших ресурсів; недоторканність майна і забезпечення за­хисту майнових прав підприємців; відшкодування збитків, заподіяних підприємцям, державними органами внаслідок порушення його майнових прав або залучення громадяни­на в робочий час до виконання державних або суспільних обов'язків тощо (ст. 47 ГК).
* закріплення принципів державної підтримки підприємни­цтва: створення сприятливих організаційних і економічних умов для розвитку підприємництва, зокрема, шляхом надання земельних ділянок і державного майна в порядку, встановле­ному законом, підготовки кадрів, облаштування неосвоєних територій тощо; сприяння малому підприємництву (ст. 48 ГК, Закон України «Про державну підтримку малого підпри­ємництва» від 19.10.2000 р. тощо);
* регламентація порядку залучення підприємців до відповідаль­ності (ст. 49, розділ V ГК України та ін.);
* встановлення правил захисту економічної конкуренції, бан­крутства, ціноутворення та інших умов здійснення підпри­ємницької діяльності.

Некомерційна господарська діяльність складає другу частину предмета регулювання господарського права.

Некомерційна господарська діяльність — це самостійна си­стематична господарська діяльність, здійснювана суб'єктами господарювання, направлена на досягнення економічних, соці­альних та інших результатів без мети одержання прибутку. Некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва заборонено законом (ст. 52 ГК України).

Наприклад, органи державної влади і органи місцевого само­врядування, Збройні Сили України, політичні партії, громадські об'єднання і добродійні організації не мають права займатися під­приємницькою діяльністю (ч. 4 ст. 43, ч. 5 ст. 131, ч. 2 ст. 414 ГК України, ст.1 Закону «Про добродійність і добродійні організації» від 16.09.97 p., ст.ст. 1, 21, 24 «Про об'єднання громадян» від 16.06.92 p.). Низкою випадків закон вирішує комерційну діяльність таких суб'єктів опосередковано — шляхом одержання доходів від діяльності створених ними підприємств.

Слід ураховувати, що на суб'єктів господарювання, які здійсню­ють некомерційну господарську діяльність, розповсюджуються загальні вимоги про регулювання господарської діяльності з ура­хуванням особливостей неприбуткового характеру їх діяльності (ч. 1 ст. 54 ГК України). Проте у будь-якому випадку суб'єкт не- комерційної господарської діяльності зобов'язаний забезпечити належні умови праці найнятих робітників, оплату їх праці не нижче визначеного законом мінімального розміру та інші соціальні гарантії, передбачені законом (ч. 2 ст. 54 ГК України).

Співвідношення предмета господарського права з предметом суміжних галузей права важливо встановити для уточнення уяв­лення про предмет господарського права.

Найбільш дискусійним є розмежування предмета регулювання господарського і цивільного права.

Фрагментарно предмет регулювання цих галузей права співпа­дає. Йдеться про окремі галузі господарсько-правового і цивільно- правового регулювання, де майнові відносини суб'єктів засновані на рівності сторін. Наприклад, у сфері відшкодування шкоди і забезпечення виконання зобов'язань господарські відносини не вимагають спеціальної, відмінної від загально цивільної побудо­ви. Але в галузі договорів господарсько-правове регулювання пропонує своєрідні інститути, хоча дони не є всеосяжними. Тут господарське право припускає використання в своїй сфері за­гальних інститутів і понять цивільного права. Так само як і з адміністративного права господарське право бере готовими по­няття посадової особи, органу виконавчої влади, акту управління, а із земельного права — поняття землі і плати за користування земельною ділянкою і т. д.

Значною мірою предмет регулювання господарського права вихо­дить за рамки предмета регулювання цивільного права. Йдеться про відносини організаційно-господарського і внутрішньогосподарсько­го характеру. Ці відносини засновані на принципі підпорядкування та управлінських зв'язках, а не на рівності сторін.

Необхідно відзначити, що предмет господарського права в ході правової реформи набув чіткіші контури, ніж предмет цивільно- правового регулювання. Зокрема, новий ЦК України охопив сферу публічного зв'язку громадянина і держави (розділи 21 і 22), окре­мими цивілістами активно розробляється теорія «управління» як складова цивільного права. У цивілістичній літературі висловлю­ється думка, що головним критерієм встановлення галузевої при­належності правових відносин стає не предмет, а метод правового регулювання. Втрата традиційних критеріїв предмета цивільно- правового регулювання на фоні окреслення предметів інших галузей права, зокрема, господарського, земельного, морського, екологіч­ного, бюджетного, податкового та інших, говорить про неминучу

і об'єктивну подальшу диференціацію законодавчого матеріалу. Адже сучасні правовідносини не можна вміщати в прокрустове ложе принципів, вироблених в епоху Стародавнього Риму.

Предмет регулювання господарського права і адміністра­тивного права однозначно розмежувати не завжди просто. Орга­нізаційні відносини у сфері господарювання багато в чому мають ті самі риси, які властиві адміністративно-правовим відносинам. Проте, організаційні відносини у сфері господарювання внаслідок нерозривного зв'язку з майновими відносинами набули нову якість, що дозволяє їх виділити з предмета адміністративно-правового регулювання. Адже не можна, наприклад, ефективно регулювати процеси створення підприємства (організаційний аспект) без одно­часного правового впливу на відносини з наділенням цього суб'єкта матеріальними цінностями (майновий аспект).

Водночас адміністративне право регулює управлінські відносини, що не мають майнового змісту. До таких відносин належать прин­ципи організації державного апарату, державна служба, питання колегіальності і єдиноначальності, участь трудящих в управлінні тощо. Тому, наприклад, формування управлінської структури і взаємодія Антимонопольного комітету України з іншими органами управління слід вважати відносинами, врегульованими нормами адміністративного права, а реалізацію компетенції цього органу сто­совно прав і обов'язків суб'єктів господарювання — господарськими відносинами, врегульованими нормами ГК України та інших актів господарського законодавства.

Слід також прислухатися до думки Г.Л. Знаменського про те, що вертикальні господарські відносини будуються не на прямому підпорядкуванні однієї особи іншій, як це відбувається в адміністра­тивній вертикалі, а на взаємних зобов'язаннях органу управління і господарюючого суб'єкта в їх рівному підпорядкуванні суспільному господарському порядку\*.

Розмежування предмета господарського і трудового права слід знаходити у вичлененні різних ланок суспільного виробництва, здатних сприймати правову дію. М.Г Александров відзначав, що одні з них складають необхідні передумови процесу праці, а інші — відносини, що виникають безпосередньо з приводу застосування робочої сили. Останні якраз і є предметом трудового права. Що ж стосується виробничих відносин, які визначають передумови праці (залучення до виробництва засобів виробництва і його організацію), то, за влучним зауваженням авторів підручника «Господарське право» за редакцією академіка В.К. Мамутова, саме ця ланка і є предметом господарського права.

Іншими словами, взаємодія органів юридичної особи, засновни­ків і юридичної особи регулюється нормами господарського права, а реалізація права на працю конкретного громадянина — нормами трудового права.

Не завжди просто розділити фінансові і господарські відносини. Проблема полягає, по-перше, в неоднозначності трактування складу цих відносин, а по-друге, в їх постійній взаємодії і взаємопроник­ненні. Проте теорія і практика виробили тут певні підходи.

Зокрема, ст. 4 ГК України передбачає, що не є предметом регулю­вання кодексу фінансові відносини за участю суб'єктів господарю­вання, що виникають у процесі формування і контролю виконання бюджетів всіх рівнів.

Слід також ураховувати чинник вторинності фінансових від­носин, що відзначається в літературі: «Фінансові відносини мають характер державних фінансів загалом, будучи об'єктивно необхід­ними, вони не можуть існувати без державної регламентації.» Що ж до господарських відносин, то вони виникають об'єктивно і існують у більшості своїй незалежно від наявності їх правового регулювання. У фінансових відносинах грошова форма вартості відокремлена від товарної, не є наслідком зустрічного руху товарної форми вартості (розподіл коштів через бюджет, платежі до бюджету, збирання по­датків, розміщення державних позик тощо). У процесі виробництва і обміну, властивого для господарських відносин, здійснюється зміна форм вартості, на противагу руху виключно грошової форми вартості у фінансових відносинах.

Господарські відносини базуються на еквівалентності обміну. Не випадково в ч. 4 ст. 175 ГК України передбачається, що безвід­платні майнові зобов'язання суб'єктів господарювання існують як виняток. Водночас, для фінансових відносин правилом є відсутність обов'язку з повернення матеріальних цінностей.

Крім того, більшістю вітчизняних правознавців обов'язковим суб'єктом фінансових відносин називається уповноважений орган публічної влади, а фінансово-правова діяльність співвідноситься з державною фінансовою діяльністю. Водночас, у господарських відносинах значна частина операцій проводиться без участі держав­них організацій, а порядок створення, розподілу і використання матеріальних цінностей залежить від їхніх власників.

У фінансовому праві суб'єкти нерівні; сторона, що виражає публічний фінансовий інтерес, завжди наділена владними пов­новаженнями. Проте в господарських правовідносинах такі владні повноваження публічних органів мають місце тільки в ор­ганізаційно-господарських (вертикальних) відносинах. Причому тут вони направлені на вирішення проблем обігу публічних ви­робничих фондів, а не публічних фінансів (грошових фондів). Що ж до виробничо-господарських (горизонтальних) відносин, то тут публічні органи діють завжди на рівних з суб'єктами господарю­вання засадах.

Великий ступінь взаємопроникнення спостерігається у взаємодії господарських і податкових відносин. Це зумовлено, насамперед, тим, що податковий тиск з боку держави прямо відбивається на поведінці суб'єктів господарювання. І навпаки, податковий меха­нізм, який не враховує реалії господарської системи, приречений на ігнорування суб'єктами господарювання.

Мабуть, тому в багатьох нормах ГК України регламентуються по­даткові відносини (наприклад, в ч. 1 ст. 10 передбачаються напрями податкової політики, в ч. 2 ст. 12 — податкові пільги в контексті за­собів державного регулювання господарської діяльності, в ст. 240 — наслідки приховування об'єкта оподаткування, в ст. 243 — наслідки створення перешкод у проведенні податкових перевірок тощо). Тому податкові відносини розглядаються як сфера господарської діяль­ності, а податкова дисципліна — як необхідна умова її здійснення.

Через обмеженість обсягу цього курсу не уявляється можливим зупинитися докладніше на розмежуванні предмета господарського права з предметом інших галузей права. Вкажемо лише на те, що не існує «непорушних кордонів» між предметами регулювання галузей права. Нерідко одні і ті ж відносини регулюються різними галузями права. Це призводить до того, що на стику предметів регулювання різних галузей права виникають універсальні інститути. Таку уні­версальність, наприклад, мають інститути юридичної особи, права власності, компетенції тощо.

Подальша диференціація і взаємодія актів законодавства, при­стосування їх змісту до практичних потреб роблять почасти без­глуздими дискусії про жорстке розділення одних відносин, врегу­льованих правом, від інших. Головним стає визначення найбільш важливих і системоутворювальних чинників тих відносин, які піддаються цілеспрямованому правовому впливу. Лише у цілісному вигляді такі відносини, зокрема господарські, можуть отримати адекватне і ефективне правове регулювання з боку держави.

## § 3. Метод правового регулювання, принципи та інші системоутворювальні елементи господарського права

Питання про метод господарського права є одним з найбільш дискусійних у науці господарського права.

Московськими (B.C. Мартем'янов, В.В. Лаптев та ін.) і київськи­ми (І.Г. Побірченко, Г.В. Пронська, B.C. Щербина та ін.) ученими — представниками школи господарського права обґрунтовано по­єднання різних методів господарсько-правового регулювання.

При даному підході виділяються такі методи господарського права, як метод обов'язкових розпоряджень (іноді — метод підпо­рядкування), метод узгодження (автономних рішень і координації) і метод рекомендацій. Виділення цих методів обґрунтоване тим, що горизонтальні і вертикальні господарські відносини вимагають багаторівневого правового впливу.

Метод обов'язкових розпоряджень (підпорядкування) полягає в тому, що стороні, яка наділена господарською компетенцією, на­дано право ухвалювати обов'язкові для іншої сторони управлінські рішення, засновані на законі. Наприклад, такими правами відповід­но до статуту наділяється засновник (власник) відносно створеного ним підприємства. Джерелом обов'язкових розпоряджень можуть бути індивідуальні і нормативні управлінські рішення.

Метод узгодження може бути роздільний на метод автономних рішень і метод координації. При застосуванні методу автономних рішень суб'єкт господарювання наділяється правом за власною іні­ціативою здійснювати будь-які дії, які не суперечать законодавству. Механізми цього методу діють при встановленні в законодавстві видів діяльності, які потребують ліцензування, при закріпленні критеріїв порушень у сфері економічної конкуренції. Метод коор­динації забезпечує прийняття юридично значимих рішень за згодою сторін. Причому, метод координації застосовується не тільки в горизонтальних відносинах (наприклад, при укладенні господар­ських договорів), але і у вертикальних господарських відносинах (наприклад, при здійсненні спільних дій податковими, митними органами і місцевими державними адміністраціями з реєстрації і контролю за переміщенням іноземних інвестицій).

Метод рекомендацій передбачає видання компетентними ор­ганами певних пропозицій (рекомендацій), адресованих суб'єктам господарювання, щодо бажаної для суспільства і економіки пове­дінки таких суб'єктів. Йдеться про розробку програм соціально- економічного розвитку, зразкових господарських договорів та ін.

Концептуально названі методи господарського права базуються на двох принципах. Перший — загальнодозволений («дозволено все, що не заборонене законом») — діє в правовому регулюванні поведінки суб'єктів господарювання. Другий — що зобов'язує («до­зволено тільки те, що визначено законом») — стосується правової організації діяльності органів управління в сфері господарювання.

Названа диференціація методів господарського права не свід­чить про те, що господарське право — це якась комплексна, а значить не єдина галузь права. Твердження про те, що тільки в комплексних галузях права допускається застосування різних методів регулювання, не відповідає реальному стану справ у право­знавстві. «У кожній окремій галузі права застосовується не один, а декілька методів правового регулювання, взятих в їх поєднанні». У цивільному праві, наприклад, метод рівності сторін е основним, але не єдиним. Зокрема, метод підпорядкування застосовується в цивільних правовідносинах між опікуном і недієздатною особою (розділ 6 ЦК). Аналогічна ситуація спостерігається у взаєминах сторін публічного договору (ст. 633 ЦК) і в інших випадках. Нарівні з диспозитивним елементом цивільно-правового методу регулювання в цивілістиці виділяється імперативний елемент. Для адміністра­тивного права не можна вважати єдиним метод підпорядкування. Наприклад, у сфері реалізації вимог державної виконавчої влади домінує метод переконання; при організації дорожнього руху — методи узгодження і координації тощо. Водночас, особлива ком­позиція методів правового регулювання обумовлює специфіку тієї або іншої галузі права.

Сукупність методів (прийомів) регулювання, якими оперують господарсько-правові норми, має помітну своєрідність. Поєднання цих методів (прийомів) здійснене системно.

В зв'язку з цим варто звернути увагу на думку донецьких учених-господарників (Г.Л. Знаменський, В.К. Мамутов та ін.), які справедливо виділяють елемент, який «цементує» вищезгадані розрізнені методи в єдиний інструмент. Ним виступає суспільний господарський порядок. Іншими словами «господарське право — це з'єднання ідей у купол, на якому накреслено «суспільний госпо­дарський порядок».

Поняття суспільного господарського порядку використовується не тільки в науковій літературі, але і в преамбулі ГК України. Окрім того, в тексті ГК використовується поняття правового господарсько­го порядку, який є складовою частиною суспільного господарського порядку.

Суспільний господарський порядок — це заснована на за­конодавстві і реальних інтересах суспільства система правових і економічних засобів, що спрямована на забезпечення стабільності і ефективності господарювання, задоволення і захист інтересів господарюючих суб'єктів.

У ст. 5 ГК України зазначено, що правовий господарський поря­док формується на підставі оптимального поєднання ринкового са­морегулювання економічних суб'єктів господарювання і державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з принципів, закріплених у Конституції України.

Господарське право має й інші системоутворювальні елементи.

Нерідко супротивники концепції господарського права гово­рять про те, що сукупність приватних і публічних елементів в його змісті свідчить про комплексність, а значить несамостійність цієї галузі права. Проте, по-перше, комплексність не виключає єдності і системності. Комплексність може розглядатися як сино­нім системності. По-друге, у самостійній галузі права взаємодія приватних і публічних правових норм призводить до «хімічного», тобто нерозривного їх поєднання. Про подібну якість господарсько- правового утворення свідчать: єдність принципів регулювання, своєрідність понятійного інструментарію, власні заходи від­повідальності і наявність систематизованого законодавства. Нарешті, невід'ємний показник самостійності галузі права — розви­нена на її основі галузева правова наука. Саме галузь науки права свідчить про здатність нормативно-правового масиву існувати у вигляді стійкого галузевого утворення, схильного до творчого і ди­намічного вдосконалення, яке, будучи піддане зміні, не руйнується, а зберігає і примножує системоутворювальні характеристики.

Галузь господарського права має всі ознаки специфічного нерозривного поєднання норм права.

Зокрема, на додаток до вказаних вище основоположних принципів підприємництва, закріплених у ст.ст. 43-46 ГК (свобода вибору перед­бачених законом організаційних форм, програми діяльності, контр­агентів та інших умов господарювання, вільне наймання працівників; вільне розпорядження прибутком тощо), на підставі ст. 6 ГК України Можна додати такі принципи господарського права:

* забезпечення економічного різноманіття і рівного захисту державою всіх суб'єктів господарювання;
* свобода підприємницької діяльності в межах закону;
* вільний рух капіталів, товарів і послуг на території України;
* обмеження державного регулювання економічних процесів у рамках необхідності забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції в підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів і безпеки суспільства і держави;
* захист національного товаровиробника;
* заборона незаконного втручання органів держави і місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини.

Особливість господарського права як галузі права значною мірою визначається його джерелами, про які йтиметься далі.

У цьому курсі буде чимало сказано про різні системоутворювальні чинники господарського права. їхня сукупність дозволяє говорити про те, що господарське право — єдина галузь права, яка займає рівне місце в системі інших галузей українського права.

## § 4. Наука господарського права

Найважливішим показником галузевої специфіки господарсько­го законодавства, його здатності існувати в рамках стійкої системи норм права є галузева наука господарського права.

Можна виділити 4 етапи становлення вітчизняної науки госпо­дарського права, найбільш істотні напрями її розвитку:

Перший етап — початок XIX—20-ті роки XX століття — знаменує зародження господарсько-правових ідей.

У той час, коли в країнах Європи приймаютсья роздільні коди­фікування цивільного і торгового (комерційного) законодавства, у вітчизняній правовій науці починають з'являтися спеціальні до­слідження у відповідній сфері.

Причому, даний період характеризувався двоякими процеса­ми. З одного боку, деякі вчені відокремлюють торгове право від права цивільного в рамках спеціального приватного права (праці П.П. Цитовіча, А. І. Камінки, О. Пергамента, А.Х.Гольмстена та ін.). З іншого боку — вибувається самостійний науковий напрям господарського права, який об'єднує приватні і державні аспекти

господарювання (професори К.Д. Ушинський, І.І. Янжул,

* 1. А. Удінцев, А.Ф. Федоров та ін.).

У цей період формуються ідеї, які ввійшли потім в основу теорій багатьох поколінь учених-господарників.

Ще в середині XIX століття К.Д. Ушинський зробив висновок про те, що усередині громадянського суспільства народилося «гос­подарське суспільство», і йому повинне відповідати своє особливе право — господарське право, яке є «юридичним викладом госпо­дарської діяльності». Вважається, що тоді і була створена перша концепція господарського права.

Не можна не відзначити і висновки професора П.П. Цитовіча: ♦Цивільне право роз'єднує і протиставляє людей, торгове пра­во їх поєднує і підпорядковує. Одне право індивідуальне, інше соціальне». У цей період А.І. Камінка пише: «Торгове право вклю­чає і публічне, і приватне право, при цьому публічне торгове право розпадається на державне право і міжнародне торгове право ». « Вся ця галузь проникнута спеціальним духом, який у більшому або меншому ступені є чужим решті галузі відносин».

Професор Київського університету В. А. Удінцев тоді ж висунув ідею про те, що в торговельно-промисловому праві приватноправові принципи зближуються з принципами публічно-правовими. І це зближення викликане тим, що в сфері торгового обороту разом із захистом торгівлі і промисловості переслідується і «захист інтересу суспільного і третіх осіб».

Галузева самостійність торгового права названа професором Новоросійського університету А.Ф. Федоровим серед іншого резуль­татом того, що міжнародні економічні правовідносини вимагають подолання національних особливостей цивільного права окремих країн.

Названі й інші вчені вказаного періоду, хоч деколи і з різних сторін, але підкреслили одну істотну межу наміченого регулюван­ня економіки — виділення самостійного, комплексного і такого, що динамічно розвивається, утворення норм права, іменованого сьогодні господарським (комерційним, підприємницьким) правом.

Другий етап — це період раннього розвитку господарського права — 20-і— кінець 30-х років XX століття.

Даний період у розвитку науки господарського права може бути охарактеризований взаємодією двох основних наукових напрямів: двох секторній теорії П. І. Стучки і теорії єдиного господарського права Л.Я.Гінцбурга і Є.Б. Пашуканіса.

Прихильники двохсекторної теорії в період НЕПу поставили питання про необхідність особливого правового стимулювання со­ціалістичного сектора економіки (господарсько-адміністративне право) на противагу регулюванню її приватного сектора (цивільне право). Дані галузі визнавалися антагоністичними, а тому не здат­ними до взаємодії; причому передбачалося, що через усуспільнення економічних відносин цивільне право перестане існувати. Дана теорія не витримала перевірки часом — цивільне право в умовах соціалістичного господарства не зникло, а стало регулятором від­носин громадян із задоволення споживчих потреб.

Представники теорії єдиного господарського права бачили в ньому особливу форму політики держави «в галузі організації управління господарством і організації господарських зв'язків». Була сформульована концепція єдиного підходу до регулювання економічних відносин, центром якого повинен стати господарський кодекс, проект якого був запропонований у 1935 році. Відстоювала­ся теза про неприпустимість поділу єдиного господарського права на дві самостійні частини — господарсько-адміністративне і цивільне права. На жаль, ця теорія нечітко підійшла до визначення предмета регулювання господарського права, включивши до нього майнові відносини за участю громадян.

Це дало привід для нападу на представників господарсько- правової концепції одіозними керівниками юридичного відомства того часу. Зокрема, А.Я. Вишинський (тоді — Генеральний проку­рор СРСР і директор інституту права АН СРСР), разом з деякими вірними зауваженнями перекрутив сенс цієї прогресивної в основі теорії і навіть звинуватив представників науки господарського права в «шкідництві». В результаті авторитарного втручання запанувала точка зору, яка відбилася на поглядах багатьох подальших поколінь юристів, зокрема деяких сучасних учених, про те, що господарське право не є самостійною галуззю права. Навпаки, було обґрунтовано таке існування в рамках цивільного права. В результаті громадянин на довгий час виявився приниженим у рамках цивільного права, оскільки об'єднання у одній галузі цивільних і господарських від­носин неминуче відсунуло громадянина з його потребами на другий план створило умови для безсистемної правотворчості різних ад­міністративних органів. Сама ж наука господарського права — на довгі 20 років була піддана негласній забороні, а багато її представ­ників — репресовані.

Третій етап — період «фундаменталізації» господарського права в 60-80-і роки XX століття.

Характеризувався цей період не тільки відродженням господарсько-правової науки в СРСР, але і остаточним становлен­ням єдиної (моністичної) концепції господарського права. Саме у цей період нова школа господарського права, початок якій поклали праці В.В. Лаптева, В.К. Мамутова та інших учених-господарників, з'явилася в цілісному вигляді на противагу роздільним і неузгодженим один з одним цивільно-правовим і адміністративно-правовим дослідженням економіки.

У цей період була обґрунтована головна мета господарсько- правової науки, яка виявилася з часом основною її ідеєю і призна­ченням, — поставити господарське законодавство на службу гос­подарському будівництву, направити науку на вирішення проблем господарського комплексу.

Цій прогресивній ідеї присвятили свої праці чимало вітчизняних учених-господарників: В.К. Андреев, В.М. Гайворонський, З.М. Замен- гоф, І.Є. Замойський, Г.Л. Знаменський, М.І. Клеандров, В.Ф. Кузьмін, B.C. Мартем'янов, С.З. Михайлин, Г.В. Пронська, І.Г. Побірченко, Ю.С. Цимерман, B.C. Шелестов, Л.М. Шор тощо.

Учені-господарники поставили питання про запровадження за­конності на всіх рівнях економіки, про зміцнення господарського розрахунку на базі розширення прав підприємств, про встановлення відповідальності державних органів за неправомірні дії відносно підприємств, про розвиток внутрішньогосподарських відносин та інші заходи. На базі Інституту держави і права СРСР був створений проект Господарського кодексу СРСР.

На жаль, не без участі цивілістів, які вбачали в діях господар­ників посягання на їх «вотчину» в галузі майнових правовідносин, ідею про прийняття ГК у той час відкинули. Адміністративно-господарська система управління часів Радянського Союзу не могла допустити існування рамок поведінки в економіці, які б обмежували П безмежне панування над суб'єктами господарювання.

Четвертий етап розвитку господарсько-правової науки — сучас­ний період, який ознаменувався її розквітом, — з кінця 80-х років XX століття до теперішнього часу.

Позбавлена політичного і ідеологічного стримування, наука господарського права виступила могутньою рушійною силою про­гресивних ідей на стику економіки і права.

Цей період характеризується двома взаємодоповнюючими век­торами розвитку науки господарського права. Перший — забезпе­чення економіко-правових реформ. Другий — розробка самостійного Господарського кодексу України. Прийняття цього Кодексу в 2003 р. ознаменувало собою новий якісний прорив в усвідомленні суті, форми і змісту господарського права як самостійної галузі права.

Забезпечують дану галузь науки на сьогоднішній день в Україні 17 докторів і більше 70-ти кандидатів юридичних наук, що захисти­ли дисертації за фахом 12.00.04 «Господарськеправо, господарсько- процесуальне право». Провідними центрами вітчизняної школи господарського права виступають кафедра господарського права Київського національного університету ім. Т. Шевченка, Інститут економіко-правових досліджень НАН України (м. Донецьк), кафе­дра господарського права і процесу Одеської національної юридичної академії, кафедри господарського і аграрного права Національної юридичної академії ім. Я. Мудрого (м. Харків), кафедра господар­ського права Донецького національного університету. Кафедри гос­подарського (підприємницького) права створені в більшості інших вітчизняних ВНЗ юридичного профілю.

Масив господарсько-правових досліджень, здійснених за останні роки в Україні, визначається працями В.К. Мамутова, О.А. Беляне- вич, А.Г. Бобкової, О.М. Вінник, В.М. Гайворонського, І.Є. Замой- ського, Г.Л. Знаменського, Б.М. Полякова, О.П. Подцерковного, Д.М. Притики, Г.В. Пронської, Б.Г. Розовського, В.Г. Ротаня, Н.О. Саніахметової, В.І. Семчика, О.О. Чувпила, B.C. Щербини, О.І. Ющика, М.О. Абрамова, В.Е. Беляневича, О.П. Віхрова, І.В. Го­лованя, В.В. Джуня, С.Ф. Демченка, Д.В. Задихайла, О.Р. Кібенко, В.І. Коростея, Д.Х. Ліпніцького, B.C. Мілаш, Т.В. Степанової, В.В. Ха- хуліна, О.Х. Юлдашева і багатьох інших, зокрема згадуваних в окремих розділах цієї книги. Сказане дозволяє стверджувати, що господарсько- правова школа, яка розквітла після набуття незалежності України, гостро затребувана в умовах становлення прогресивного економічного устрою і розвитку соціально орієнтованої економіки.

# Розділ 2

# ДЖЕРЕЛА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

## § 1. Загальна характеристика системи господарського законодавства та інших джерел господарського права

Джерела господарського права — зовнішня форма виразу пра­вил поведінки в сфері господарювання, загальнообов'язковість, що забезпечує їх, і регулятивна дія.

До джерел господарського права України належать:

* господарське законодавство;
* нормативні договори;
* судова практика;
* ділові звичаї;

—юридична доктрина.

У своїй сукупності джерела господарського права визначають рамки юридично значущої поведінки суб'єктів господарювання.

Господарським законодавством прийнято називати сукуп­ність нормативно-правових актів, направлених на регулювання господарської діяльності.

Господарське законодавство включає не тільки закони у власно­му сенсі, але і підзаконні нормативно-правові акти в межах, що не суперечать законам. Зокрема, згідно зі ст. 7 ГК України відносини в сфері господарювання регулюються Конституцією України, Гос­подарським кодексом України, законами України, нормативно- правовими актами Президента України і Кабінету Міністрів Укра­їни, нормативно-правовими актами інших органів державної влади і органів місцевого самоврядування, а також іншими нормативно - правовими актами.

У цьому сенсі слід розрізняти поняття «акти законодавства» та «законодавчі акти». Перше поняття ширше, включає будь-які нормативно-правові акти в господарській сфері. Друге поняття — вужче, передбачає лише закони. Таке розмежування має практичну цінність. Наприклад, в ч. 4 ст. 10 ГК України джерела правового регулювання господарських відносин обмежуються законодавчими актами (тобто законами), а в ч. З ст. 175 ГК України правовідносини за участю громадян співставлені з ширшим поняттям акта законо­давства. У ряді випадків обсяг поняття «законодавство» спеціально визначений. Наприклад, у ст. 41 ГК України склад антимонопольно-конкурентного законодавства обмежений законами.

Серед законів у сфері господарського законодавства найвищу юридичну силу має Конституція України.

Стаття 5 ГК України в концентрованому вигляді відтворює кон­ституційні основи правопорядку у сфері господарювання. Йдеться про відповідальність держави перед людиною; про проголошення України суверенною, незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою; про право власності Українського народу на природні ресурси; про право громадянина користуватися при­родними об'єктами права власності народу відповідно до закону; про захист державою прав всіх суб'єктів права власності і господа­рювання, соціальну спрямованість економіки; про право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю; про економічне розмаїття і право кожного на підприємницьку діяль­ність, не заборонену законом; про визнання в Україні принципу верховенства права та інші положення, закріплені в Конституції України (ст.ст. З, 8,13-15,18, 36, 41-45 тощо).

Наступними в ієрархії нормативно-правових актів, які регулю­ють господарську діяльність, виступають закони. Особливе місце тут відводиться Господарському кодексу (ГК) України.

Важко не погоджуватися з думкою про те, що «одним з показни­ків галузі законодавства, що є адекватною галузі права, слід вважати наявність зведеного нормативного акта, який охоплює переважну більшість інститутів даної галузі». Для господарського законодав­ства таким єдиним законодавчим актом є ГК України.

Такий кодифікований акт є активним центром системи госпо­дарського законодавства, управляє цією системою шляхом вста­новлення загальних положень, принципів, понять та інститутів, розмежування компетенції між органами управління, закріплення заходів відповідальності, визначення напрямів розвитку спеціаль­ного господарського законодавства тощо.

Регулювання господарських відносин неможливо здійснити за допомогою одного лише закону, навіть такого кодифікованого акта, як ГК України. Адже господарське законодавство складає величезний масив юридичних норм. Обтяження ГК зайвою деталі­зацією призвело б до утиску головної ідеї ГК, яка закріплена в його преамбулі, — встановити правові основи господарської діяльності.

Тому інші акти господарського законодавства покликані роз­винути основні засади ГК України, конкретизувати його норми і принципи.

Основними актами господарського законодавства є:

* закони України «Про господарські товариства» від 19.10,91 р., «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 p., «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.91 р., «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р., «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р., «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р., «Про захист від недобросовісної конкуренції від 7.06.96 р., «Про режим іно­земного інвестування» від 19.05.96 р., «Про інноваційну ді­яльність» від 04.07.2002 р., «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р., «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» від 15.05.2003 p.; Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.93 р. і багато інших законодавчих актів;
* Укази Президента України «Про запровадження єдиної регу­ляторної політики у сфері підприємництва» від 22.01.2000 p., "Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки», в редакції від 11.05.99 р., «Про запровадження дозвільної системи у сфері підприємницької діяльності» від 20.05 І999р., «Про спрощену систему оподатку­вання, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва» від 28.06.99 р. тощо;
* постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення повно­важень органів виконавчої влади і виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів)» від 25.12.96 р. № 1548, «Про затвердження Положення про створення (реєстрацію), реорганізацію і ліквідацію промислово-фінансових груп» від 20.07.96 р. ІІ 781 тощо;
* рішення центральних та інших органів виконавчої влади, їакі як «Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)», затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції від 06.09.2001 р. № 201, «Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні», затверджене постановою правління НБУ від 15.12.2004 р. № 637 тощо.

Чимало актів господарського законодавства буде розглянуто при характеристиці окремих розділів цього курсу.

## § 2. Господарський кодекс України як найважливіший акт кодифікації українського права

Значення Господарського кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 року і що набув чинності з І січня 2004 року, для правової організації економічних відносин важко переоцінити.

Прийняття цього Кодексу ознаменувало собою реальне втілення в життя практично існуючої роздільності цивільного і господарського законодавства.

Ідея прийняття ГК України поряд із ЦК України виникла в результаті усвідомлення тієї обставини, що сфера господарювання вимагає не тільки приватноправового, але і публічно-правового регулювання, що організаційні і майнові відносини у сфері госпо­дарювання існують нерозривно один від одного. Саме тому немає більш оптимального шляху, ніж виділити і організувати це поєд­нання в самостійному кодифікованому акті. Не можна «розмивати» його в товщі приватних споживчих, сімейних, спадкових та інших правовідносин, закріплених у ЦК, оскільки це не дозволяє уявити специфіку господарського механізму. Окрім цього, в рамках ЦК державний вплив на економіку залишається неврегульованим, що тягне, як показує сучасність, його довільне розростання і безси­стемне формування.

Не випадково, самостійні господарські (комерційні, торгові) кодекси прийняті в більшості провідних країн світу, серед яких: Австрія, Аргентина, Бельгія, Болгарія, Бразилія, Німеччина, Греція, Іспанія, Південна Корея, Люксембург, Мексика, Польща, Румунія, Словаччина, США, Франція, Чехія, Чилі, Швеція, Естонія, Японія та інші.

Раніше, при розробці ГК України, його супротивники, зокрема, цивілісти С. Головатий, А. Довгерт, Я. Шевченко, 0. Підопригора та інші стверджували, що такий акт призведе до відходу від ринкових умов господарювання, до повернення адміністративно-командної системи управління економікою. Проте зміст ГК України та п'ятирічна практика його застосування показують, що він повністю відповідає загальносвітовим ринковим механізмам і вагомому, як того і вимагає життя, місцю держави в цих процесах.

Прийняття ГК в Україні — належна відповідь науковим школам Російської Федерації, які під впливом штампів часів Союзу РСР не тільки доводили недоцільність кодифікації господарського зако­нодавства, але і намагалися вихолостити саме поняття господар­ського права, замінюючи його поняттям галузі підприємницького і комерційного права, хоча це ігнорує некомерційну господарську діяльність. Вже сьогодні ГК України викликає резонанс в Росій­ській Федерації, сприяючи роботі з кодифікації комерційного за­конодавства.

ГК України — результат багаторічної роботи вчених і практиків, їм вдалося систематизувати розрізнене, неврегульоване, таке, що роздирається суперечливими і часто невідомими суб'єктам госпо­дарювання нормативними актами, господарське законодавство України. ГК України містить чимало бланкетних норм, проте їхня наявність об'єктивна. Адже господарське законодавство складає понад 70 % всього законодавства України. Тому його неможливо охопити в одному кодексі. ГК України — основний виток систем­ності господарського законодавства.

ГК України інтегрував майнові та організаційні відносини у сфері господарювання, оскільки останні непідвладні Цивільному кодексу. До таких організаційних відносин належать: визначення рамок державної економічної політики, порядок державної реє­страції суб'єктів господарювання, ліцензування і патентування, дозвільні процедури торгової та іншої господарської діяльності, сфера державного впорядкування цін, антимонопольна політика, стандартизація і сертифікація, державні закупівлі, застосування дотацій, індикативне планування, обмеження контрольних функцій держави і т. п.

ГК відокремлює господарську діяльність, що має систематич­ний, професійний характер, в рамки самостійного правового ме­ханізму, відмітного від механізму здійснення загальноцивільних прав. Слід визнати, що цей механізм містить велику кількість публічно-правових обмежень. Проте, їхня наявність продиктована багатоетапністю господарської діяльності, її впливом на основи економічної безпеки держави і громадян, нарешті вказаним у ст. 13 Конституції України правилом про соціальну орієнтованість І економіки. Корисність ГК в тому, що він припускає «прозору» публічну участь в економічних процесах, але не уникає його згадки, а піддає активній і плідній регламентації.

З прийняттям ГК України скасовані закони України «Про підприємництво», «Про підприємства в Україні», норми яких не­виправдано перетиналися і дублювалися. Поняття підприємниць­кої діяльності (що прогресивно) представлене частиною поняття господарської діяльності. Це дозволило уніфікувати «правила гри». В економіці незалежно від організаційної, комерційної або іншої характеристики суб'єкта. Необхідність такої уніфікації зумовлена тенденціями не тільки господарського, але і фінансового, адміні­стративного і кримінального законодавства. Адже раніше госпо­дарська діяльність, що не мала комерційного характеру, випадала зі сфери правового регулювання.

ГК України служить стрижньовим актом всього економічного законодавства, дозволяє легко орієнтуватися в ньому. Це корисно не тільки для його практичного освоєння, але і для подальшого на

укового вдосконалення. Позитивні моменти ГК виявляються у ви­робленні загальних граней стикання господарського законодавства з цивільним і податковим законодавством, в закріпленні принципів господарської діяльності, в інших численних новелах.

Величезне значення має концентрація в ГК України заходів господарсько-правової відповідальності. Вперше санкції за правопо­рушення у сфері господарювання представлені в цілісному вигляді, що охоплює як горизонтальні, так і вертикальні відносини. Тобто ГК вийшов далеко за рамки ЦК, систематизувавши не тільки дис­позитивні санкції, які застосовуються суб'єктами господарювання один до одного, але і імперативні санкції штрафного, організацій­ного й іншого характеру, які застосовуються до таких суб'єктів з боку державних органів. ,

Попри прогресивне значення ГК України, його зміст не позбавле­ний недоліків, що відзначаються правознавцями. Наприклад, ст. 352 ГК не говорить про таке джерело формування грошових фондів при страхуванні, як доходи від розміщення коштів цих фондів. Тим самим не враховані новітні положення Закону «Про страхування». Стаття 207 ГК застосовує поняття недійсності господарського зобов'язання, хоча слід було б застосовувати поняття недійсності господарського правочину. В юридичній літературі приводяться й інші недоліки ГК України, так само як і недоліки ЦК України.

Більшість недоліків ГК є, насамперед, результатом неузгодженої позиції правознавців при ухваленні ЦК і ГК України. Але такі роз­біжності неминучі на шляху здійсненої масштабної кодифікації. Безрозсудно сподіватися, що одного разу можна прийняти зако­нодавчі акти сучасного економічного регулювання, які виключать які-небудь прогалини і колізії. Навіть класичні кодифікації, на­приклад, Німецьке цивільне і торгове уложення, впродовж понад ста років постійно удосконалюються, доповнюються і змінюються.

Слід ураховувати, що ГК України буде завжди більшою мірою тяжіти до змін, аніж ЦК України. Це пов'язано з тим, що госпо­дарське право покликане забезпечувати економічні відносини, які динамічно розвиваються. Існування ГК України створює умови для стабільності ЦК України, що украй важливо для успішної реалізації прав і свобод громадянами України, підтримки зв'язку сучасного цивільного права зі своїм корінням — jus civile (правом громадян).

## § 3. Співвідношення Господарського і Цивільного кодексів України

У період після прийняття ГК і ЦК України в правовому просторі України виникли проблеми їх спільного застосування. Причини тому — окремі відмінності в регулюванні господарських і цивільних відносин, пропонованих кодексами. Наприклад, ст.ст. 189 і 198 ГК України передбачають, що грошові зобов'язання можуть виражатися тільки в національній валюті України, а ст. 256 ЦК України — до­пускає вираження грошових зобов'язань в іноземній валюті.

Здавалося б, розмежування правового регулювання в загально- цивільних і господарських відносинах не є новим для вітчизняного законодавства. Наприклад, ст. 354 ЦК УРСР1963 року виключала участь громадян у договорі підряду на капітальне будівництво, а підрядні відносини за участю громадян регулювалися за допомогою загальних норм ЦК про договір підряду.

Проте багато практиків і теоретиків виявилися не готовими застосовувати обидва кодекси. Позначилося небажання викорис­товувати колізійні норми, виявляти і оцінювати співвідношення загальних і спеціальних норм. Останні нерідко сприймалися лише за критерієм кількості нормативного матеріалу, присвяченого тій чи іншій проблемі, хоча спеціальна норма може містити навіть не­велику за обсягом особливість.

Помилковою є практика спеціального включення в договори вказівок на застосування того чи іншого кодексу при ігноруванні відмінностей у предметі їх регулювання. Це порушує об'єктивність сили дії закону, насаджує елемент суб'єктивізму в правове поле.

Деякі перші науково-практичні коментарі нових ЦК і ГК України не завжди послідовно орієнтували практиків у цьому плані. В окре­мих випадках оспорювалося субсидіарне застосування норм ЦК України стосовно норм ГК України на тій підставі, що ГК України повинен застосовуватися як виняток. Але запитання про те, як практично розмежувати «субсидіарне» і «виняткове», залишило­ся без відповіді. В інших випадках визнавався пріоритет норм ГК України перед нормами ЦК України в сфері господарювання, але при цьому висловлювалися суперечливі твердження про те, що за­стосування ЦК України до господарських відносин «є за своєю при­родою паралельним, а не субсидіарним (додатковим)». Але що це за "паралельність" і яким чином її застосовувати — не пояснювалося.

Або, наприклад, при коментуванні ст. 189 ГК України про ціну в господарських зобов'язаннях зустрічалося зауваження про те, що відповідна особливість стосується лише господарських договорів, які згадуються в ГК України (оренда, капітальне будівництво, пере­везення вантажів і т. п.), і «не може застосовуватися до цивільно- правових договорів (купівля-продаж, підряд тощо)». Стосовно договорів, передбачених в обох кодексах, — поставки, перевезення вантажів, страхування тощо, говорилося про неможливість засто­сування норм ГК і ЦК України.

Із такими підходами погодитися не можна. Будь-які законодавчі колізії і прогалини не тільки можуть, але і повинні бути вирішені тлумаченням. Хоча б тому, що законодавець забороняє відмову в розгляді справи судом унаслідок неповноти, неясності, суперечності або відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини (ч. б ст. 4 ГПК України). «Лише деякі види колізій у законодавстві є логіко-структурними дефектами».

Конструктивне вирішення неясності залежить від всебічності прийомів тлумачення. Зокрема, у наведеному випадку з коментарем ст. 189 ГК України доречно звернутися до положення ч. 1 ст. 175 Кодексу, згідно з яким питання віднесення зобов'язань до майново- господарських визначається не джерелами регулювання (ЦК, ГК чи інший закон), а специфікою суб'єктного складу і спрямованістю дій учасників. Тобто, якщо договір купівлі-продажу укладений між суб'єктами господарювання з метою здійснення господарської діяльності, то він має відповідати вимогам, що пред'являються до господарських договорів, незважаючи на те, що основне його регу­лювання передбачене в ЦК України.

Сьогодні більшість проблем спільного застосування норм ГК і ЦК України вирішені.

Зокрема, в Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. «Про деякі питання практики застосуван­ня норм Цивільного і Господарського кодексів України» зроблені докладні рекомендації суддям та іншим суб'єктам правозастосуван- ня щодо вирішення питань різного змісту норм ГК і ЦК України.

Вирішальними для застосування ЦК України і ГК України при регулюванні господарських відносин е положення ч. 2 ст. 9 ЦК України, відповідно до яких «законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарюван­ня», і положення ч. 2 ст. 4 ГК України, згідно з яким «особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визна­чаються цим кодексом.

Тому кажучи про норми ГК України у сфері приватногосподар­ських відносин, то такі слід визнавати спеціальними стосовно до загальних норм ЦК України. Ця спеціальність (особливість) ви- значається не обсягом нормативного регулювання того чи іншого питання, а особливістю механізму регулювання. Це означає, що відмінність у змісті приватноправових норм ГК України стосовно норм ЦК України слід розглядати як особливість, притаманну господарським правовідносинам у порівнянні із загально цивільними.

Тут реалізується загально правовий принцип «lex special is derogat generali» («Спеціальний закон скасовує дію загального закону»). Тому за умови конкуренції між приватноправовими нормами ГК і І ЦК України пріоритет мають норми ГК, якщо йдеться про господарські відносини.

Головним при вирішенні питання про те, положення якого кодексу повинні застосовуватися для регулювання приватноправових майнових відносин, стає виділення суб'єктного складу їх учасників. Якщо це суб'єкти господарювання або учасники господарських від­носин у розумінні ГК України (статті 2, 8, 23, 55, 176 та ін.), то за загальним правилом мають застосовуватися положення ГК України. Якщо ж одним з суб'єктів цих відносин є інша особа, то повинні бути застосовані положення ЦК України.

Наприклад, якщо договір на будівництво об'єктів укладений між замовником і підрядником, які є суб'єктами господарювання, то до відповідних відносин застосовуються положення розділу 331 ГК України. Якщо ж замовником будівництва об'єкта виступає громадянин, який не є підприємцем, то відповідні відносини підпадають під § 3 гл. 63 ЦК України.

У чималій кількості випадків має бути враховано той чинник, що окремі інститути передбачені в ГК України для відносин суб'єктів господарювання (ст. 55 ЦК України), але не діють стосовно інших учасників відносин у сфері господарювання, якими також є «споживачі, органи державної влади і органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засно­вниками» (ст. 2 ГК України). Наприклад, розділ 14 ГК України «Майно суб'єктів господарювання» розповсюджується виключно иа суб'єктів господарювання.

Другим критерієм предмета регулювання ГК України є спря­мованість відносин на організацію і здійснення господарської ді­яльності. У певних випадках суб'єкти господарювання, зокрема Громадяни -підприємці, вступають у відносини з іншою метою, ніж організація і здійснення господарської діяльності. Ці відносини за змістом ст. 1 ГК України не є господарсько-правовими. Діяльність громадян-підприємців може розглядатися як господарська лише в частині, що має ознаки підприємництва.

Наприклад, договір страхування життя, який укладено між страхувальником — громадянином і страховиком — юридичною особою не має для першого мети здійснення підприємницької ді­яльності. А тому згідно з ч. 1 ст. 175 ГК України ці зобов'язання не є господарсько-правовими навіть за умови, що страхувальник і страховик зареєстровані як суб'єкти господарювання.

Особливість регулювання майнових відносин у сфері господа­рювання, передбачена ГК України, не виключає застосування ЦК України. Проте має свої межі.

Деякі норми ЦК України є універсальними для регулювання майнових відносин, а тому виступають складовою частиною госпо­дарського законодавства. Зокрема, ГК України в окремих нормах прямо орієнтує на можливість застосування ЦК України для регу­лювання господарських відносин. Про це свідчать статті 55, 56, 92, 107, 133, 154-156,162,175,179,181,182,193,196,199,200,202, 223, 262, 265, 291, 294, 305, 306, 317, 332, 350, 355 ГК України. Формулювання цих статей ГК України підкреслюють загальний характер норм ЦК України. Застосування ЦК України в сфері приватногосподарських відносин здійснюється в частині, яка не врегульована нормани ГК. Адже інакше виключалась би особ­ливість регулювання майнових відносин у сфері господарювання, передбачена самим ЦК України (ч. 2 ст. 9 ЦК).

У ч. 4 ст. 4 ЦК України цей кодекс названий «основним актом цивільного законодавства». Це положення означає, що ЦК Укра­їни є найбільш загальним актом у сфері приватноправового регу­лювання. Отже, по-перше, норми ЦК заповнюють усі прогалини в господарсько-правовому регулюванні приватногосподарських відносин, застосовуючись субсидіарно. По-друге, у разі, коли норми ГК України або спеціальних законів не встановлюють особливість регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, передба­чаючи правила, які вимагають єдиного регулювання для будь-яких майнових відносин, але не узгоджуються з відповідними нормами ЦК, тут слід застосовувати норми ЦК.

Прикладом вдалого тлумачення в цьому разі може служити ви­сновок, який запропонував В.Я. Карабань, стосовно такого елемента складу збитків, зазначеного в ст. 225 ГК, як «вартість пошкодженого майна». Відновлено-компенсаційний характер способів захисту по­рушеного права (ст. 22 ЦК) з ясністю демонструє неточність такого положення ст. 225 ГК. Адже вартість пошкодженого майна не відпо­відає розміру майнових втрат, понесених потерпілим. Це дозволяє застосовувати в господарських відносинах положення ст. 22 ЦК про «витрати, які особа зробила або повинна зробити для відновлення свого порушеного права» при стягненні шкоди.

Додаткові підстави розмежування предметів регулювання кодексів знаходимо в ст. 1 ЦК України і ст.ст. 1-3 ГК України. Зокрема, не є предметом регулювання ЦК України майнові відносини, засновані на владному підпорядкуванні однієї сторони іншій. На противагу цьому з предмета регулювання ГК України виключена лише деяка частина майново-управлінських відносин. Йдеться про відносини фінансово-бюджетного характеру, а також відносини, в яких орган управління не є суб'єктом, наділеним господарською компетенцією, і безпосередньо не здійснює організаційно-господарські повнова­ження щодо суб'єкта господарювання.

Таким чином, ті норми ГК України, що регулюють публічні відносини, у сфері господарювання, не конкурують з нормами ЦК України, оскільки виходять за межі приватно-правового механізму ЦК. До таких норм належать, наприклад, положення про адміністративно-господарські санкції (гл. 27 ГК).

## § 4. Діловий звичай як джерело господарського права

Під звичаєм розуміється правило поведінки, що склалося вна­слідок його фактичного застосування протягом тривалого часу.

У ст. 7 ЦК України дається загальне легальне визначення звичаю. Під звичаєм розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Особливо велика роль звичаїв у господарському (торговому) праві.

Про необхідність застосування звичаю в господарському праві свідчать спеціальні вказівки норм права типу «торгові та інші чесні звичаї» (ст. 32 ГК України), «професійна етика» (ст. 38 ГК), «умови, необхідні для договорів даного виду» (ст. 180 ГК України), «вимоги, що у певних умовах звичайно ставляться» (ст. 193 ГК України), «види забезпечення виконання зобов'язань, які звичайно застосо­вуються у господарському (діловому) обігу» (ст. 199), «звичайний рівень якості (ст. 268 ГК України), «банківські звичаї» (ст. 344 ГК України) тощо.

Враховуючи той факт, що господарське право у деяких випадках допускає використання норм ЦК України для регулювання горизон­тальних відносин, слід виділяти випадки відповідного санкціонування звичаїв з боку ЦК України. Зокрема, ЦК указує на «звичай ділового обороту» в статтях 213, 526, 529, 538, 627,630, 652 тощо.

Побічно на необхідність врахування звичаїв у господарських від­носинах указують також такі оціночні поняття, як «сумлінність» (ст. 162 ГК), «своєчасні заходи» (ст. 211 ГК), «непереборна сила» ст. 218 ГК)та ін.

Звичай застосовується також у тих випадках, коли необхідно визначити «розумні критерії» строків, якості, кількості та інших загальноприйнятих характеристик обов'язку сторони. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 298 ГК України комерційний агент повинен пові­домляти суб'єкта, якого він представляє, про кожен випадок його посередництва. В даному випадку повідомлення має поступити в розумний строк, хоча ГК про це прямо не говорить.

У низці випадків ГК України санкціонує можливість оформлен­ня торгових та інших чесних звичаїв. Зокрема, згідно зі ст. 38 ГК України суб'єкти господарювання за сприяння зацікавлених органі­зацій можуть розробляти правила професійної етики в конкуренції для окремих сфер господарювання і певних галузей економіки. Ці правила узгоджуються з АМКУ і можуть використовуватися при укладенні договорів, розробці установчих та інших документів суб'єктів господарювання. У ст. 7 ЦК України також йдеться про те, що звичай може бути зафіксований документально.

Проблемним є запитання про юридичну силу звичаїв в ієрархії інших джерел господарського права і господарських договорів. Звичай застосовується в більшості країн субсидіарно, коли немає джерел права вищого порядку. ГК України не містить прямих вказівок із цього приводу. Водночас, виходячи зі смісту статей 5, 7 цього Кодексу, а також керуючись правилом про субсидіарне застосування до регулювання господарських договорів норм ЦК України (ч. 7 ст. 179 ГК України), можна дійти висновку про те, що звичай, який суперечить актам господарського законодавства чи договору, в господарських відносинах застосовуватися не може (ч. 2 ст. 7 ЦК України).

Але нерідко формалізований звичай стає в один ряд із законом. Зокрема, в ст. 265 ГК України передбачено, що умови договорів поставки повинні викладатися сторожами відповідно до вимог Між­народних правил тлумачення комерційних термінів «Інкотермс».

Важливо враховувати, що для ефективного використання зви­чаїв у судових спорах вони повинні бути представлені письмово: підтверджуватися опитуваннями громадської думки, висновками торговельно-промислових палат, систематизаціями, здійсненими громадськими об'єднаннями підприємців, тощо.

## § 5. Нормативний договір як джерело господарського права

Нормативним договором є угода двох або більше суб'єктів (членів корпорації, корпорацій, держав тощо), які встановлюють права і обов'язки як загальні правила поведінки на майбутній (невизначений) час для невизначеного (неперсоніфікованого, окрім тих, що беруть участь в укладанні угоди) кола суб'єктів.

Нормативні договори можна умовно розділити на внутрішньо­державні та міжнародні.

До внутрішньодержавних нормативних договорів належать до­говори приєднання, що розглядаються в літературі як формулярне право. Такі договори ґрунтуються на волевиявленні економічно сильного суб'єкта господарювання, вираженому у формулярі або іншій стандартизованій формі, коли договір укладається шляхом приєднання іншої сторони до цих умов без можливості запропо­нувати свої умови (ч. 1 ст. 634 ЦК). До таких договорів належать, наприклад, правила біржової торгівлі і біржового арбітражу, дого­вори на постачання енергоресурсів, договори перевезення, договори банківського рахунку тощо.

Міжнародні нормативні договори займають особливе місце в системі джерел господарського права. Згідно зі ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких дала Верховна Рада України, стають частиною національного за­конодавства України.

Найбільш важливими для господарського права є такі міжна­родні договори, як:

* Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 p.;
* Конвенція ООН 1980 р. про міжнародний договір купівлі-продажу;
* Женевська конвенція 1930 p., що встановлює Одноманітний закон про переказний вексель і простий вексель;
* Паризька конвенція 1883 р. про охорону промислової влас­ності;
* Вашингтонська конвенція 1965 р. про врегулювання інвести­ційних спорів між державами і особами інших держав тощо.

Багато міжнародних договорів економічного (господарського) характеру не ратифіковано Україною. Проте це не виключає їх застосування у вітчизняному господарському обороті. В цьому випадку норми нератифікованого міжнародного акта можуть використову­ватися як норми-звичаї. Зокрема, вони можуть застосовуватися при вирішенні господарських спорів в обсязі, що не суперечить закону і договору.

Прикладом тут може служити Конвенція про міжнародні гарантії стосовно рухомого обладнання, підписана у Кейптауні 16.11.2001 p.; Конвенція ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів у міжнародній торгівлі (Відень, 19.04.91 p.), Конвен­ція ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви (Нью-Йорк, 11.12.95 р.), Конвенція ООН про поступку дебіторської заборгованості в міжнародній торгівлі (Нью-Йорк, 12.12.2001 p.), Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах від 23.11.2005 р. тощо.

## § 6. Судова практика як джерело господарського права

Питання про судову практику як джерело господарського права є дискусійним. Пануюча доктрина не визнає судовий прецедент як джерело права. Водночас, практичні дослідження і багато вче­них відзначають активний вплив судових рішень на формування загальнообов'язкових правил поведінки, зокрема в сфері господа­рювання. Наведемо лише деякі обставини, що свідчать на користь думки останніх.

Вудучи учасником Європейської конвенції «Про захист прав і основних свобод людини», Україна погодилася із застосуванням процесуальних механізмів, які були прийняті в діяльності судових органів, що забезпечують застосування конвенції. У свою чергу ці процесуальні механізми припускають використання прецедентів як джерел права.

Зокрема, при розгляді справи про порушення права власності за позовом «Совтрансавто-холдинг» до України Європейський суд з прав людини «керувався своїм прецедентом, вперше сформу­льованим у рішенні у справі «Спорронг і Леннрот проти Швеції» і застосованому згодом у своїх рішеннях, які стосуються захисту права власності» .

Рішення Конституційного Суду усувають прогалини в праві.

Норма, яка підлягає перевірці на конституційність Конституцій­ним Судом України, завжди є конкретною нормою, але висновки суду мають, як правило, більш загальне значення і можуть бути поширені на аналогічні за юридичним змістом норми інших актів законодавства. У зв'язку з цим правові позиції, сформульовані Конституційним Судом України можуть розглядатися як судові прецеденти, які заповнюють прогалини в законодавстві і формують судову практику, забезпечуючи її однаковість..

Законодавство України має оціночні поняття та інші неоднознач­ні категорії, які визначаються судами загальної юрисдикції.

До таких категорій належать, зокрема, «публічний порядок», «інтереси», «добросовісність» тощо. «Зміст таких понять визна­чається не законодавцем при прийнятті відповідної норми, а при

її застосуванні». Тому рішення судів, особливо вищих інстанцій, в частині визначення цих оціночних понять стають невід'ємною частиною правил здійснення господарської діяльності.

Більшість листів, рішень вищих судових інстанцій, постанов Пленуму Верховного Суду України і його правові позиції у кон­кретних справах фактично є джерелом права при розгляді справ для всієї системи судових органів за принципом: аналогічні справи мають вирішуватися аналогічно.

Господарське процесуальне законодавство у деяких випадках прямо вказує на використання в процесуальній діяльності судових прецедентів.

Зокрема, в ст. 111-15 ГПК України однією з підстав перегляду Верховним Судом у касаційному порядку ухвал Вищого господар­ського суду називається «виявлення різного застосування Вищим господарським судом України одного і того ж положення закону чи іншого нормативно-правового акта в аналогічних справах».

Нарешті, подальша диференціація і безперервне, деколи без­глузде збільшення кількості актів господарського законодавства, поширена відсутність системного підходу до унормування економіч­ного устрою призводять до практичної необхідності використання судового прецеденту для формування суспільного уявлення про реальний зміст господарських правовідносин.

Ось як описують значення судової практики французькі юристи: «Мета закону — зафіксувати загальні принципи права в широкому сенсі цього слова, виявити принципи і не опускатися до деталей питань, які можуть виникнути в будь-якій галузі... Різні завдання стоять перед законодавцем і суддею. Завдання законодавця полягає в умінні відшукати в одиничному конкретному принципі те, що найкращим чином відповідає служінню загального блага. Завдан­ня судді — навчитися мудро і уміло використовувати ці загальні принципи в конкретних цілях, звужуючи або розширюючи сферу їх дії залежно від кожного окремого випадку. Досвід заповнення лакун накопичується поступово. Якщо бути точним, національні кодекси створює час, а не люди (виділено — авт.)» .

Обсяг цього курсу не дозволяє розкрити значення юридичної доктрини як джерела господарського права, проте слід пам'ятати, що методологія тлумачення, про яку йтиметься далі, ґрунтується на доктрині. Крім того, відповідні положення детально розглянуті в господарсько-правовій літературі.

## § 7. Методологія тлумачення господарсько - правових актів

Тлумачення господарсько-правових актів е одним з різновидів юридичного тлумачення і одним з ключових елементів правозастосування. У цьому сенсі варто звернути увагу на думку С.С. Алексеева про те, що юридичне тлумачення — це «спеціальне пізнання, яке здійснюється в цілях практичної реалізації права». «Та діяльність, яку нерідко називають юридичним аналізом, по суті справи, і по­лягає в юридичному тлумаченні».

Не можна сприймати вчення про юридичне тлумачення як ви­нятково теоретичну і непрактичну дисципліну. Не намагаючись спростувати значення загальної теорії права в цьому питанні, все ж варто звернути увагу на необхідність профільного, зокрема господарсько-правового, дослідження методології тлумачення. Адже, по-перше, узагальнення, властиве будь-якій теорії, апріорі нівелює особливості і специфічні елементи галузевих правових утворень. По-друге, те чи інше узагальнення може бути неоднаково сприйняте в особливих умовах правового регулювання, зокрема, у сфері господарювання. А, по-третє, окрім узагальнення система знань про юридичне тлумачення не може обійтися без зворотного руху знань. Тільки тлумачення, яке спирається на окремі специфіч­ні умови правозастосування, щодо яких профільні фахівці мають глибокі напрацювання, має дійсно практичний сенс і значення.

Саме завданням галузевих наук стає вироблення пристосованих до специфічних правовідносин прийомів і методів юридичного тлумачення, формулювання доктринальних підходів до вирішення типових для галузі колізій, роз'яснення положень законодавства не тільки суто з юридичних, але і з позиції економічної обумовленості права, догми та духу відповідного законодавства.

Останнє має значення не тільки для правильного встановлення змісту господарського законодавства, але і для загального нала­штування системи судових органів і юридичної громадськості на однакове, стабільне і прогнозоване вирішення правових ситуацій.

Відповідаючи багатьом загальним рисам, тлумачення у сфері гос­подарського права має особливості, пов'язані із специфічністю сфе­ри, до якої це тлумачення застосовується. Ця специфіка пов'язана з особливістю предмета тлумачення — господарською діяльністю, професійною термінологією, статусом суб'єктів права, відсутністю чітких меж у предметах регулювання актів законодавства, особли­вістю об'єктів права, дією темпоральних норм, ієрархією джерел права, необхідністю врахування в рішеннях суду не тільки правової, але і економічної й соціальної складової спірної ситуації. Яскравий приклад останнього ЦІ корпоративні спори. Ескалація рейдерских захоплень підприємств вимагала від законодавця зосе­редити розгляд цих спорів у веденні господарських судів України. Це не тільки забезпечило централізацію розгляду справ, але і єд­ність практики застосування закону, а отже — стабільність право­відносин. Сьогодні аналогічним чином на порядок денний винесено питання про розширення компетенції господарських судів у частині розгляду публічно-правових спорів господарського характеру, що відбито в проекті Господарського процесуального кодексу України (Кодексу господарського судочинства).

Не можна думати, що Конституційний Суд України є єдиним офі­ційним інтерпретатором Конституції і законів України. Це не тільки суперечить теорії юридичного тлумачення, але і повноваженням судової системи. Зокрема, не відповідає законодавчій забороні від­мова в здійсненні правосуддя внаслідок неясності або суперечності законодавства. Тому будь-який суддя не може ухвалити рішення в найпростішій справі, якщо не з'ясує, не витлумачить заздалегідь зміст закону або Конституції України.

Основний принцип господарського судочинства, який закріпле­ний у ч. 6 ст. 4 ГПК (заборона у відмові від судочинства з причини суперечності законодавства) вимагає, передусім, вироблення такого способу тлумачення актів, який вирішує колізію, а не заводить проблему в безвихідь.

В умовах подальшої диференціації, ускладнення і зростання масиву законодавства України першорядним завданням учених і практиків стає конструктивне тлумачення нормативно-правових актів, виходячи з об'єктивності волі законодавця. Тупикові фрази типу «неможливо», «незрозуміло», «суперечить», «прогалина» по­винні бути відсунуті на другий план.

Тлумачення господарсько-правових актів — це діяльність, спрямована на з'ясування і роз'яснення дійсного сенсу правових норм, умов правочинів (договорів) і актів управління ненормативного характеру.

Правильне розуміння змісту норм права, умов договору і роз­поряджень ненормативних актів управління забезпечує якнай­повнішу і ефективнішу їхню реалізацію. Фактично, тлумачення господарсько-правових актів є повсякденною діяльністю тих осіб, J які пов'язані з реалізацією права в різних формах, насамперед, юрисконсультів підприємств, суддів господарських судів та інших юристів-господарників.

У понятті тлумачення відбито два аспекти тлумачення:

а) з'ясування — пізнання сенсу норми права;

б) роз'яснення — з'ясований для себе сенс правової норми до­водиться до інших осіб.

Слід зазначити, що зазвичай достатньо з'ясувати сенс правової норми, умови іншого юридичного акта, аби винести правильне рішення у конкретній справі. До роз'яснення вдаються тоді, коли в процесі з'ясування правової норми, змісту договору чи акта управління виявляється, що воля законодавця (сторін договору або суб'єкта управління) не отримала в ній чіткого словесного ви­раження, чи норма (умова, розпорядження) вимагає додаткової конкретизації, чи необхідно обґрунтувати можливість її застосу­вання до певних відносин.

Прийоми, способи і види тлумачення господарсько-правових актів визначають зміст методології відповідного тлумачення.

При тлумаченні слід встановити: зміст правової норми; її вза­ємовідношення з іншими нормами і принципами права; зв'язок норми з іншими суспільними явищами; дію в просторі, в часі і за колом осіб. З цією метою використовують наступні прийоми і спо­соби тлумачення:

Граматичне (текстуальне) тлумачення — для цього способу характерне використання правил граматики тієї мови, якою закон написаний. Наприклад, звертають увагу на роль сполучників «і», який зазвичай вживається для з'єднання понять («надзвичайні і не­відворотні обставини» — ст. 218 ГК), «і/або», що зазвичай вживається для розділення понять («збитки або штрафні санкції» — ст. 232 ГК). Звертають увагу також на форму дієслів. Наприклад, зворотні дієс­лова означають, що юридичне значення надається діям, що тільки відбулися («особа, яка виконала зобов'язання» — ст. 267 ГК).

Важко не погодитися з С.С. Алексєєвим, який вважає, що гра­матичне тлумачення є первинним та вихідним серед всіх способів тлумачення. Бо юридичні норми існують тільки в мовній формі, завжди виражені в тексті нормативного документа, конструюються у вигляді граматичних речень.

Тому при розгляді закону і способів його тлумачення завжди строго розрізняються, умовно кажучи, «буква» і «дух» закону, тобто буквальний текст і дійсний зміст юридичних норм. Останнє означає недостатність правильного розуміння тексту норми права для з'ясування її дійсного змісту.

Васьковський Є.В., провідний одеський дореволюційний фа­хівець у галузі юридичного тлумачення, зокрема, у класичному підручнику «Керівництво до тлумачення і застосування законів. Для починаючих юристів» видавництва 1913 p., протиставляв словесному (граматичному) тлумаченню реальне тлумачення, яке будується на встановленні систематичного, логічного зв'язку норми і підстави для прийняття закону.

Систематичне тлумачення припускає аналіз тексту конкрет­ної статті у взаємозв'язку з текстами інших статей даного норма­тивного акта, або інших нормативних актів, які зв'язані спільним предметом. Встановлюється місце правової норми в правовому інституті, галузі права, правовій системі загалом.

Деколи зміст норми права можна встановити навіть виходячи з такого прийому систематичного тлумачення, як зіставлення зміс­ту і назви статті того чи іншого закону. Наприклад, у ст. 288 ГК України встановлюється дозвіл на суборенду майна, якщо інше не встановлене законом, проте не вказується на приналежність май­на до будь-якої форми власності. Однак звернення до назви статті "Суборенда державного і комунального майна», — дозволяє дійти висновку, що таке правило стосується виключно оренди об'єктів публічної форми власності.

Логічне тлумачення означає використання прийомів формаль­ної логіки для виявлення структурних елементів самої правової норми. Аналізується співвідношення обсягів понять, правильність думок.

Логічне відношення між нормами може бути декількох типів:

1. одна норма може розвивати і доповнювати іншу;
2. норма може поширювати або обмежувати іншу в тому або іншому напрямі;
3. одна норма може підтверджувати і обґрунтовувати іншу;
4. нарешті, одна норма може суперечити іншій.

Існує точка зору, що логічне тлумачення не є самостійним прийо­мом, а є, зокрема, прийомом систематичного тлумачення, оскільки правила логіки використовуються у всіх способах і прийомах тлу­мачення, проте в деяких працях воно виділяється як самостійне.

Історично, ще з часів Риму склалася низка конкретних прийомів логічного тлумачення, серед яких можна виділити:

* 1. a pari — «порівняння певного конкретного випадку з окремим випадком, подібним до нього в усіх відношеннях».

Саме таким чином усувається прогалина в правовому регулюван­ні шляхом застосування аналогії права чи аналогії закону.

Наприклад, законодавець залишив без чіткого визначення в корпоративному законодавстві питання про те, в які строки має здійснюватися фактичне внесення внесків учасниками товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ) при збільшенні статутного фонду, коли самі учасники ТОВ не встановили строк для внесення додаткових внесків. Це питання було витлумачено Вищим госпо­дарським судом України у постанові від 19.01.2009 р. № 38/173-08, у якій суд застосував до врегулювання цих відносин за аналогією ч. З ст. 144 ЦК України, яка розрахована на регулювання порядку внесення вкладів при формуванні статутного фонду. Ця норма, зо­крема, передбачає, що частина статутного капіталу, що залишилася несплаченою після державної реєстрації ТОВ, підлягає сплаті про­тягом першого року діяльності товариства;

* 1. a fortiori (від лат. «fortiori causa» більш сильної підстави) — «хто управомочен або зобов'язаний до більшого, той управомочен або зобов'язаний до меншого; кому заборонене менше, тому забо­ронене більше».

Наприклад, державному підприємству за загальним правилом заборонено здавати в оренду основні засоби без згоди Фонду держав­ного майна. Отже, йому заборонено без такої згоди здавати основні засоби в лізинг або безвідплатне наймання (позику).

* 1. de ео quod persumque fit — «законодавець передбачив випад­ки, які є найбільш частими, але не виключає випадки, які є менш частими».

Наприклад, згідно з ч. 5 ст. 63 ГК України корпоративне підпри­ємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням. Це означає, що допускається створення корпоративного підприємства однією особою, проте дане правило повинне бути передбачене в законі. Зокрема, правило про можли­вість створення господарського товариства однією особою, окрім командитного і повного товариства, передбачено ст. 114 ЦК України;

* 1. ad absurdum — доведення того, що «певне тлумачення закону вводить його у суперечність із загальною системою законодавства чи іншими законодавчими актами, або подібне його тлумачення взагалі не може бути проведене в життя».

Наприклад, переважне право орендаря на придбання об'єкта оренди відповідно до ст. 777 ЦК України не може бути застосоване до відносин з відчуження державного майна відповідно до ст. 141 ГК України, що передбачає конкурентний спосіб такого відчуження. Адже, якщо б, наприклад, аукціон передбачав би чиєсь переважне право купівлі речі, тоді б він не міг би ефективно відбутися, вимагав би не конкуренцію пропозицій найвищої ціни, а очікування пого­дження особи, що має відповідне переважне право;

* 1. argumentum a contrario — висновок про певне тлумачення ро­биться на підставі встановлення хибності супротивного судження. Наприклад, поняття «непереборна сила» має тлумачитися як таке, що потребує поєднання «надзвичайних» і «невідворотних» обставин (ст. 218 ГК). Адже, серед іншого, супротивне судження допускає таке неосяжне розуміння непереборної сили, яке порушує логіку та загальні засади добросовісності поведінки суб'єктів. Зокрема, настання холоду взимку є невідворотною, але не надзвичайною обставиною. Ця обставина могла б бути передбачена стороною та не може бути поодинці, поза ознаки надзвичайності, покладена в основу звільнення особи від відповідальності за невиконання зобов'язання у зв'язку із настанням холодів.

Традиційний прийом логічного тлумачення — встановлення пріоритету спеціальної норми над загальною на підставі загаль- ноправового принципу «Lex specialisderogat generali («спеціальний закон скасовує дію загального закону»). Для з'ясування загальної та спеціальної норми необхідно співвіднести коло відносин, на які ці норми розповсюджують свою дію. Спеціальна норма встановлює особливе регулювання для вузького кола відносин у порівнянні з загальною нормою, розрахованою на ширше коло відносин.

Помилковою є думка про те, що спеціальна норма повинна роз­вивати і деталізувати загальну норму. Деталізація є лише окремим випадком утворення спеціальної норми. З теорії права добре відомо що спеціалізацію права визначає ще й така форма, «диференці­ація правового регулювання, «тобто його розгалуження, розще­плювання, набуття тією чи іншою віттю все більш специфічних, своєрідних рис ».

Таким чином, з'ясування змісту норм у разі деталізації (конкре­тизації) вичерпується систематичним тлумаченням. Водночас у ви­падку диференціації виникає конкуренція норм права — спеціальна норма вводить для особливої сфери суспільних відносин інше регу­лювання, аніж воно передбачене загальною нормою, розрахованою на регулювання всіх відносин, який позбавлений особливостей. Ін­шою мовою, в разі, коли говориться про пріоритет спеціальних норм перед загальними, йдеться про конкуренцію загальних норм саме з спеціально-особливими, а не спеціально-деталізованими нормами.

Для прикладу можна навести норму статті ч. 4 статті 293 ГК, що забороняє міну основних фондів, що належать до державної або комунальної власності, якщо інший учасник міни не є відповідно державним чи комунальним підприємством. Це спеціальна норма стосовно загальноцивільної міни (ст.ст. 715-716 ЦК), де подібна заборона не передбачена.

Не можна ототожнювати ієрархію нормативно-правових актів вищої і нижчої юридичної сили (Конституція — закони (кодек­си) — укази Президента — Ухвали Уряду — інші підзаконні акти) із конкуренцією загальної і спеціальної норми. У першому випадку діє принцип «Lex superior derogat legi inferiorf (закон вищої юридичної сили відміняє дію закону нижчої юридичної сили), а не принцип "Lex specialis derogat generali». Загальна і спеціальна норми можуть утворювати конкуренцію тільки на одному рівні юридичної сили ак­тів. Закони і кодекси мають рівну юридичну силу, і співвідношення між ними формується на логіко-структурних засадах, однією з яких є співвідношення загальних норм і спеціальних норм.

Одним з найвідоміших принципів тлумачення, що існує ціле­спрямовано для усунення суперечностей між нормами законів, які були прийнятими у різний час, є правило lex posterior derogat prioti — «подальший закон скасовує дію попереднього закону

Наприклад, можна звернути увагу на положення ч. З ст. 144 ЦК України, згідно з якими до моменту державної реєстрації товариства з обмеженою відповідальністю його учасники повинні сплатити не менше п'ятдесяти відсотків суми своїх внесків. Проте, дана норма введена в дію у зв'язку з набуттям чинності ЦК, увійшла у супереч­ність з положеннями ст. 52 Закону «Про господарські товариства»» яка для цього випадку передбачала внесок у розмірі тридцяти про

центів. Звичайно, пріоритетне застосування отримала ч. З ст. 144 ЦК.

Натомість, застосування принципу lex posterior derogat prioti розповсюджується на закони, що конкурують між собою як за­гальні та спеціальні. Оновлення загального закону в цьому разі не призводить до зміни спеціального закону.

Історичний прийом, тлумачення використовується тоді, коли для з'ясування сенсу норми досліджуються історичні обставини, при яких дана норма була прийнята, мотиви її ухвалення.

Наприклад, при розробці ЦК було відкинуто формулювання ст. 9 в редакції проекту від 07.02.2002 р.: «Відносини в сфері підприємни­цтва, не врегульовані цим Кодексом, регулюються іншими актами законодавства». Це формулювання було замінене в остаточній редакції ЦК іншим: «Законом можуть бути передбачені особли­вості регулювання майнових відносин у сфері господарювання» (ч. 2 ст. 9 ЦК). Тобто виключено переважне застосування ЦК до майнових відносин у сфері господарювання. Це дозволяє тлумачити ГК як спеціальний закон у даній сфері.

Телеологічне тлумачення направлене на з'ясування мети, яку ставив перед собою законодавець, приймаючи норму.

Наприклад, визначення в ч. З ст. 411 ГК України мети «забезпе­чення суверенних прав України на розвідку, експлуатацію, заоща­дження живих ресурсів і управління ними у винятковій (морській) економічній зоні» дозволяє дійти висновку, що встановлені даною статтею державні заходи (огляд, інспекція, арешт і судовий роз­гляд) стосуються не тільки вітчизняних, але й іноземних суб'єктів господарювання.

Телеологічний і історичний прийоми тлумачення служать, по суті, встановленню підстави для прийняття закону, а тому можуть сприяти у встановленні його змісту.

У цьому сенсі стає зрозумілим висновок Є.В. Васьковського про те, що логічний зв'язок, систематичне положення і підстава — ось три категорії, які здатні служити засобами для реального тлума­чення норм права.

Тлумачення за обсягом припускає вирішення питання про те, чи потрібно розуміти текст буквально, або ж можна застосувати обмеж­увальне чи поширювальне його розуміння. Тлумачення за обсягом припускає професійно-юридичне сприйняття нормативно-правового матеріалу, виходячи із знань особливостей юридичних традицій, принципів і загальної логіки (сенсу) національного права.

Наприклад, згідно зі ст. 56 ГК України «суб'єкт господарювання може бути створений за рішенням власника або уповноваженого ним органу». Виходячи з загального сенсу господарського законодавства зрозуміло, що дане правило повинне тлумачитися обмежувально — воно не розповсюджується на громадян — підприємців, а стосується винятково юридичних осіб.

і навпаки, правило ч. 6 ст. 232 ГК і ч. 4 ст. 613 ЦК про те, що «за грошовим зобов'язанням боржник не повинен платити проценти за час прострочення кредитора» має тлумачитися у поширювальний спосіб — боржник звільняється не тільки від сплати процентів, але і неустойки за час прострочення кредитора.

Узуальне тлумачення — тлумачення закону виходячи з прак­тики господарювання і ділових звичаїв. Це тлумачення особливо витребуване при з'ясуванні змісту так званих «каучукових» норм, що містять такі поняття, як розумні строки, належне виконання, звичайні вимоги тощо.

Тлумачення господарських договорів є спеціальним видом юридичного тлумачення. На жаль, ГК України не регламентує ці поняття, що вимагає звернення до ЦК України.

Зокрема, згідно зі статтею 213 ЦК при тлумаченні змісту правочи- нів береться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає можливості з'ясувати зміст окремих частин правочину, то їх зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину із змістом інших її частин, всім її змістом, намірами сторін. Якщо і за такими правилами немає можливості визначити дійсну волю осо­би, що зробила операцію, береться до уваги мета правочину, зміст попередніх переговорів, стала практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, які мають істотне значення.

Як видно, ЦК виходить з пріоритетності буквального тлума­чення умов правочину перед намірами сторін. Тим часом західне законодавство здебільшого звертає увагу на наміри або дії сторін. Першою метою договору повинне бути встановлення загальною волі сторін — такі положення містяться, наприклад, в ЦУ Німеччини, ЦК Італії, а також у низці міжнародних документів, наприклад Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів.

Зокрема, Принципи міжнародних торгових угод, які розроблені ЮНІДРУА, встановлюють наступне: 1. Договір повинен тлумачити­ся виходячи із загальної волі сторін, якщо така може бути з'ясована. 2. Якщо така загальна воля не може бути з'ясована, договір повинен Тлумачитися відповідно до значення, яке було б дане розумними особами, що мають схоже із сторонами становище, і в схожих об­ставинах. При цьому до уваги беруться всі обставини, включаючи (а) передуючі договір переговори між сторонами, (б) усталену практику у взаємних відносинах сторін, (в) подальша після укладення контр­акту поведінка сторін, (г) характер і мета договору, (д) значення, що надається зазвичай у даній галузі термінам і виразам, (е) звичаї. Можливо, буквальне тлумачення договору, встановлене в ЦК, є до­цільним в умовах неефективної судової системи, проте, по-перше тлумачення застосовується не тільки судами, а по-друге, не факт, що слабка судова система буде здатна ефективно вирішити і задачу буквального тлумачення.

У ст. 637 ЦК йдеться про те, що у разі тлумачення умов договору можуть враховуватися також типові умови (типові договори), на­віть якщо в договорі немає посилання на ці умови. ГК для подібних випадків передбачає примірні та типові договори (ст. 179).

Проблеми вирішення колізій у нормативному регулюванні господарської діяльності є найважливішим напрямом тлумачення господарсько-правових актів.

Найбільш розвинене колізійне право в міжнародному приват­ному праві, де вирішення питання про право, яке застосовується до відносин за участю суб'єктів різної державної приналежності, залежить від колізійних норм, спеціально створених для вирішення таких колізій (Закон України «Про міжнародне приватне право»).

У внутрішньому праві України, зокрема господарському праві, колізії (суперечності) є не менш поширеним явищем.

На жаль, деякі фахівці перебільшують руйнівне значення цих колізій для правозастосування, підміняють пошук ефективних рішень у цій сфері рекомендаціями щодо внесення змін до законо­давства. Особливо це помітно в аналізі норм ЦК та ГК України. На­очний приклад — деякі автори висловилися про те, що «ст. 293 ГК не передбачає кваліфікації як договору міни такого договору, який виходить за межі обміну одного товару на інший (якщо в обмін на товар виконуються роботи або надаються послуги)». Проте у від­повідних висновках не враховується, що в ч. 6 ст. 139 ГК України під товаром розуміється не тільки продукція (товарні запаси), але і «виконані роботи і послуги». Як наслідок, зникає предмет про­блематики норми ГК.

У першу чергу для вирішення колізій повинна бути прийнята за основу ідея про те, що спеціалізація норм господарського за­конодавства за загальним правилом не означає дефекти правового регулювання.

Дефектні норми, що не підлягають застосуванню, є винятком, констатація якого потребує відповідального підходу, максимально­го обґрунтування, оскільки може означати ігнорування волі зако­нодавця. Як приклад, абсолютно дефектної норми можна привести ч. З ст. 1122 ЦК, відсутність диспозиції якої робить неможливою кваліфікацію умови договору комерційної концесії як нікчемного. Дефектними є положення ст. 225 ГК України, яка відносить до

складу збитків «вартість пошкодженого майна» замість «вартість відновлення пошкодженого майна» і т. п.

Нерідко констатація дефектної норми або колізії є суб'єктивним відтворенням правової дійсності і не має нічого спільного з об'єктивним правом, підміняє проблему конкуренції норм про­блемою колізійності. Тому вірне з'ясування змісту неоднозначних норм, а також виявлення і вірне застосування колізійних норм, тобто норм, покликаних вирішувати колізії, дозволяє подолати ко­лізійну ситуацію. Найважливішим прийомом для цього служить не механічне, зовнішнє сприйняття нормативно-правових положень, а спроба зрозуміти логіку законодавця при прийнятті тих чи інших рішень, спрямованість аналізу на з'ясування сфери дії кожної норми господарського законодавства, особливо коли вони несуть відбиток колізійності. Як правило, колізії в різних ситуаціях вирішуються не однаково, а на користь різної правової норми. Приклад тому — застосування терміна «підприємство» в ЦК та ГК України, яке певні правознавці поспішили назвати суперечністю. Але уважне ставлення до тлумачення закону спростовує цю «суперечність».

Дійсно, в ст. 191 ЦК визначається підприємство як єдиний май­новий комплекс, тобто йдеться про об'єкт права. Проте, поняття підприємства не втрачає розуміння як суб'єкта правовідносин. Про це свідчать не тільки положення ГК України, але й ст.ст. 152,167, 169,708,722,913,916,918,972 ЦК України, в яких застосовується поняття підприємства як відповідного суб'єкта. Цьому відповідає цілком професійне припущення юридично-лінгвістичного тлума­чення про те, що будь-який термін може мати інше, ніж загально­вживане значення. Як справедливо відзначає П. Рабінович, «здат­ність нормативного юридичного тексту бути потенційним носієм різних смислів є його об'єктивною і невід'ємною властивістю» . Ось чому, поняття «підприємство» лише в окремому значенні (як єдиний майновий комплекс) може розглядатися як об'єкт майнових прав.

У найпоширенішому значенні таке поняття характеризує суб'єкта . майнових правовідносин. Таке роздвоєння значень для тлумачен­ня не є новим. Досить пригадати, що термін «організація» має три значення. Це і форма юридичної особи, і стан впорядкованості, протилежний поняттю дезорганізації, і, нарешті, активна дія щодо впорядкування певної структури.

Необхідним для тлумачення є розуміння духу господарського за­конодавства, його догми. Процес пізнанням цих категорій прямо

пов'язаний із успішністю застосування аналогії в праві, подоланням прогалин у правовому регулюванні.

Як відзначав Монтеск'є в своєму трактаті «Про дух законів», в тих питаннях, які недвозначно вирішені в чинних законах, ні про який дух не слід і говорити. Про нього доречно вести мову, коли життя висуває питання, за якими закон ще прямо не висловився, але потреба в слові законодавця і теоретика є. Тоді, кажучи про дух закону, екстраполюють логіку вже відомих рішень законодавця на ті питання, щодо яких йому лише належить висловитися.

Дух господарсько-правового регулювання можна розуміти так: якщо написати цей підручник через 10 років, то з позиції госпо­дарського права це будуть нові факти і нові юридичні інструменти, але їхня загальна спрямованість і значення — та сама. Цей дух — турбота про розвиток виробничої і фінансової системи, економічна зумовленість права, порядок у господарській сфері, знання про суб'єктів господарювання не як про майно, а як про соціальний організм, нарешті, розуміння необхідності взаємодії приватних і публічних інтересів у регулюванні економіки.

Автори підручника, звичайно, не претендують на роль адептів духу господарського права, але думають, що поступальний розвиток вчення про цю галузь права створить і тут свої канони.

Багато корисних думок у цьому сенсі можна підкреслити з праць академіка В.К. Мамутова, який справедливо відзначає необхідність економічно обґрунтованого тлумачення правових норм у процесі їх застосування господарськими (арбітражними) судами. Слід «з'ясовувати економічний сенс норми, економічну мету, досягнення якої переслідувалося її прийняттям, економічні наслідки того чи іншого її розуміння. Економічне тлумачення дозволяє подолати казуїстичний, крючкотворний підхід, коли за відсутності спеці­альних законів іноді штучно нав'язується застосування застарілих норм. Тільки у разі відсутності ділових звичаїв слід удаватися до застосування закону за аналогією».

# Розділ З

# ПРАВОВІ ОСНОВИ ДЕРЖАВНОГО ВПЛИВУ НА ЕКОНОМІКУ ТА ГОСПОДАРСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ

## § 1. Поняття державного регулювання господарської діяльності

Сучасна держава не тільки здійснює правове регулювання еко­номічних відносин, але і є безпосереднім учасником господарських відносин через свої органи, підприємства, установи і організації. В останньому випадку держава є носієм загальних економічних інтересів, здійснюючи їх реалізацію, при цьому всі інші економічні суб'єкти є носіями приватних і колективних економічних інтересів. Не випадково в літературі наголошується, що в країнах змішаної економіки держава увійшла до господарського механізму, з одно­го боку, як один з підприємців, а з іншої — як центр, регулятор суспільного виробництва.

Відповіді на питання про те, яка повинна бути частка державного сектора економіки і яка повинна бути регулююча дія держави на сфе­ру господарювання, залежать від багатьох чинників. Вони не є одно­значними для країн різної правової культури і традицій, досягнутого рівня продуктивних сил, політичного режиму, місця розташування, економічної потужності, рівня корупції і криміналізації (тінізації) економічних відносин, нарешті, стабільності фінансово-економічної системи і соціальних зобов'язань держави. Ці чинники добре відомі економістам, проте готових рецептів ефективного вибору поведінки держави в цілях стимулювання економічного розвитку не існує.

Державне регулювання вимагає такого здійснення, яке передба­чає для ринкового механізму «доповнення в тих місцях і випадках, в тих тимчасових параметрах, коли діяльність останнього виявля­ється недостатньо результативною». Таке регулювання виступає економічним важелем, покликаним до життя проблемами сучасних продуктивних сил.

Державне регулювання проявило себе з позитивного боку в Росії ще при Петрові І, коли виникли перші державні фабрики і потужне державне замовлення. Також держава виступила в ролі банкіра, тобто почала надавати кредити і таким чином набула право чітко спостерігати за діяльністю купців і ремісників. Ніякі приватні виробництва не могли виникнути без спеціального дозволу мануфактур-колегій. З часом ці колегії перетворилися на систему урядового регулювання виробничої діяльності. Без спеціального указу і особливої привілеї будь-яка виробнича діяльність була за­боронена.

Для країн Європи і Америки державне регулювання економіки в цілому знайшло усвідомлені риси на початку XX століття. Видатний «новий курс Рузвельта», що дозволив економіці США у 30-х роках XX століття вийти з глибокої кризи, практично довів об'єктивну необхідність коригування вільних ринкових сил цілеспрямованими актами державного втручання.

Державний вплив при цьому потрібен, по-перше, для вирішення тих проблем, які непосильні і непідвладні конкурентному ринку, по- друге, — для створення умов підвищення ефективності ринкового механізму і забезпечення його соціальної спрямованості.

У літературі зустрічається багато визначень державного регу­лювання економіки. Наприклад, в одних випадках під ним розумі­ється діяльність держави, яка направлена на створення умов для стабільного розвитку економіки, підтримки оптимальних темпів її відтворення і рівня життя населення, а також процес узгодження загальнонаціональних інтересів держави і інтересів його суб'єктів з інтересами господарюючих суб'єктів і населення на основі їх якнайкращого поєднання для досягнення цілей і завдань суспіль­ного розвитку. Державне регулювання ринкового господарства визначається й через комплекс типових заходів законодавчого, виконавчого і контролюючого характеру, які здійснюються право­мочними державними установами і громадськими організаціями з метою стабілізації і пристосування існуючої соціально-економічної системи до умов, які змінюються.

В юридичній та іншій літературі вживається також термін «дер­жавне управління економікою». Зокрема, О.М. Вінник відзначає, що управління (як правова форма державного керівництва еконо­мікою) означає ухвалення компетентним органом юридично зна­чущих рішень для суб'єктів господарювання з оперативних питань господарського життя (здійснення державної реєстрації суб'єктів господарювання, окремих видів договорів і майна; видачі ліцензій, патентів і інших дозволів; встановлення квот; затвердження стан­дартів і здійснення сертифікації продукції; встановлення лімітів на використання природних ресурсів тощо). Компетентні органи держави здійснюють при цьому весь комплекс необхідних управ­лінських функцій. На думку О.П. Рябченка, державне управління економікою — це особлива частина управління розвитком суспіль­ства, що здійснюється уповноваженими органами державної влади і місцевого самоврядування, функціонування яких направлене на реалізацію конституційно закріплених положень щодо соціальної спрямованості економіки. Державне управління економікою має владний, організаційний, виконавчий характер.

Зміст, суть і функції державного управління економікою в су­часних умовах господарювання мають свої особливості. На думку Б. Авер'янова, перехід до ринкової економіки потребує якісної зміни організаційної структури управління і переходу до формуван­ня нових організаційно-правових форм господарської діяльності, при цьому тільки значне проведення в життя єдиної державної по­літики, яка базується на новому державному управлінні, допоможе вийти з кризи економічної ситуації. Сьогодні фактично відбувся поворот у суспільно-політичній думці щодо визнання необхіднос­ті активної ролі держави в механізмі економічного розвитку. Це пов'язано з презумпцією того, що держава діє в інтересах у цілому бізнесу і суспільства, а не окремих економічних груп.

Протиставляти «управління господарською діяльністю» і «регу­лювання господарською діяльністю» немає необхідності, оскільки ці поняття дуже близькі за змістом. Різниця між ними полягає в розстановці відповідних акцентів і наголосів. Наприклад, на думку В.Ківалова, плюралізм і рівноправ'я різних форм власності, на яких засновані підприємства і господарські організації як об'єкти управлінського впливу, приватизація значної частини державного сектора економіки, а також поява конкуренції, вільного ринкового ціноутворення і розвиток підприємницької діяльності зумовлюють

жавного регулювання економічних процесів.

Для того, аби повноцінно і всесторонньо визначити суть і зміст державного регулювання економіки потрібно проаналізувати теорії відповідного регулювання. В цілому можна сказати, що всі еконо­мічні теорії так чи інакше порушують питання про місце держави в ринковій економіці. Але тут виділяється низка принципових напрямів.

Класична економічна теорія ґрунтується на теорії Адама Сміта, що виникла в XVIII-XIX ст. в Англії. Провідна ідея цієї теорії по­лягає в тому, що держава не втручається в регулювання ринкової економіки, а регулятором («невидимою рукою») виступає сам ринок. Постулати цієї теорії призначені для створення лібераль­ного ринкового господарства, де діє принцип «багатство породжує багатство». А. Сміт обмежував роль держави функцією «нічного вартового» — підтримку порядку, охорони і захисту приватної власності і конкуренції. Недоліки цієї теорії виявилися в резуль­таті розвитку монополістичного капіталізму і світової економічної кризи на початку XX ст., що привів до посилення нерівності при розподілі доходів між громадянами і глибокої соціальної напруги. У багатьох країнах, зокрема на території України і Росії, це при­звело до революцій. З'ясувалося, що ринкова система не здатна автоматично вирівнювати обсяги макропопиту і макропропозиції. Виявилася потреба в новому макрорегуляторі. Через об'єктивні об­ставини таким регулятором виступила державна влада.

З кінця XIX — початку XX століття отримали розвиток чимало економічних теорій, які так чи інакше виправдовують державний вплив на економічні процеси.

Теорія марксизму розкриває два протилежні явища в економіці капіталістичного типу, а саме — перевиробництво і недовиробництво товарів. Перевиробництво призводить до розриву між сукупним капіталом і додатковою вартістю, до знецінення товарів, застою в економіці, неповного використання виробничих можливостей і зниження темпів розвитку виробництва. У цьому випадку держава повинна вживати жорсткі заходи у сфері податкової і кредитної політики, обмежувати монопольні ціни, націоналізувати неплато­спроможні приватні підприємства, збільшувати обсяг державного сектора економіки та вживати інші заходи щодо централізації державного управління економікою. В умовах недовиробництва навпаки — створювати умови для розвитку конкуренції між ви­робниками і збільшення кількості учасників ринку. При цьому надаються податкові і кредитні ресурси виробникам дефіцитних товарів, застосовується реприватизація, державні замовлення при­ватним фірмам тощо. В умовах перевиробництва державний вплив на економіку посилюється, а за умови дефіциту — зменшується.

Кажучи про теорії державного управління економікою, не мож­на не сказати про М. Вебера, відомого німецького вченого кінця XIX — початку XX ст., який висунув основоположні концептуальні установки і принципи теорії державного управління як самостійної галузі дослідження. Саме він став ініціатором і головним розробни­ком найважливіших установок і концепцій держави як головного суб'єкта політики і влади, бюрократії, державного апарату. Його висновки і пропозиції актуальні і сьогодні.

У 30-х роках XX століття виникла економічна теорія регулю­вання економіки Дж. Кейнса, яка виходила з того, що держава займає провідну роль у регулюванні національного господарства. При цьому держава виступає не як політичний інститут (орган влади), а як економічний інститут — суб'єкт господарської діяль­ності. Важливий принцип кейнсіанської теорії полягає в тому, що держава наділяється економічними функціями, які пов'язані Із забезпеченням ефективного попиту за рахунок інвестицій у націо­нальне господарство і державні витрати на ці та інші соціально- економічні цілі. Але й ця теорія має свої недоліки, які призвели в 70 роках XX ст. до світової кризи (перевиробництво, зниження продуктивності праці, екологічна криза тощо).

Теоретиком теорії змішаної економіки виступає також Е. Шнейдер, який говорив про те, що ринковий механізм ніколи не був систе­мою, яка саморегулюється, і тому важливим є планування. Кожен, хто ухвалює рішення у сфері економіки, зобов'язаний планувати. Єдине, що може бути предметом обговорення в цьому сенсі — це пи­тання про форму державного планування в ринковому господарстві.

Вплив держави на економіку допускає і теорія економічного добробуту В. Паретта, основні положення якої полягають у тому, що колективний добробут суспільства можливий тільки через досягнення добробуту окремими економічними суб'єктами. При цьому всі ресурси суспільства мають рівномірно розподілятися між суб'єктами, а економічні інтереси суб'єктів — узгоджуватися між собою.

Нобелівський лауреат Дж. Стігліц визначив теорію недоскона­лості (неспроможності) ринку, якій властиві такі елементи як: не­досконалість конкуренції, наявність зовнішніх ефектів, відсутність можливості надання в необхідному обсязі суспільних товарів (бла­га), існування неповних ринків, необхідність перерозподілу доходів у цілях забезпечення соціальної справедливості, нестабільність еко­номічного зростання, недосконалість інформаційного забезпечення ринку. Найбільшою мірою недосконала конкуренція виявляється при монополії, коли монополісти мають можливість обмежувати виробництво заради вищої ціни, якщо їх діяльність не регулювати.

У другій половині XX ст. необхідність пожвавлення конкурент­ного середовища призвела до появи теорій, які були направлені на серйозне коригування кейнсіанської моделі економічного розвитку, і були представлені в працях Э. Чемберліна, ЛуШвеса, Ф. Хайека, М. Фрідмана тощо. Зокрема, М. Фрідман розробив економічну тео­рію, що отримала назву «монетаризм», суть якої полягала у відстою­ванні так званої кількісної теорії грошей. Згідно з цією концепціє» грошова маса, що знаходиться в обігу, безпосередньо впливає на рівень цін. Отже, гроші виконують функцію управління попитом, а через неї і господарськими процесами, зокрема, впливають на обсяг виробництва і зайнятість. Теорія монетаризму реалізована згодом у політиці М. Тетчер і Р. Рейгана, виступає за регулювання ринку за допомогою виключно монетарних (фінансових) інструментів, тобто за допомогою зміни ставок податків, облікових ставок, валютного регулювання. В значній мірі реалізація цих теорій сьогодні призвела до світової фінансово-економічної кризи, в основі якої — перевага інвестиційної активності у фінансовому секторі економіки на шкоду активності в реальному (виробничому) секторі.

Значний інтерес становить ордоліберальна теорія, яка отримала розвиток у працях Вольтера Ойкена та фрайбургської економічної школи (ordo — від лат. «порядок»). Найбільшу популярність здо­були при цьому такі роботи Ойкена, як «Основи національної еко­номіки» (1940), «Основні принципи економічної політики» (1950). По суті, залишаючись на принципах свободи підприємництва, цей економічний напрям передбачає найважливішу умову існування такої свободи і ринкового господарства — соціальний порядок, зо­крема, господарський порядок. Ця теорія виходить з того, що конку­ренція не може працювати автоматично. Державі відводиться роль творця такої інституційної структури економіки, усередині якої ціновий механізм працює нормально. На відміну від неолібералів класичного напряму, що залишили всю повноту відповідальності за економічний розвиток самому ринку, прихильники ордоліберальної теорії відзначали необхідність корекції результатів, породжених ринковими процесами, тим самим передбачаючи істотну роль держави в побудові справедливого господарського порядку.

Проміжним явищем між неокласичними економічними течіями і прихильниками активної державної ролі в економіці в кінці XX століття виступила, наприклад, теорія великого неокласичного синтезу П. Самуельсона. Ця теорія обґрунтовує необхідність змі­шаного регулювання економіки: органічне поєднання державного регулювання, яке необхідне для задоволення суспільних потреб, і гнучкого ринкового саморегулювання, яке покликане для задо­волення індивідуальних потреб.

А. Ісаксен, К. Гамільтон, Т. Гуфасон відзначають, що ніде в світі не існує «чистої» ринкової економіки, де всі питання вирішувалися б на абсолютно вільному ринку. Будь-який вид ринкової економіки є «змішаним», тому що в будь-якому сучасному суспільстві важливу роль грає держава.

Сьогоднішня фінансово-економічна криза змусила замовкнути найзапекліших прихильників так званого «ринкового фундаменталізму», в основі якого «надспрощена версія ринкової економіки», уява про неї як про самодостатній організм, для якого державний вплив є зайвим та негативним. На початку 90-х років XX ст. Україна на досвіді руйнації своєї могутньої економіки, що дісталася від Со­юзу РСР, сповна випробувала шкідливість економічного лібералізму як пануючої економічної політики.

Цей аспект важливий для розуміння юристами тому, що не при­пиняються спроби окремих зарубіжних фахівців і міжнародних ор­ганізацій обґрунтувати необхідність імплементації в законодавство України неокласичного ліберального типу економічних відносин, якцй не тільки не враховує вітчизняні реалії, але й ігнорує досвід державного регулювання в західних країнах.

Як обґрунтовано доводиться в економічній літературі, прагнен­ня іноземних радників запровадити сьогодні економічні думки А. Сміта про «невидиму руку», яка управляє ринком, оспівувані всіма адептами ринкової економіки (Дж. Поппером, Ф. Хайеком. М. Фрідманом і багатьма іншими) здатність ринку до «спонтанного саморегулювання», є не що іншим, як «прагненням досягти космосу на кінній тязі». За таким спробами нерідко криються прагнення встановити умови для тіньових відносин у сфері господарювання. Коли можна, користуючись принципом свободи підприємництва, об­ходити публічний інтерес у забезпеченні збереження і примноженні державної (загальнонародної) власності, зловживати монопольним положенням, нав'язувати економічно слабким суб'єктам невигідні умови договорів, отримувати доступ до корисних копалин, ігнору­вати вимоги до безпеки господарської діяльності тощо.

У зв'язку із цим варто звернути увагу на висновки академіка К. Мамутова про те, що економічна наука давно підтвердила доцільність і необхідність добиватися в соціально-економічній політиці оптимального поєднання державного регулювання економіки з ринковою саморегуляцією. Держава не повинна допускати як невиправданого втручання в господарську діяльність^ так і еконо­мічної анархії, розгулу ринкової стихії. Втручання не повинне бути надмірним і таким, що порушує закони. Але важливо, щоб воно було достатнім для забезпечення вирішення завдань соціального розвитку і дотримання законів.

## § 2. Поняття методів, засобів і форм державного регулювання економіки

Практика державного регулювання економіки в розвинених країнах свідчить про те, що в механізмі регулювання господарської діяльності активну роль відіграє держава за допомогою певних методів впливу, мета яких полягає в створенні і забезпеченні умов господарювання відповідно до національної економічної політики.

Поняття «метод» і «форма» не є тотожними. Виходячи з етимо­логічного значення метод (від грецьк. — шлях дослідження) — це спосіб досягнення якої-небудь мети, вирішення конкретної задачі, сукупність прийомів або операцій тощо; а форма — 1) зовнішній контур, зовнішній вигляд предмета, або 2) зовнішній вираз якого- небудь змісту. Отже, поняття методу співвідноситься з внутріш­ньою, а форми — із зовнішньою характеристикою явищ.

У літературі методи регулювання визначаються як способи ці­леспрямованого впливу суб'єкта регулювання на його об'єкт, як різноманітні прояви безпосередньо практичної роботи суб'єктів регулювання, які виражають способи, прийоми формування і здій­снення регулятивних функцій. Методи державного керівництва економікою визначаються також як передбачені законодавством способи впливу держави на поведінку суб'єктів господарського життя з метою одержання необхідного для суспільства результату; як способи впливу держави через законодавчі і виконавчі органи на сферу підприємництва, інфраструктуру ринку, некомерцій-

ний сектор економіки з метою створення або забезпечення умов господарської діяльності відповідно до національної економічної політики. Недоліками цих визначень можна вважати практичну складність розмежування з їх допомогою змістовних і формальних актів впливу.

Під методом державного впливу на господарські відносини слід розуміти сукупність прийомів впливу держави через органи законодавчої, виконавчої і судової влади на суб'єктів господарських відносин з метою створення і забезпечення умов господарської ді­яльності відповідно до ідеї соціальної орієнтованості економіки і національної економічної політики.

Слід розрізняти метод правового регулювання господарської діяльності і метод державного впливу на економіку. Перший е суто теоретичним поняттям, що застосовується для відстоювання галузевої специфіки господарського права. Наприклад, B.C. Щер­бина розуміє його комплексно як сукупність методів автономних рішень (узгодження, дозвіл), обов'язкових розпоряджень (наказ, заборона) і рекомендацій. Г.Л Знаменський виділяє єдиний метод господарсько-правового регулювання — рівного підпорядкування суб'єктів суспільному господарському порядку. Метод державно­го економічного впливу (регулювання) має суто практичний сенс, оскільки дозволяє виробити зміст державної економічної політики для цілей подальшого правового закріплення (формалізації).

Форма державного впливу на господарську діяльність є зо­внішнім виразом дій державних органів, направлених на реалізацію специфічних завдань і функцій у процесі застосування вибраних методів державного впливу на економіку.

Одному і тому самому методу державного впливу на господарські відносини притаманні різноманітні форми його здійснення.

За аналогією з формами управлінської діяльності (нормативне регулювання, організація, контроль, нагляд і тому подібне) слід говорити і про форми державного впливу на економіку. Зокрема, легалізація господарської діяльності знаходить віддзеркалення в таких формах, як нормативне регулювання (закони України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підпри­ємців» , «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» тощо, Постанова КМУ «Про затвердження переліку документів, які додаються до заяви про видачу ліцензії для окремого виду госпо­дарської діяльності» від 04.07.2001 р. № 755 тощо), індивідуальне регулювання (видача конкретного свідоцтва або ліцензії, патенту) управління (багатофункціональна діяльність органів з видачі ліцен­зій), контроль (комплекс заходів органів реєстрації, ліцензування, податкових та інших органів щодо контролю за виконанням порядку реєстрації, ліцензійних умов) тощо.

Форми державного впливу на господарську діяльність можна розділити на:

* планування (директивне та індикативне);

—- нормативне регулювання;

* індивідуальне управлінське рішення;
* контроль;
* нагляд;
* координацію;
* формування звітності;
* інформаційне забезпечення суб'єктів господарських відносин;

— припинення правопорушень;

* відновлення правових положень;
* покарання винних у порушенні законодавства тощо.

Форми державного впливу на господарські відносини мають уні­версальний характер для тих чи інших методів (засобів) державного впливу на ці відносини. Проте, було б неправильно стверджувати, що будь-якому методу державного впливу властивий весь спектр форм його застосуванні. Адже методи відрізняються не тільки змістом примусу, але й різним характером функціональної спрямо­ваності. Наприклад, заходи з реєстрації суб'єктів господарювання не підвладні плануванню. Натомість найважливішою формою приватизації державного майна є відповідне планування, яке зна­ходить відображення в Державній програмі приватизації, планах приватизації конкретних об'єктів.

Форми і методи державного впливу мають розмежовуватися в тому сенсі, що не можна підміняти економічні вирішення господар­ських проблем суто формальними прийомами управлінського харак­теру. Зокрема, правове регулювання само по собі, без економічного підтексту і глибокого обґрунтування не здатне сприяти розвитку економіки. Іншими словами, не можна пов'язувати реформи тільки із зміною управлінських форм і прийняттям нових законів без тур­боти про той економічний курс, який буде ними реалізовуватися.

Привертає на себе увагу те, що категорія методу державного впливу на економіку багатогранно відбивається в законодавстві. Зокрема, ГК України в ст.ст. 12-18 застосовує поняття засобів державного регулювання економіки, розуміючи під ними держав­не замовлення, ліцензування, патентування, регулювання цін і тарифів тощо.

У цьому контексті можна говорити про те, що методи державного впливу на економіку складаються з певного набору засобів регулю­вання. Так, метод легалізації господарської діяльності включає такі засоби, як реєстрація суб'єктів господарювання, ліцензування, патентування, одержання інших документів дозвільного характеру. А метод монетарного регулювання — регулювання цін і тарифів, облікову політику, встановлення норм резервування і капіталізації фондів суб'єктів господарювання та ін.

Економіка держави вимагає такого усвідомленого набору методів (засобів) і форм державного регулювання економічних відносин, які направлені на рішення стратегічних економічних завдань, що стоять перед суспільством.

Багато в чому методи (засоби) державного регулювання еконо­міки черпають свою силу з функцій держави.

Співвідношення цих понять допомагає зрозуміти думки Ф. Шамхалова про функції держави в ринковій економіці. Зокрема, однією з таких функцій визнається випрямляння хвилеподібної кривої кон'юнктури шляхом стимулювання ділової активності в період спаду і обмеження її у момент буму, « перегріву» економіки. У цьому ж місці автор ставить запитання: «Якими шляхами і методами до­сягається це випрямляння» ? І дає відповідь — кредитно-грошовою і бюджетно-податковою політикою. У такому контексті метод є реа­лізацією загальної економічної ідеї, вираженої у функції. Звичайно, в конкретному контексті діяльність може виявитися як функцією, так і методом впливу держави. Застосування цих категорій має базуватися на тому, що аналізується загальна ідея регулювання, спосіб або досягнення відповідного результату.

Таким чином, функція держави в економіці виступає не інди­відуальною сукупністю прийомів впливу, а загальним напрямом діяльності держави, яка склалася в неодмінну рису державного управління при застосуванні різноманітних заходів впливу. При цьому поняття функції є статичним, а методу — динамічним по­няттям.

До прийняття ГК України в 2003 році жоден нормативно - правовий акт не здійснював регламентацію основ втручання держа­ви в ринкові відносини. Зокрема, ДК Української РСР і новий ЦК України 2003 p., які направлені на регламентацію горизонтальних зв'язків, не закликають за природою визначати межі (зокрема фор­ми і методи) державного втручання в економіку. Визначення основ взаємин держави і суб'єкта господарювання в статтях 12-15 Закону «Про підприємництво» і статті 27—33 Закону «Про підприємства в Україні» (що втратили силу з 1 січня 2004) мали настільки деклара­тивний і не конкретний характер, що на практиці були позбавлені прямої дії. Регламентувалося в більшості випадків зобов'язання суб'єкта господарювання перед державою, а не навпаки.

Важливий крок у напрямку поставлення держави в рамки право­вої процедури зробив ГК України. Відповідні положення закріплені в розділі 2 Кодексу «Основні напрями і форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання». У статтях 12-18 ГК спочатку класифіковані, а вже потім розкриті основні засоби регулюючого впливу держави на господарюючих суб'єктів; державне замовлення, ліцензування, патентування і квотування; сертифікація і стандартизація; застосування нормативів і лімі­тів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій, субвенцій і субсидій, Конкретні форми реалізації способів державного регулювання еко­номіки також називаються в ГК.

Наприклад, уст. 11 ГК визначає напрями, види і зміст державно­го планування. Встановлюється, що застосування окремих засобі» державного регулювання господарської діяльності визначається не тільки ГК та іншими законодавчими актами, але також і конкрет­ними програмами і планами економічного і соціального розвитку дерясави. В цьому разі не можна не відзначити системну організуючу дію правила частини 10 цієї статті ГК: «Суб'єктам господарювання, які ігнорують суспільні інтереси, відображені в плані, не можуть надаватися пільги І переваги в здійсненні господарської діяльнос­ті». Саме такі норми покликані погоджувати приватні інтереси і сфері господарювання з публічними інтересами, не заперечуючи індикативність (рекомендаційно-орієнтовний характер) державного планування і ринкові основи економіки.

Найбільш розгорнена класифікація методів державного регулю­вання економіки запропонована у вітчизняній економічній науці, коли в основу поділу методів на види покладено дев'ять критерії»: суб'єкти впливу (державні, суспільні, ринкові методи), час впливу (довгострокові і короткострокові методи), характер впливу (прямі і непрямі методи), масштаби втручання (загальні і часткові методи), зміст (економічний, адміністративний, інституційний, соціально- психологічний метод), спосіб прийняття (правові і неправові), характер впливу (стримуючі, стимулюючі, комплексні), рівень впливу (республіканські, місцеві методи), об'єкти впливу (галузеві функціональні методи).

Помилковим є поділ методів державного впливу на економічні та адміністративні, оскільки будь-який економічний регулятор є безсилим бея елементів адміністрування і управління. Тому будь-які методи державного впливу на економіку є адміністративними методами

У сучасних умовах господарювання коректно виділяти пряні і непрямі методи (засоби) впливу держали па економіку

Особливість прямих методів державного впливу на сферу госпо­дарювання полягає втому, що їм властиво безпосередніми владними регуляторами примушувати суб'єкта господарювання діяти певним чином у господарському середовищі. Наприклад, реєструватися як суб'єкт підприємництва). Однак непрямим методам державного впливу на сферу господарювання такий примус не властивий. Не­прямі методи — це ті регулятори економічного середовища, які стимулюють ефективне господарювання і додають економічну вигоду поведінці, яка є бажаною для суспільства і держави (наприклад, митний збір на експорт соняшникової сировини прямо не ставить в обов'язок вітчизняних сільгоспвиробників переробляти цю си­ровину в Україні, проте робить вітчизняну переробку економічно доцільною).

Виходячи з вищенаведеного, серед прямих методів (засобів) державного впливу на господарські відносини необхідно виділяти:

* державну реєстрацію суб'єктів господарської діяльності, пере­реєстрацію і скасування державної реєстрації;
* ліцензування і патентування господарської діяльності;
* ліцензування і квотування зовнішньоекономічної діяльності;
* стандартизацію і сертифікацію продукції;
* атестацію виробництва;
* валютні обмеження, зокрема стосовно строків повернення ва­лютної виручки за зовнішньоекономічними договорами тощо.

Структура непрямих методів державного впливу на економіку вимагає визначення таких їх різновидів:

* встановлення податків, зборів та інших обов'язкових плате жів;
* підтримка добросовісної економічної конкуренції;
* державне замовлення;

— дотації, субвенції, субсидії;

* державне кредитування;
* встановлення податкових пільг і преференцій;
* встановлення цін, валютних курсів і ставок рефінансування;

— утворення державних підприємств, установ і організацій,

приватизація, націоналізація тощо.

Серед названих методів особливо слід виділити політику ціноут­ворення. Можна сказати, що уряди всіх країн встановлюють ціни на ті види продукції сільського господарства і промисловості, які визначають загальний рівень цін і життя.

Використання тих чи інших методів (засобів) державного впли­ву на господарські відносини залежить від стану економіки, над­звичайних обставин» соціальної політики, міжнародних зв'язків

держави» а також економічної тактики і стратегії, про які йдеться в ст. 9 ГК України.

Зміст методів залежить також від мети управління ринковими процесами. Наприклад, ліцензування вводять з метою контролю за господарською діяльністю в тих сферах, які вимагають задоволення підвищених вимог суспільства до безпеки продукції (робіт, послуг).

Існують і такі сфери діяльності, де прямі методи достатньо ефективні, а їх застосування не просте бажане, але і необхідне. Це контроль за монополістичними утвореннями; забезпечення еколо­гічної безпеки і збереження невідтворюваних природних ресурсів; розробка низки важливих загальнонаціональних стандартів, направлених на збереження здоров'я, безпечних умов життя і праці, а також контроль за їх додержанням; підтримка мінімально необхід­них параметрів життя людей (мінімум заробітної плати, соціальні виплати і допомога); захист національних економічних інтересів у системі міжнародних зв'язків.

Обґрунтованими е прямі методи регулювання і для захисту стра­тегічно важливих галузей економіки, наприклад сільського госпо­дарства, природних монополій тощо. Держава повинна владними заходами забезпечувати реалізацію сільськогосподарської продукції на тих умовах, які дозволять зрівняти можливості промислового і сільськогосподарського виробництва. Тільки владними заходами можна забезпечити єдину тарифну політику в базових галузях, які є державними монополіями (енергопостачання, залізничні пере­везення тощо).

Всі вищезгадані методи державного впливу, прямі і непрямі, утворюють публічно-правові (вертикальні) відносини як предмет господарсько-правового регулювання. Поєднуючись з приватно­правовими (горизонтальними, договірними) господарськими від­носинами, вони служать найважливішим інституцінним чинником галузевої самостійності господарського права.

Наведені методи державного впливу не можна розглядати з по­зиції адміністративного права в тому сенсі, що це неминуче призведе до підриву їх економічної складової, спровокує підпорядкуванні приватних інтересів публічним, замість їх поєднання і узгодження, властивого методології господарського права.

## § 3. Закріплення методів (засобів) і форм державного регулювання економіки в законодавстві України

Для ефективної реалізації державного регулювання господар ської діяльності воно потребує належного рівня правового забезпечення.

Конституційні норми (ст.ст. 13,42,85,92,98-100,106,116,119 тощо) закріплюють низку механізмів взаємодії органів державної влади у сфері законодавчого регулювання господарської діяльності, а також порядок здійснення органами державної влади контроль­них функцій.

Закони та інші нормативно-правові акти створюють необхідний юридичний режим забезпечення публічних інтересів у сфері еко­номіки. Об'єктом охорони можуть бути: а) інтереси національної економіки; б) державні потреби; в) економічні інтереси територі­альних утворень; г) вимоги до видів діяльності, якості товарів і послуг; д) інтереси об'єднань груп власників або власників взагалі; е) інтереси споживачів.

Пов'язуючою ланкою між Конституцією і ГК України є ст.5 ГК України, що визначає поняття правового господарського порядку, який формується на основі оптимального поєднання ринкового са­морегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання і державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність. Конституція України безпосередньо не містить положень про основи правопорядку в сфері господарювання, проте їх зміст випливає з суті й духу Основного закону. Виділення і закріп­лення в ГК України конституційно-правових основ правопорядку в господарській сфері свідчить також про значний прогрес науки господарського права в цілому .

Центральне місце в системі цих актів займає ГК України, розділ 2 якого визначає основні напрями і форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання, зокрема засоби державного регулювання господарської діяльності (ст. 12), державний контроль і нагляд за господарською діяльністю (ст. 19), особливості управління господарською діяльністювдержавному секторі економіки (ст.22) тощо. ГК України є стрижневим кодифікаційним актом у системі господарського законодавства, який забезпечує державне регулю­вання господарської діяльності.

Ці положення кореспондують зі ст. 12 Хартії економічних прав та обов'язків держав від 12 грудня 1974 p., відповідно до яких кожна держава несе відповідальність за сприяння економічному, соціальному і культурному розвитку свого народу. 3 цією метою кожна держава має право і несе відповідальність за вибір цілей і засобів розвитку, використання своїх ресурсів, впровадження про­гресивних економічних і соціальних реформ, а також забезпечення повної участі свого народу в процесі розвитку.

Важливе значення в здійсненні державного регулювання госпо­дарської діяльності, зокрема підприємництва, має Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності від 11.09.2003 р., який визначає правові і організаційні

принципи реалізації державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності (див. § 6 цього розділу підручника).

Також блок господарського законодавства України про держав­ний вплив на економіку включає закони України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців» від 15.05.2003 р., «Про ліцензування певних видів господарської діяльності від 01.06.2000 р., «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р., «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.90 р. «Про цінні папери та фондовий ринок\* від 23.02.2006 р., «Про рекламу» в редакції від 12.06.2006 р., «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 06.09.2006 р. тощо.

Не менш важливими е закони про державне регулювання окре­мих сфер господарської діяльності. Це, наприклад, закони Украї­ни «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.96 р., «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07,2001 р., «Про особливості держи юного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів» від 08.09.2006 р. тощо.

Серед підзаконних актів можна виділити Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності» під 03.09.2007 р., в якому зосереджені пропозиції щодо усунення недоліків у засобах державного регу­лювання господарської діяльності. Наприклад, пропозиція щодо скорочення нероліну видів господарської діяльності, які потребують ліцензування; пропозиція щодо забезпечення скорочення і прозо­рості процедури припинення юридичної особи; щодо приведення процедур, пов'язаних з технічним регулюванням, у відповідності я вимогами СОТ та ЄС тощо.

У ст. 12 ГК України, яка визначає засоби державного регулю­вання господарської діяльності, вказано, що держава для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних і інших програм і програм економічного і соціального розвитку застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності.

Основними засобами регулюючої дії держави на діяльність суб'єктів господарювання є: державне замовлення; — ліцензування, патентування і квотування; - сертифікація і стандартизація; застосування нормативів і лімітів; регулювання цін і тарифів;

надання інвестиційних, податкових і інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій і субсидій. Ю.О. Тіхоміров справедливо підкреслюй гнучкість засобів державного регулювання, вказуючи, що є стійкі засоби (наприклад- реєстрація підприємств), є більш рухомі (види податків, ліцензій і т. д.)» а є і оперативно змінні. Важливо в будь-якій економічній ситуації правильно використовувати той «набір» засобів регулю­вання, який дозволяє зберегти фундамент економіки і одночасно стимулювати господарське саморегулювання суб'єктів ринкових відносин, забезпечити функціонування незалежних ринкових структур: банків, інформаційних центрів, страхових компаній.

Перелік засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання не може мати вичерпного характеру, оскільки відмічені засоби не вичерпують всього різноманіття ін­струментів впливу на господарську діяльність.

Зокрема, в ст. 12 ГК України прямо не називається державна реєстрація суб'єктів господарювання. Разом з тим, це є одним з найбільш юридично значимих засобів регулювання, який безпосе­редньо впливає на економіку країни, її прозорість. Не випадково, в літературі державну реєстрацію відзначають як прямий спосіб державного регулювання. Оскільки ліцензування і патентування законодавець відносить до основних засобів державного регулюван­ня господарської діяльності, то немає жодних підстав не визнавати державну реєстрацію засобом регулюючого впливу держави на ді­яльність суб'єктів господарювання.

До першої групи засобів державного регулювання в ГК України віднесено державне замовлення (ст. 13). Регулювання відносин у цій сфері здійснюється в законах України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.95 p., «Про державне оборонне замовлення» від 03.03.99 р., «Про держав­ний матеріальний резерв» від 24.01.97 р. тощо.

Для визначення специфіки державного замовлення як засобу державного регулювання сфери господарювання важливе значення має законодавче визначення поняття «пріоритетні державні потре­би». Під ним у ст. 1 вказаного Закону від 22.12.95 р. розуміються потреби України в товарах, роботах і послугах, які необхідні для вирішення найважливіших соціально-економічних проблем, під­тримки обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримки на належному рівні державних матеріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функ­ціонування органів державної влади, які утримуються за рахунок Державного бюджету України.

Щодо особливостей постачання (закупівлі) для державних ц0, треб сільськогосподарської продукції і продовольства, то тут можна виділити Постанову Кабінету Міністрів України «Про активізацію діяльності біржового ринку продукції агропромислового комплексу та необхідних для його потреб матеріально-технічних ресурсів» від 19.10.99 р., в якому передбачено, що закупівля сільськогосподарської продукції і продовольства для державних потреб здійснюється лише через товарні біржі.

До другої групи засобів державного регулювання господарської діяльності ч. 2 ст. 12 ГК України відносить ліцензування, патенту­вання і квотування. Згідно з ч. 1 ст. 14 ГК України такі засоби дер­жавного регулювання направлені на забезпечення єдиної державної політики в цій сфері і захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства і окремих споживачів. Правові основи ліцен­зування, патентування певних видів господарської діяльності і кво­тування визначаються виходячи з конституційного права кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом. Тому якщо у суб'єкта господарювання відсутня ліцензія на здійснен­ня певного виду діяльності, то договір, безпосередньо пов'язаний з такою діяльністю має бути визнаний недійсним (Роз'яснення Пре­зидії ВАСУ Щ 02-5/111 від 12.03.99 p.).

До третьої групи засобів державного регулювання господарської діяльності ч. 2 ст. 12 ГК України відносить сертифікацію і стандар­тизацію.

У літературі сертифікація і стандартизація наголошуються як ефективний засіб дії державних органів і органів місцевого само­регулювання на сферу господарювання.

Сертифікація і стандартизація є специфічними засобами регу­лювання господарської діяльності і, водночас, складовими націо­нальної системи технічного регулювання.

Відповідно до ч. 2 ст. 92 Конституції України порядок встанов­лення державних стандартів визначається виключно законами України. Правові принципи стандартизації в Україні визначені в законах України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. і «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповіднос­ті» від 01.12.2005 р. Сьогодні основними в цій сфері є заходи щодо гармонізації вітчизняних, міжнародних і регіональних стандартів, які повинні застосовуватися суб'єктами господарської діяльності на добровільних засадах.

У даний час сертифікація стала одним з найважливіших меха­нізмів управління якістю, який дає змогу оцінити продукцію, за­безпечує контроль за відповідністю продукції вимогам екологічної чистоти, а також підвищує її конкурентноздатність.

Термін «сертифікація» вперше був сформульований і визначений Комітетом з питань сертифікації (СЕРТІКО) Міжнародної організа­ції із стандартизації (ІСО) і включений у постанову № 2 ІСО версії 1982 р. «Загальні терміни і визначення у галузі стандартизації, сертифікації і акредитації випробувальних лабораторій» .

Згідно з цим документом, сертифікація визначалася як дія, яка підтверджується сертифікатом відповідності або знаком від­повідності стосовно того, що виріб або послуга відповідає певним стандартам або іншим нормативним документам.

Перелік продукції, який підлягає обов'язковій сертифікації в Україні, затверджений наказом. Державного комітету України з питань технічного регулювання і споживчої політики в редакції від 15.05.2007р.

Закон України «Про підтвердження відповідності» від 17.05.2001 р. визначає, що сертифікація — процедура, за допомо­гою якої визнаний в установленому порядку орган документально засвідчує відповідність продукції, систем якості, систем управління якістю, систем екологічного управління, персоналу встановленим законодавством вимогам.

Основні Положення щодо технічного регулювання в економіці передбачені ст. 15 ГК України. У сфері господарювання застосову­ються:

* технічні регламенти;
* стандарти;
* кодекси сталої практики;
* класифікатори;
* технічні умови.

Серед засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання ст. 12 ГК України вказує на застосування нормативів і лімітів. У літературі також наголошується, що важли­вими інструментами регулювання господарської діяльності є вста­новлення норм, нормативів, лімітів, правил, які є обов'язковими для дотримання.

Залежно від того, всі чи окремі суб'єкти можуть їх застосовувати, можна розрізняти норми і нормативи загальної і спеціальної дії. Загальними для всіх суб'єктів господарської діяльності є норми амортизаційних відрахувань, норми і нормативи віднесення на собівартість витрат щодо відряджень, на представницькі витрати, витрати на рекламу, на підготовку і перепідготовку кадрів. До них відносяться санітарні норми і гігієнічні нормативи, якими забез­печується санітарна безпека виробництва.

Для державного регулювання ринку необхідна централізована розробка його основних вартісних параметрів на певний період часу, Ці функції також виконують нормативи. До основних планованих ринкових нормативів належать ціни і тарифи, ставки податкових платежів, ставки банківського відсотка, централізовані інвести­ції і дотації. Перераховані нормативи складають основний набір інструментів планового регулювання товарно-грошових відносив. Всі вони взаємодіють у сукупності. Цілеспрямовано змінюючи їх величину, але, не виходячи при цьому за межі об'єктивної міри за­конів товарного виробництва, держава може створювати сприятливі умови для виробництва і реалізації тих чи інших видів продукції і тим самим регулювати їх обсяги, наближаючи виробництво до ви­мог державного плану розвитку економіки1.

Наприклад, у своїй постанові за скаргою ТОВ «Рада» до Державної інспекції з контролю за цінами в м. Києві від 11.01.2005 р. № 28/157 Вищий господарський суд України вказав на необхідність застосування встановлених нормативів у сфері житлово-комунальних послуг, які не підлягають розширювальному тлумаченню. А всі інші заходи у сфері даних послуг, наприклад забезпечення комфортності прибудинкових територій, — не є обов'язковими нормативами і не входять в обов'язкові комунальні платежі.

До основних груп засобів державного регулювання економіки ГК відносить надання інвестиційних, податкових та інших пільг.

Сьогодні в законодавстві практично відсутні інвестиційні пільги, що є негативним чинником для іноземного інвестування. Водночас за даними Міністерства економіки України потреба в таких інвес­тиціях складає понад 50 млрд дол.» а за деякими іншими відомос­тями — 60 млрд. дол. Ці кошти в першу чергу потрібні металургії, хімічній промисловості, транспортному господарству і житлово- комунальній сфері.

На жаль, законодавець України в цьому питанні є непослідов­ним. Прикладом можуть служити положення, які містилися раніше в ст.ст. 21, 22 Закону України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р. Проте, впродовж останніх років дія статей 21 і 22 цього Закону щодо відповідних пільг припиняється згідно з законам про Державний бюджет України. Таким чином, небажання зменшувати доходи бюджету призводить до заборони найважливішого стимулу інноваційної діяльності.

Також у законодавстві відсутнє визначення податкових пільг, в літературі під податковою пільгою розуміється звільнення платни­ка податків від нарахування і сплати податку або сплата податку в меншому розмірі за наявності підстав, визначених законодавством.

При цьому розрізняють наступні види податкових пільг: вилучення, знижка і податковий кредит)

Важливим засобом державного регулювання є правове регулю­вання цін і тарифів з метою підтримки стабільності виробництва, створення стимулів для товаровиробників, обмеження монополізму.

Важливість цінової політики держави підкреслена у рішенні Конституційного Суду України в справі про комунальні послуги від 02.03.99 p. № 1-18/99, в якому відмічено, що цінова політика, тобто стратегія держави щодо встановлення і зміни цін, е однією з складо­вих частин внутрішньої економічної і соціальної політики держави. Основи цієї політики реалізовані Верховною Радою України, зокре­ма, в Законі України .«Про ціни та ціноутворення» від 03.12.90 p., який сформулював основні принципи встановлення і застосування цін і тарифів і організації контролю за їх дотриманням на території України. Державне регулювання цін у країнах з ринковою еконо­мікою передбачає такий вплив На процеси ціноутворення, який би сприяв стабільному розвитку економічної системи в цілому, тобто через ціни нівелювати циклічні коливання процесів відтворення. Залежно від конкретної господарської кон'юнктури регулювання має антикризовий та антиінфляційний характер.

Окрему групу засобів державного регулювання господарської ді­яльності складають дотації, компенсації, цільові інновації і субсидії.

На думку деяких вчених держава здійснює заходи щодо надан­ня фінансової допомоги та підтримки господарюючим суб'єктам і галузям, діяльність яких, з одного боку, є життєво необхідною для задоволення публічних інтересів суспільства, а з іншого —- не може здійснюватися без залучення засобів ззовні. Фінансова до­помога і підтримка можуть здійснюватися шляхом фінансування певних витрат організацій (селективне санування) або галузей у цілому шляхом надання дотацій, субсидій, субвенцій. За деякими розрахунками, обсяг державної допомоги промисловості склав у 2006 році 4318,2 млн грн, приблизно 1,9 % ВВП України. Для по­рівняння: обсяг підтримки промисловості в ЄС у цей період склав 0,39 % ВВП.

ГК України містить загальні положення щодо дотацій та інших засобів державної підтримки суб'єктів господарської діяльності, зо­крема, ст. 26 ГК України визначає конкретні види допомоги з боку держави суб'єктам господарювання, надання якої не є порушенням вільної конкуренції.

Субсидія — це вид допомоги, який надається державою або відповідною установою окремим юридичним або фізичним особам переважно в грошовій формі з метою забезпечення або відшкоду­вання непередбачених матеріальних витрат унаслідок певних не­гативних явищ (безробіття, інфляційних процесів і т. п.), а також фінансова чи інша підтримка і стимулювання певної діяльності\* Чинне законодавство визначає декілька понять субсидій. Найпов­ніше визначення міститься в Постанові Кабінету Міністрів України від 31.03.2003 р. № 182-р «Про Концепцію перебудови системе державних субсидій, які застосовуються в галузях національної економіки », в якому субсидія визначена як фінансова або інша підтримка державними органами виробництва, переробки, продажу, транспортування, експорту, споживання відповідного товару, в результаті якої суб'єкт господарювання отримує пільги (доходи).

Іншою формою державної фінансової підтримки є дотації. В «чи­стому» вигляді поняття дотації законодавство не містить. Виходячи зі ст. 1 Бюджетного кодексу України дотацією вирівнювання є міжбюджетний трансферт на вирівнювання прибутковою частини бю­джету, який її отримує. Поняття дотації визначається, наприклад, у порядку видачі працедавцеві дотацій на створення додаткових робочих місць для працевлаштування безробітних, затвердженому Міністерством праці і соціальної політики від 26.01.2001 р. № 75/ 5266, де дотація визначена як кошти Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття для покриття певних витрат.

З господарсько-правових позицій дотації — це грошові кошти, які надаються з бюджету юридичним і фізичним особам для від­новлення рентабельності виробництва суспільно-необхідної продукції. Дотації з державного бюджету видаються малодоходним і неприбутковим суб'єктам у галузях економіки, які мають важливе соціальне значення. Це, перш за все, сільське господарство. Напри­клад, ще в середині 90-х pp. загальна сума таких субсидій у США складала 20 % вартості сільськогосподарської продукції країни, в Канаді — 25 %, Швейцарії — 50 %, Фінляндії — 65 %. Норвегії — 75 %, Японії — 80 %.

Необхідно на рівні закону визначити засоби державної фінансової підтримки суб'єктів господарювання, оскільки на сьогоднішній день їхнє правове регулювання є фрагментарним. Зокрема, О.П. Подцерковний пропонує закріпити поняття господарських дотацій і господарських субсидій у Бюджетному кодексі України, а також визначити їхнє місце в системі державних витрат.

Розглянувши засоби правового регулювання можна дійти ви­сновку про те, що всі вони поєднані в певну систему, і, як правило, застосовуються в сукупності. Взаємозв'язок засобів різних видів часто буває нерозривним. Важливим є встановлення відповіднос­ті економічного засобу закону і призначенню цього засобу, тобто його меті.

## § 4. Планування та прогнозування господарської діяльності

В економічній науковій літературі існують різні уявлення щодо методів та форм державного регулювання економіки. Однак пред­ставники практично кожної економічної концепції посилаються на необхідність застосування такої форми державного регулювання економіки як планування. Науковці зазначають, що «економіч­на політика так само не має змісту без планування, як у цілому господарська діяльність. Кожний, хто приймає рішення в сфері економіки, повинен планувати. Відносно цього пункту не може існувати двох різних думок. Єдине, що важливо й може бути пред­метом обговорення, це питання про форму державного планування в переважно ринковому господарстві».

Планування залежно від засобів досягнення його цілей та харак­теру державного впливу на економіку поділяється на два види: авто­ритарне планування (у східноєвропейських країнах в період їхнього соціалістичного розвитку іменованого директивним плануванням) і індикативне планування (від лат. «вказувати»).

Досвід СРСР у цілому довів нежиттєздатність всеохоплюючого планування, яке гальмує суспільний розвиток та веде до необме­женого права держави на використання факторів виробництва, контролю за виробництвом і споживанням, зайвої деталізації й дріб'язкової регламентації планів для господарюючих суб'єктів, обмеження самостійності підприємств, змушених діяти із затвер­дженими директивами на шкоду своїм економічним інтересам.

Жорстке директивне планування, що існувало в період СРСР, виявилося несумісним з положеннями Конституції України про рівний захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання (ст. 13), свободу підприємницької діяльності, яка не заборонена законом (ст. 42), тощо. Директивне планування було замінено на індикативне, котре знаходить своє відображення в законодавстві більшості країн світу. В.К. Мамутов і О.О. Чувпило встановили сутність даного виду планування у тому, що, визначаючи напрямки своєї економічної політики на плановий період, держава через свої центральні планувальні органи може створювати умови, за яких приватним підприємствам приємніше закладати у свої плани те, що відповідає цілям держави.

Правове регулювання планування виступає як інструмент керування ринковою економікою в руках держави, ґрунтуючись об'єктивних закономірностях соціально-економічного прогресу.

Економічна політика держави закріплюється, зокрема, у прогнозах та програмах економічного і соціального розвитку України, окремих регіонів, програмах розвитку тієї чи іншої галузі, цільових програмах. Це знайшло своє відображення у Конституції України в частині встановлення обов'язку Верховної Ради України, Кабіне­ту Міністрів України та регіональних органів влади і управління здійснювати планування у формі розробки загальнодержавних і регіональних програм соціально-економічного розвитку (п. 6 ч. 1 ст. 85, п. 4. ст. 116, п. З ст. 119, ст. 143 Конституції України).

Без цього неможливо забезпечити соціальну орієнтацію еконо­міки. Не маючи перспективних прогнозів, планів і програм розвит­ку, не можна складати обґрунтовані бюджети на державному та місцевому рівнях. Це вже підтверджено багаторічною практикою, у тому числі і розвинутих країн. Наприклад, загальнодержавне пла­нування соціально-економічного розвитку Японії по суті відображає конкретизовану економічну частину всеохоплюючих довгостроко­вих державних програм. Країною, що послідовно дотримується ідеї планового регулювання економіки, також є Франція, де ідея використати планування як інструменту «підняття» ослабленою війною економіки виникла у 1946 році.

Першим комплексним актом у сфері планування соціально- економічного розвитку України став Закон України «Про державне прогнозування та розробку програм економічного і соціального роз­витку України» від 23.03.2000 p., що встановив державні основи прогнозування й програмування економічних відносин в Україні. Однак зазначений Закон не торкнувся питань загальної категорії планування як засобу державного впливу на економіку, що включає прогнозування, програмування, розробку концепції, стратегії, ви­значення пріоритетів розвитку країни й інших складових.

Відповідно до статті 1 цього Закону державне прогнозування економічного і соціального розвитку — науково обґрунтоване пе­редбачення напрямів розвитку країни, окремих галузей економіки

або окремих адміністративно-територіальних одиниць, можливого стану економіки та соціальної сфери в майбутньому, а також аль­тернативних шляхів і строків досягнення параметрів економічного і соціального розвитку. Прогноз економічного і соціального розвитку е засобом обґрунтування вибору тієї чи іншої стратегії та прийняття конкретних рішень органами законодавчої та виконавчої влади, органами місцевого самоврядування щодо регулювання соціально- економічних процесів.

Під програмою зазначений Закон розуміє документ, в якому визначаються цілі та пріоритети соціального і економічного розвит­ку, засоби та шляхи їх досягнення, формується взаємоузгоджена і комплексна система заходів органів законодавчої і виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, спрямованих на ефек­тивне розв'язання проблем економічного і соціального розвитку, досягнення стабільного економічного зростання, а також характе­ризуються очікувані зміни у стані економіки та соціальної сфери.

Прогнозні та програмні документи економічного і соціального розвитку розробляються на основі комплексного аналізу демогра­фічної ситуації, стану використання природного, виробничого, науково-технічного та трудового потенціалу, конкурентоспромож­ності вітчизняної економіки, оцінки досягнутого рівня розвитку економіки та інших факторів і очікуваних тенденцій зміни впливу цих факторів у перспективі.

Законом передбачено, що прогнози економічного і соціального розвитку розробляються на середньостроковий (5 років) і коротко­строковий (1 рік) періоди, а державні програми економічного і со­ціального розвитку — на короткостроковий період.

Також Закон передбачає щорічну розробку Державної програми економічного і соціального розвитку України взаємоузгоджено з проектом Державного бюджету України на відповідний рік. У ній конкретизуються заходи, передбачені в Програмі діяльності Кабіне­ту Міністрів України, та завдання, визначені у щорічному посланні Президента до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України.

Порядок та строки розробки прогнозних і програмних документів регламентовані Постановою KM України № 621 від 26 квітня 2003 року «Про розроблення прогнозних і програмних документів еконо­мічного та соціального розвитку та складанні проекту державного бюджету».

Основи програмування пріоритетних напрямків розвитку дер­жави та її економіки встановив Закон України «Про державні ці­льові програми» від 18.03.2004 року. До умов розробки державної цільової програми законодавець відносить: існування проблеми, розв'язання якої неможливо засобами територіального чи галу­зевого управління та потребує державної підтримки, координації діяльності центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; відповідність мети програм, пріоритетним напрямам державної політики; наявність реальної можливості ресурсного забезпечення виконання програми тощо.

Важливий крок у напрямку затвердження правових засад планування зробив Господарський кодекс України. У ст. 11 ГК України визначені напрямки та форми державного планування. Говорячи про таку форму державного впливу на економіку, не можна не по­мітити системної організуючої дії правила частини 5 цієї статті: «Суб'єктам господарювання, які не враховують суспільні інтереси відображені в програмних документах економічного і соціального розвитку, не можуть надаватися передбачені законом пільги та переваги у здійсненні господарської діяльності».

Закон України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України" у ст. 2 за­кріпив правові принципи, на яких повинне ґрунтуватися державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціаль­ного розвитку України, до яких належать принципи: цілісності, об'єктивності, науковості, гласності, самостійності, рівності, до­тримання загальнодержавних інтересів.

Використання правових засобів у процесі планування господар­ської діяльності є стартом у досягненні господарського порядку. Однак варто мати на увазі, що яку б економічну та правову силу не мали б державні плани, вони не повинні переступати межу, за якої можливе обмеження прав господарюючих суб'єктів на вільне підприємництво, що повинне забезпечуватися та контролюватися системою демократичних інститутів.

## § 5. Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності

Термін «державна регуляторна політика» не так давно з'явився в нашому законодавстві. Його зміст формується і змінюється з 2000 року з урахуванням перетворень в економічній сфері. Поняття державної регуляторної політики вперше було закріплене в Указі Президента України від 22.01.2000 р. «Про впровадження єдиної державної регуляторної політики у сфері підприємництва». Сьо­годні воно відбите в Законі «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11.09.2003 р.

Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності визначається як напрям державної політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а та кож адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України.

Як видно, в основі державної регуляторної політики лежить по­няття «регуляторний акт», тобто нормативно-правовий акт, який ділком або в будь-якій частині спрямований на врегулювання гос­подарських або адміністративних відносин між органами державної влади і суб'єктами господарювання.

Закон «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» встановив, що регуляторними органами, діяльність яких має відповідати вимогам щодо здійснення регуля­торної політики є:

* Верховна Рада України;
* Президент України;
* Кабінет Міністрів України;
* Національний банк України;
* інші державні органи, зокрема центральні органи виконавчої влади;
* Верховна Рада Автономної Республіки Крим;
* Рада міністрів Автономної Республіки Крим;
* місцеві органи виконавчої влади;
* органи місцевого самоврядування.

Такий широкий перелік регуляторних органів визначений тому, що кожен орган, рішення якого впливає на суб'єктів господарюван­ня, має обґрунтовувати необхідність своїх рішень, розраховувати доходи і витрати від впровадження того чи іншого регуляторного акта. Цей перелік значно ширший, ніж попередні, які затверджу­валися Указами Президента України. Кожен орган, який відповідає ознакам регуляторного органу, а також, що є вкрай важливою нове­лою — місцеві органи виконавчої влади і органи місцевого самовря­дування — повинні безпосередньо виконувати вимоги регуляторної політики. Тобто кожен нормативно-правовий акт, який відповідає ознакам регуляторного акта, має супроводжуватися аналізом ре­гуляторного впливу його норм на державу, бізнес і громадськість, оприлюднуватися для отримання зауважень і пропозицій тощо.

Основні функції з реалізації державної регуляторної політики покладені на Державний комітет України з питань регуляторної політики і підприємництва (далі — Держкомпідприємництво).

Реалізація державної регуляторної політики припускає наяв­ність певних стадій:

Перша стадія «проектна» — включає обов'язкову підготовку аналізу регуляторного впливу; оприлюднення проектів регулятор­них актів з метою отримання зауважень і пропозицій. Це один з

найважливіших етапів узгодження проекту регуляторного акта Держкомпідприємництвом, який включає:

* опис проблеми (причини, умови, суб'єктний склад; неможливість вирішення проблеми за допомогою ринкових механізмів);
* опис альтернативних (не менше двох) шляхів вирішення проблеми (важливо провести порівняльний аналіз можливої ефективності ухвалення регуляторного акта, співвідношення витрат і вигод від введення акта, обґрунтування відмови від альтернативних способів вирішення проблеми);
* опис конкретних механізмів (обґрунтування принципів і заходів, необхідних для досягнення мети регулювання, визначення ступеня їх ефективності);
* характеристика очікуваних соціально-економічних наслідки впровадження регуляторного акта (визначення і порівняння позитивних і негативних чинників, які можуть впливати на виконання вимог акта).

Розроблений і упроваджений механізм оскарження відмові територіальних органів Держкомпідприємництва від узгодження проектів регуляторних актів1 шляхом створення апеляційних регуляторних комісій в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві і Севастополі, які формуються з представників об'єднань громадян, суб'єктів господарювання, місцевих органів виконавчої влади і територіальних органів центральних органів виконавчої влади. Скарга підлягає розгляду відповідною комісією в строк не більш як один місяць з дня її отримання. У разі відмови проект регуляторного акта повинен бути повернутий розробникові для доопрацювання, після закінчення якого регуляторний акт прямує на повторне узгодження з територіальним органом Держкомпідприємництва.

Друга стадія передбачає прийняття і публікацію регуляторного акта у встановленому законом порядку.

Третя стадія відводиться відстежуванню результативності ре­гуляторного акта — залежно від часу здійснення відстеження буває базовим, повторним і періодичним (ст. 10 Закону). Якщо базове відстежування здійснюється до набуття чинності регуляторного акта і направлене, передусім, на оцінку стану суспільних відносин, для регулювання яких створений акт, то повторне може бути проведене лише через рік після набуття чинності регуляторного акта, але не пізніше ніж через два роки, і є порівнянням показників, отриманих

при здійсненні базового відстежування і нових показників впливу регуляторного акта, періодичне відстежування можливе раз на три роки, які відлічуються з дня виконання заходів щодо повторного відстежування, оскільки це виявляє співвідношення результатів застосування регуляторного акта із задекларованими при його ухва­ленні цілями, але лише після здійснення повторного відстежування.

Четверта стадія є факультативною — перегляд регуляторного акта, за результатами якого може бути прийнято одне з наступних рішень:

* про припинення дії регуляторного акта;
* про визнання регуляторного акта неконституційним;
* про скасування регуляторного акта;
* про необхідність залишення регуляторного акта без змін;
* про необхідність перегляду регуляторного акта.

Слід зазначити, що вказаний порядок здійснення державної регу­ляторної політики має деякі особливості стосовно окремих суб'єктів. Наприклад, акти НБУ загалом виключені з переліку регуляторних актів, окрім нормативно-правових актів, направлених на реалізацію функцій, передбаченихп.п.4,6, 7, 9,11 і 17 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» (зокрема, щодо відкриття відді­лень банку, встановлення валютних курсів, облікової ставки тощо).

На жаль, регуляторна політика поки не стала в Україні ефектив­ним інструментом державного впливу на економіку. Підтвердити це твердження можна відсутністю чіткої практики реалізації держав­ної регуляторної політики, відповідно до якої зміни в законодавство про підприємництво можуть бути внесені лише з урахуванням їх ефективності. Чого тільки в цьому плані варте виключення з ГК України поза врахування регуляторних процедур норм про філії і представництва як суб'єктів господарювання, що призвело до податкових, контрольно-наглядових проблем, зокрема вступило в суперечність із законодавством ЄС.

Державна регуляторна політика так само необхідна державі і підприємцям, оскільки не тільки забезпечує процедурний порядок управлінської діяльності, але і дозволяє гармонізувати публічні і приватні інтереси у сфері господарювання. Зневага такими скла­довими приводить до сковування підприємницької ініціативи, шкодить економіці.

Виходячи з вищевикладеного, регуляторна політика повинна стати в Україні найважливішим елементом управлінських процесів з урахуванням наступних чинників:

1) будь-які зміни в господарській сфері повинні відбуватися в рамках загальної концепції, заздалегідь сформованої і схваленої у встановленому законом порядку. Це виключить можливість здій­снення державними органами несумісних між собою заходів впливу на господарську діяльність;

2) необхідне налагодження загальнодержавного обговорення проектів регуляторних актів, оскільки це дозволить сформувати ефективне (не тільки для держави, але і для всіх підприємців) внутрішньо узгоджене господарське законодавство.

Кінцевий результат економічних реформ, здійснюваних в Україні, багато в чому залежить від того, наскільки зваженою буде позиція суспільства відносно адекватного формування і реалізації державної регуляторної політики з урахуванням ефективності господарсько-правового регулювання.

## § 6. Державне регулювання економіки в зарубіжних країнах

Узагальнюючи досвід державного регулювання економіки в країнах Західної Європи, можна виділити два підходи: макрорегулювання, засноване на дії засобів податково-бюджетного і кредитно-грошового регулювання, та індустріальна політика, направлена на структурну перебудову економіки.

У механізмі регулювання сучасного ринкового господарства країн Західної Європи найбільші надії покладені на автоматичне ринкове регулювання економіки, тобто на вдосконалення відносин, з використанням потенціалу ринкової економіки.

Сьогоднішній стан державного регулювання в західних країнах багато в чому визначений досвідом США з підйому економіки в 30-х роках XX ст. на підставі відомого «Нового курсу Рузвельта».

Теоретичною базою «Нового курсу» стало вчення видатного ан­глійського економіста Джона Мейнарда Кейнса. Основною метою реформ президента Рузвельта стало запровадження активного втру­чання держави в процес суспільного відтворення. Початок нового курсу — це оздоровлення банківської і фінансової систем шляхом контрольованої девальвації долара, переведення золотовалютного резерву в державне казначейство і посилення контролю за комер­ційними банками.

Центральне місце в цих заходах відводилося проблемі віднов­лення промисловості. У червні 1933 р. було прийнято закон про відновлення національної промисловості. Для його реалізації була створена Адміністрація національного відновлення. Вводилася си­стема державного регулювання економіки. Перший розділ передба­чав заходи, які сприяли пожвавленню економіки. Основний натиск робився на «кодекси чесної конкуренції», в яких встановлювалися правила конкуренції, зайнятості і найму. У другому і третьому роз­ділах закону визначалися форми оподаткування і фонд суспільних робіт з визначенням порядку використання засобів цього фонду. Рузвельт надавав цьому закону дуже велике значення: «В історію закон про національне промислове відновлення увійде, можливо, як найбільш важливе і далекоглядне законодавство, коли-небудь прийняте конгресом».

Другий важливий закон — закон про регулювання сільського господарства — Конгрес США прийняв на початку 1933 р. напере­додні оголошеного фермерами загального страйку. Була створена Адміністрація регулювання сільського господарства. Для подо­лання аграрної кризи закон передбачав заходи підвищення цін на сільськогосподарську продукцію, фінансову підтримку фермерства, боротьбу з ерозією земель тощо.

Найважливішим інструментом «нового курсу» стало реформу­вання державних фінансів використанням практики фінансування розширеного відтворення і соціальних програм за рахунок дефіциту державного бюджету.

Не дивлячись на різну економічну політику сучасних розвине­них країн, «новий курс» зробив, по суті, аксіоматичним розуміння необхідності активної участі держави в економіці. Приватна влас­ність, ринок, свобода договору в країнах багатоукладної економіки сьогодні поставлені в достатньо жорсткі рамки, що, власне, і стало одним з чинників зростання ефективності відповідних економік.

Регулюючи господарську діяльність, західні держави забезпечу­ють індикативне і стратегічне планування економічного розвитку, яке є інструментом державного впливу на економіку і орієнтує окремих підприємців і корпорації на загальнонаціональні еконо­мічні інтереси. Незважаючи на це, державний вплив на економіку не обтяжливий і дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати діяльність з вигодою для себе.

До теперішнього часу державний вплив на економіку західних країн виявляється в найрізноманітніших методах: встановлення прямих і опосередкованих податків, надання державних субсидій суб'єктам господарської діяльності, надання кредитів, надання дер­жавних замовлень, нормативно-правове регулювання господарської діяльності, надання недержавним підприємствам різноманітних пільг за державними тарифами (наприклад, залізничний транспорт, електроенергія), державне планування, державне фінансування як державного, так і недержавного секторів економіки, створення змі­шаних суспільств і т. п. Наприклад, структурна політика у Франції реалізується через систему державного планування, конкурентне законодавство, стимулювання інвестицій, регулювання іноземних інвестицій і валютний контроль, інформаційне забезпечення під-

внутрішніх і іноземних інвестицій, яка охоплює податкові пільги, режим прискореної амортизації, «дослідницькі податкові кредити», субсидії. Добре розвиненою також є мережа організацій, займаються консультуванням, науково-інформаційним і іншим забезпеченням підприємницької діяльності. Важливе місце серед елементів державного регулювання ринку США займає програмування економіки через розробку і реалізацію як загальнонаціональних, так і регіональних програм, широко використовується система державних замовлень, фіскальна політика.

В організації життєдіяльності і господарства Японії держава відіграє велику роль. Країна має постійну систему державного програмування. Вже з післявоєнних років у країні втілена в житті система довгострокових планів економічного розвитку. Зокрема, в країні розроблені і реалізовуються План реконструкції Японських островів (план Тонаки), програма трансформації економічної структури Японії. Остання, по суті, є економічною стратегією розвитку Японії. Держава через міністерства зовнішньої торгівлі і промисловості, фінансів, управління економічного планування, різноманітні спеціальні комісії і комітети активно впливає на різні сфери господарського життя. Такими сферами є: процеси конкуренції і формування структури власності, розвиток освіти і науки, політики кредитування і грошового обігу, стратегії зовнішньоекономічних зв'язків тощо.

З часом і в публічно-правовому регулюванні господарської діяльності виявилися недоліки, їх нагромадження призвело до відмови від централізованого управління економікою і переходу до поєднання приватноправового і публічно-правового регулювання І у сфері економіки, тобто до змішаної економіки. Досвід соціалістичних держав у цьому аспекті також не можна заперечувати. На сьогоднішньому етапі регулювання сфери господарювання, потрібно взяти найкраще і найбільш позитивне з такого досвіду, наприклад, планування, програмування і прогнозування господарської діяльності. Результати подібної імплементації сьогодні можна спостерігати в Китаї, країні з постійно зростаючою економікою.

З початком 2008 року практично всі держави охопила фінансова криза, що призвела за собою скорочення виробництва, банкрутства банків, інфляцію, безробіття тощо. Це вимагає, як ніколи, посиленого державного регулювання фінансово-економічної сфери. Зокрема в США, країнах Європейського Союзу декілька трильйонів доларів було направлено на пожвавлення фінансового сектора, капіталізацію (націоналізацію) неплатоспроможних банків, збільшення розмірів державних гарантій вкладників банків, покращення доступу підприємств до кредитних ресурсів тощо.

Основою державного регулювання господарською діяльністю в зарубіжних країнах є законодавство, яке постійно змінюється

і доповнюється у зв'язку з динамікою господарської діяльності, регулюванню підлягають майже всі елементи цієї діяльності, від її суб'єктів до антимонопольно-конкурентної сфери.

Разом з нормами приватноправового характеру в торгових і 'комерційних кодексах зарубіжних країн містяться норми публіч­ного права. Це норми регулюють порядок створення і діяльності індивідуальних і колективних суб'єктів господарювання, порядок ведення бухгалтерських операцій і звітності, складання і публікації балансів, ведення торгових книг, оголошення банкрутства, торгову юрисдикцію тощо. В ході розвитку законодавства частина норм публічно-правового характеру перенесена в окремо видані закони (про товариства, морське право тощо).

У зарубіжних країнах все більш чітко проглядається тенденція до забезпечення публічного господарського порядку, склалося і розвивається широке господарське законодавство. Його склад не­однорідний. Головне значення в ньому надається нормативним ак­там у ранзі законів. Але кількісно вони поступаються підзаконним нормативним актам. Пояснити таке положення можна динамікою процесів, які мають місце в економіці, і потребою оперативного впливу на них з боку держави. Через те, що господарське життя розвивається хвилеподібно — від конкуренції виробників до конку­ренції споживачів і навпаки (пульсує) — господарське законодавство повинне адекватно реагувати на ці процеси.

Найбільший розвиток у західному законодавстві отримало спе­ціальне законодавство, яке визначає правове положення суб'єктів господарювання. У Німеччині, наприклад, Німецьке торгове укла­дення і Закон про акціонерні суспільства, у Франції — Комерційний кодекс 2000 р., в Англії Закон про компанії від 11.03.85 року.

Визначальним принципом взаємовідношення економічної свобо­ди діяльності і державної відповідальності за наслідки регулювання в Німеччині є особливо підкреслений у Конституції захист еконо­мічної свободи діяльності окремих суб'єктів, зокрема й свободи підприємницької діяльності (ст. 2). Особливе юридичне оформлення має різновид свободи вибору професії — свобода зайняття промислом (§ 1 Промислового (ремісничого) статуту). Таким чином, державне регулювання обмежується, передусім, з'ясуванням того, чи не несе діяльність загрозу і небезпеку суспільству.

У США правове положення корпорацій регулюється законодав­ством окремих штатів, зокрема Законом про підприємницькі корпо­рації і Загальним законом про корпорацію штату Делавер 1967 року, Законом про підприємницькі корпорації штату Нью-Йорк 1963 року і Загальному законі про корпорації штату Каліфорнії 1977 року.

Поряд з Єдиним торговим кодексом у США діють Єдиний спо­живчий кредитний кодекс, Закон про єдину споживчу реалізаційну діяльність, Закон про захист кредитних прав споживачів, Закон про гарантії і повноваження Федеральної торгової комісії (Закон

Магнуссона-Мосса), Закон про банкрутство, на розвиток яких в\* дано низку підзаконних актів і офіційних коментарів. Прикладом є Правила Федеральної торгової комісії про роздрібну торгівлю обслуговуванням будинку, Правила кредитування, визначені федеральною торговою комісією.

У Франції державне регулювання в основному здійснюючі місцеві агенти, що представляють центральну владу та мають обмежену територіальну компетенцію, згідно з Декретом від 01.07.92 р. «Хартія про деконцентрацію». Також регулювання може мати загальний і спеціальний об'єкт. У першому випадку регулювання стосується комплексу видів економічної діяльності, тобто йдеться про «загальну економічну політику. Це, наприклад, стосується правил конкуренції як внутрішніх (наприклад. Ордонанс про свободу цін і конкуренції від 01.12.86 p.), такі загальноєвропейських (ст.ст. 85 і 86 Договорів Європейського співтовариства і Регламент від 2112.89 р., що належить до контролю концентрацій). Те саме стосується і порядку фінансових відносин із закордоном, політики кредитування і фінансуванні підприємств, валютної політики, політики споживання тощо.

Система державного регулювання економіки в Японії має свої особливості, пов'язані з тим, що разом із Цивільним кодексом: самостійним Торговим кодексом діє також і Господарський кодекс, У ГК Японії інтегровані, зокрема, закони про управління продо­вольством, про стабілізацію цін на сільськогосподарську продукцію, про промислове водокористування, про малі і середні підприємства, про заборону монополії, про запобігання нечесній конкуренції, пре регулювання цін, про використання капіталовкладень і контролі над грошовими вкладами, процентами, про страхову справу, про експорт і імпорт, про фондову біржу, про бухгалтерію, про елек тричний зв'язок, про торгову марку, про банки, про стандартизацію, про торгову біржу, про універсальні магазини, про будівництво, пре енергетику тощо.

Важливу частину державного регулювання в зарубіжних країнах складає розгалужене законодавство, яке забороняє монопольні уго­ди і нечесну конкуренцію (у США — антитрестове законодавство).

Аналізуючи джерела господарського права зарубіжних країн, можна сформулювати наступні висновки:

у зарубіжних країнах історично сформувалося і розвивається розгалужене господарське законодавство, яке складається з правових норм, які традиційно належать до норм приватного права і Публічного права;

у регулюванні економік зарубіжних країн можна виділити дві великі групи правових норм. До першої групи відносяться норми, які забезпечують оперативне регулювання господарської діяльності

В більшості випадків вони містяться в підзаконних нормативних актах, проте іноді зустрічаються і в законах. До другої групи відно­сяться норми, які забезпечують стратегічне регулювання господар­ської діяльності. Від оперативного регулювання воно відрізняється більшою стабільністю, тривалою дією та іншими якостями, які до­зволяють регулювати господарську діяльність незалежно від змін, що відбуваються в економіці.

Оперативне регулювання здійснюється одночасно з процесами, що відбуваються в економіці, або слідує негайно за ними. Об'єктом стратегічного регулювання є економічні і організаційні явища, що знаходяться ніби за межами амплітуди коливань між перевиробни­цтвом і недовиробництвом товарів. Воно розраховане на тривалий час і охоплює правове положення суб'єктів господарювання, госпо­дарські зобов'язання, цінні папери тощо. Стратегічне регулювання матеріалізується в країнах романо-германського права в комерцій­них (підприємницьких) кодексах, в країнах загального права — в законах, що видаються законодавчими органами.

Зазначене дозволяє дійти висновку, що економіка західних країн має значну частку державного регулювання. Причому, це регулю­вання змінює свою спрямованість і характер адекватно економічної ситуації, що змінюється. Це підтверджує висновок про необхідність гнучкого, заснованого на підтримці економічного порядку, узго­дження в такому регулюванні приватних і публічних інтересів.

Контрольні запитання:

1. Дайте визначення державно-правового впливу на економіку і господарську діяльність.
2. Яка структура державного впливу на господарську діяльність в конкретних галузях і сферах економіки?
3. Назвіть методи державного впливу на господарську діяльність.
4. Що таке форми державного впливу на господарську діяль­ність?
5. В чому полягає суть державної регуляторної політики в сфері господарювання?
6. Назвіть основні чинники планування та програмування гос­подарської діяльності.
7. Дайте загальну характеристику засобам державного впливу на економіку і господарську діяльність в індустріально-розвинених країнах.

Ст. 4 Закону України «Про підприємництво» — єдина стаття цього Закону, ЩО продовжує діяти після набрання чинності ГК України.

# Розділ 4 ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

## § 1. Поняття легалізації (легітимації) господарської діяльності

Здійснення господарської (підприємницької) діяльності допуска­ється лише за умови її реєстрації у встановленому законом порядку і здійснення інших правовстановлюючих дій. Лише суб'єкт господа­рювання, що виконав всі передбачені чинним законодавством умови і вимоги щодо одержання необхідних свідоцтв, ліцензій (дозволів), патентів та інших документів, має право здійснювати діяльність у законному порядку (ст. 58 ГК України), розраховувати на державну підтримку своєї діяльності (ст. 48 ГК України) і захист прав і за­конних інтересів (ст. 20 ГК України).

У літературі немає єдності думок із приводу того, як назива­ти процедуру державного підтвердження законності входження суб'єкта господарювання в економічний оборот — легалізацією чи легітимацією? Натомість, традиційно ці поняття розмежовуються в конституційному і міжнародному праві, коли під легітимацією розуміється процедура суспільного визнання законності державної влади, а під легалізацією — наділення певного документа чи особи юридичними характеристиками. Крім того, поняття легалізації прямо використовується в законодавстві України (на відміну від легітимації) як інститут підтвердження реєстрації громадських організацій, дійсності документів, боротьби з незаконними до­ходами тощо.

Наслідуючи приклад даної традиції стосовно господарських правовідносин, можна стверджувати, що *легалізація* господарської діяльності означає наділення суб'єкта господарювання необхідни­ми юридичними документами, що дозволяють йому законно здій­снювати господарську діяльність, а *легітимація* — підтвердження в різних життєвих ситуаціях законності здійснення господарської діяльності суб'єктом господарювання за результатами перевірки його правовстановлюючих та дозвільних документів і самої діяль­ності на предмет відповідності вимогам законодавства. Остаточну оцінку легітимності діяльності суб'єкта господарювання може дати лише суд.

Наприклад, фіктивне підприємництво є легальною діяльністю, поки судом не буде встановлено інше (тобто поки не буде встановле­на нелегітимність такої діяльності). При реєстрації суб'єкта госпо­дарювання (при легалізації) органи реєстрації видають суб'єктові господарювання свідоцтво встановленого зразка і не несуть відпо­відальності за відповідність його установчих документів вимогам законодавства, окрім вимог щодо передбачених законодавством відомостей. Проте виявлені надалі (в процесі легітимації) факти порушення закону при створенні юридичної особи, які не можна усунути, є підставою для постановлення судового рішення про припинення юридичної особи (визнання його нелегітимним) згід­но зі ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб —підприємців» від 15.05.2003 р.

Таким чином, у тих випадках, коли йдеться про державну реє­страцію суб'єктів господарювання, їх ліцензування, патентування і здійснення інших дозвільних процедур, супроводжуваних надан­ням дозвільних документів таким суб'єктам, слід говорити про їх легалізацію, а не легітимацію.

У літературі під легалізацією розуміється здійснення суб'єктом низки послідовних, юридично значимих дій, спрямованих на набут­тя прав і обов'язків підприємця (правосуб'єктності), І в цьому плані легалізація має розглядатися як сукупність двох груп правових дій: внутрішніх і зовнішніх. Відповідно легалізація характеризується

ініціативною стадією, проходить через організаційну складову і закінчується формалізацією.

Здійснення господарської (підприємницької) діяльності без від­повідної легалізації тягне за собою господарсько-правову (ст. 240 ГК України), адміністративну (ст.ст. 160-2, 164 КУпАП України) і кримінальну (ст.ст. 202-203, 205 КК України) відповідальність.

Ці відносини мають господарсько-правову природу оскільки виникають з приводу організації господарської діяльності, що від­повідає предмету регулювання ГК згідно зі ст. 1 Кодексу. Такий висновок знайшов підтримку в юридичній літературі.

Важливо враховувати, що ГК і закони України припускають процедуру легалізації загалом господарської, а не тільки підпри­ємницької діяльності. І це не випадково. Підприємництво розгляда­ється складовою частиною господарської діяльності — комерційною господарською діяльністю (глава 4 ГК України). Проте іншою її частиною є некомерційна господарська діяльність (глава 5 ГК Укра­їни). Більш того, ст. 58 ГК України, закони України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» тощо поши­рюють процеси легалізації на будь-яку господарську діяльність, а не тільки на підприємництво.

Водночас слід ураховувати, що не будь-яка діяльність фізичної особи у сфері господарювання є підприємництвом і вимагає легалі­зації даної особи як підприємець (див. докладніше розділ 1 цього курсу про підприємництво як предмет господарського права).

Виходячи з характеристики дозвільних процедур, необхідних для державного підтвердження законності входження суб'єкта в господарський оборот, *легалізація суб'єктів* господарської діяль­ності включає від 1 до 10 і більше складові:

1. державну реєстрацію суб'єктів господарювання;
2. ліцензування певних видів господарської (підприємницької) діяльності;
3. патентування деяких видів підприємницької діяльності;
4. одержання дозволу на виготовлення печаток і штампів;
5. дозвіл (висновок) органів санітарного, пожежного і екологіч­ного контролю, органів охорони праці та інших органів на початок експлуатації торговельно-промислових об'єктів;
6. квотування і ліцензування господарської діяльності у ЗЕД;
7. реєстрація (поставлення на облік) в податкових, митних орга­нах, органах соціального і пенсійного страхування;
8. дозвіл органів Антимонопольного комітету на концентрацію І узгоджені дії, що обмежують конкуренцію, тощо.

Перелік етапів легалізації не є вичерпним і залежить від виду і сфери господарської діяльності. їх склад залежить від суспільних вимог до безпеки, якості та інших характеристик господарської діяльності. Зокрема, в сфері морських перевезень додатково вста­новлюється порядок реєстрації морських суден, у сфері автоперевезень — реєстрація і періодичний технічний огляд автотранспортних засобів і т. п.

## § 2. Державна реєстрація суб'єктів господарювання

Державна реєстрація є загальною і необхідною для всіх суб'єктів господарювання умовою здійснення господарської (підприємниць­кої) діяльності, незалежно від виду діяльності, організаційно правової форми і форми власності (ст. 58 ГК, ст.ст. 50,87 ЦК).

Державна реєстрація суб'єктів господарювання регулюється Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» від 15.05.2003 р. (далі — Закон «Про державну реєстрацію...»), що набув чинності з 01.07.2004 р., ГК України та іншими законами. Слід ураховувати, що закони та інші правові акти, прийняті до набуття чинності Закону «Про державну реєстрацію...», діють у частині, що не суперечить йому (п. З завер­шальних положень цього Закону).

Державна реєстрація суб'єктів господарювання має наступні ознаки: це здійснення реєстраційних дій, передбачених Законом; вона має правовстановлююче або правоприпиняюче значення, оскільки вона засвідчує факт створення (припинення) юридичної особи або факт набуття (позбавлення) фізичної особи статусу під­приємця; має публічний характер, оскільки здійснюється шляхом внесення відповідних записів до Єдиного державного реєстру.

Чинним законодавством України передбачена єдина система державної реєстрації суб'єктів господарювання шляхом:

* 1. внесення до Єдиного державного реєстру відповідних записів (державного засвідчення відомостей про правовий статус юридичної особи або статус громадянина як підприємця);
  2. видачі свідоцтва про державну реєстрацію;
  3. здійснення відмітки на установчих документах про державну реєстрацію (тільки для юридичних осіб).

Державна реєстрація суб'єктів господарювання проводиться державним реєстратором виключно у виконавчому комітеті місь­кої, районної в місті ради або в районній державній адміністрації за місцезнаходженням юридичної особи або за місцем прожи­вання фізичної особи — підприємця (ст.5 Закону «Про державну реєстрацію...»). Державний реєстратор призначається на посаду і звільняється з посади міським головою міста обласного значен­ня або головою районної, районної в містах Києві і Севастополі державної адміністрації за узгодженням із спеціальним органом з питань державної реєстрації. Державний реєстратор має відповід­не посвідчення і власну печатку (ч. 2 і ч. 4 ст. 6 вказаного Закону).

О.О. Квасніцька виділяє декілька основних принципів, які відо­бражають характерні риси реєстраційних процедур:

1. принцип законності, який означає додержання закону всіма учасниками реєстраційного процесу;
2. принцип достовірності, згідно з яким відомості, які містяться в Єдиному державному реєстрі, мають відповідати дійсності;
3. принцип єдності, що втілюється в єдиному порядку (процедурі) державної реєстрації; єдиній системі органів, які здійснюють державну реєстрацію; єдиному державному реєстрі юридич­них осіб і фізичних осіб — підприємців;
4. принцип гласності (відкритості), що означає право будь-якої особи отримати інформацію про відомості, які містяться в Єдиному державному реєстрі;
5. принцип публічності, згідно з яким відомості про створення і припинення юридичної особи і фізичної особи — підприємця повинні бути внесені до реєстру, і з цим фактом пов'язується момент, з якого юридична особа вважається створеною або припиненою, а фізичної особи набуває чи втрачає статус під­приємця.

Для державної реєстрації суб'єкта господарювання — юридичної особи подаються наступні *обов'язкові документи:*

а) установчі документи, передбачені законом для відповідного виду юридичних осіб;

б) реєстраційна картка встановленого зразка;

в) документ про сплату збору за державну реєстрацію;

г) документ, що підтверджує повноваження представника, у разі не особистого звернення засновника юридичної особи.

При реєстрації окремих організаційно-правових форм суб'єктів господарювання законом вимагаються *додаткові документи.*

Зокрема, у випадках, встановлених законом, необхідним є рі­шення власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу про створення юридичної особи. Такі рішення органи ре­єстрації можуть вимагати при створенні дочірніх і колективних підприємств, виробничих кооперативів і споживчих товариств.

Для реєстрації суб'єктів господарювання — юридичних осіб, стосовно яких законом встановлені вимоги щодо формування ста­тутного капіталу до реєстрації юридичної особи (акціонерне това­риство, товариство з обмеженою і додатковою відповідальністю), необхідно додатково надати документ, який підтверджує внесення засновниками внесків у певному розмірі.

Рішення АМКУ про згоду на створення або реорганізацію суб'єктів господарювання потрібне у випадках, коли кількісні ха­рактеристики виникаючої концентрації вимагають дозволу згідно з Законом «Про захист економічної конкуренції».

При реєстрації юридичної особи, засновником якої є іноземна юридична особа, надається легалізована виписка з відповідного торгового, банківського або судового реєстру іноземної держави про реєстрацію такого засновника за кордоном.

Для реєстрації фермерського господарства додатково надається копія документа про право на земельну ділянку сільськогосподар­ського призначення.

Новелою Закону «Про державну реєстрацію...» є інститут *попе­реднього резервування найменування* юридичної особи. Відтепер засновники майбутньої юридичної особи мають право за плату зареєструвати на строк до двох місяців (а для публічних AT — до дев'яти місяців) майбутнє найменування юридичної особи. Попе­реднє резервування найменування не є обов'язковим, але дозволяє засновникам юридичної особи уникнути несприятливих наслідків можливої відмови в державній реєстрації юридичної особи внаслі­док наявності в Єдиному реєстрі тотожного найменування іншої юридичної особи. Для резервування найменування не вимагається громіздких і дорогих процедур (оформлення установчих документів тощо), передбачених для реєстрації юридичної особи. Достатньо за­яви і документа, які підтверджують внесення встановленого збору.

Реєстраційні процедури стосовно фізичних осіб, що мають намір здійснювати підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, піддані спеціальному регулюванню. Такі особи подають (осо­бисто або поштою) реєстраційну картку встановленого зразка, яка одночасно є заявою про державну реєстрацію, копію довідки про ідентифікаційний номер платника податків і документ, що засвідчує внесення плати за державну реєстрацію.

На відміну від раніше діючого законодавства, Закон «Про державну реєстрацію...» не передбачає надання фотографій при державній реєстрації фізичної особи — підприємця. Тим самим підтверджено, що ідентифікація громадянина повинна відбуватися на підставі виданого йому свідоцтва і паспорта.

Державному реєстратору *заборонено вимагати документи* для реєстрації юридичної особи або громадянина — підприємця, які не передбачені прямо законодавчими актами України. Документи, які подаються державному реєстраторові, повинні бути викладені державною мовою. Установчі документи (статут, засновницький до­говір, положення тощо) юридичної особи повинні містити відомості, передбачені законом. Ці документи, а так само зміни до них, повин­ні бути викладені письмово, прошиті, пронумеровані і підписані засновниками (учасниками), якщо законом не встановлено інший

порядок їх затвердження. Підписи засновників (учасників) повинні бути нотаріально засвідчені (ч.ч. 1-3 і 5 ст.8 наведеного Закону).

За проведення державної реєстрації стягується реєстраційний збір у розмірі 170 грн — для юридичних осіб і 34 грн — для громадян (ч.І ст.10 Закону «Про державну реєстрацію...»).

Державна реєстрація суб'єктів господарювання — юридичних осіб здійснюється в строк не більш 3-х робочих днів, а фізичних осіб — підприємців — не більш 2-х робочих днів з дня подачі необ­хідних документів. Після державної реєстрації відповідний орган зобов'язаний протягом наступного робочого дня видати суб'єкту господарювання свідоцтво про його державну реєстрацію (ст.ст. 25 і 43 Закону « Про державну реєстрацію...»).

На печатці і штампах суб'єкта господарювання повинен указува­тися ідентифікаційний код (номер), за яким цей суб'єкт включений у державний реєстр.

Звертає на себе увагу, що Закон «Про державну реєстрацію» передбачає існування Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців, в якому обліковуються відомості про відповідних осіб. Відомості ці формуються шляхом внесення різного роду записів: 1) про проведення реєстрації; 2) про реєстрацію припинення юридичної особи; 3) про припинення підприємницької діяльності громадянина; 4) про внесення змін до засновницьких документів юридичної особи; 5) про відокремлені підрозділи юри­дичної особи; 6) про відсутність юридичної особи за її місцезнахо­дженням тощо.

Водночас цей реєстр не скасовує Єдиний державний реєстр під­приємств і організацій України (ЕДРПОУ) і Єдиний державний реєстр фізичних осіб — платників податків та інших обов'язкових платежів. Два останні реєстри є підставою для внесення до свідоцтва про державну реєстрацію кодів юридичних осіб і номерів громадян — підприємців. Ця взаємодія реєстрів є громіздкою і, найімовірніше, найближчого часу постане питання про їх уніфікацію.

Для одержання дозволу на виготовлення печаток і штампів суб'єкт господарювання надає відповідному органу внутрішніх справ свідоцтво про державну реєстрацію, затверджені власником (засновниками) зразки таких печаток і штампів (2 екземпляри) і документ про внесення плати за видачу дозволу.

Свідоцтво про державну реєстрацію необхідне суб'єкту господа­рювання для відкриття банківських рахунків, а також у багатьох інших, по суті, незчисленних випадках, починаючи від процедур ліцензування господарської діяльності і закінчуючи оформленням картки обліку суб'єкта ЗЕД в митних органах.

Відповідно до ч. 2 ст. З Закону «Про державну реєстрацію...» за­коном можуть бути встановлені особливості державної реєстрації об'єднань громадян (зокрема професійних союзів), благодійних організацій, партій, органів державної влади і місцевого само­врядування, банків, торговельно-промислових палат, фінансових установ (зокрема, кредитних союзів), бірж, а також інших установ і організацій. Наприклад, державна реєстрація банків здійснюється Національним банком України відповідно до вимог Закону Укра­їни «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. Окрім вищезгаданих установ і організацій спеціальні правила державної реєстрації встановлюються для засобів масової інформації, установ вищої освіти, охорони здоров'я, страхової діяльності тощо.

Підставами для відмови в проведенні державної реєстрації суб'єкта господарювання згідно зі ст.ст. 27, 44 Закони «Про дер­жавну реєстрацію» є;

а) *для юридичної особи:*

- невідповідність відомостей, які вказані в реєстраційній картці, відомостям, які містяться в інших документах, представлених для державної реєстрації;

- відсутність в установчих документах відомостей, які перед­бачені законом (наприклад, ст. 57 ГК та ст. 88 ЦК), а також недодер­жання вимог ч. З ст. 8 Закону України«Про державну реєстрацію...» (наприклад, установчі документи господарського товариства не містять відомостей про склад його органів управління);

- порушення встановленого законом порядку створення юридич­ної особи (наприклад, наявність обмежень на заняття посад з боку осіб, які вказані як посадові особи органу управління юридичної особи);

- невідповідність відомостей про засновників (учасників) юридичної особи відомостям щодо них, які містяться в Єдиному державному реєстрі;

- наявність обмежень щодо здійснення засновниками (учасни­ками) юридичної особи або уповноваженими ними особами окремих юридично значущих дій (зокрема, якщо юридична особа — засновник знаходиться в стадії ліквідації);

- наявність в Єдиному державному реєстрі найменування, тотож­ного найменуванню юридичної особи, яка має намір зареєструватися;

- використання у найменуванні юридичної особи повного чи ско­роченого найменування органу державної влади або органу місцевого самоврядування, чи похідних від цих найменувань, або історичного державного найменування, перелік яких встановлюється КМУ);

б) *для фізичних осіб:*

—- невідповідність відомостей, які вказані в реєстраційній картці, відомостям, які містяться в інших документах, поданих для про­ведення державної реєстрації;

* наявність встановлених законом обмежень на заняття підпри­ємницькою діяльністю щодо фізичної особи, яка має намір стати підприємцем;
* наявність в Єдиному державному реєстрі запису про те, що заявник вже є підприємцем.

Відмова в проведенні державної реєстрації суб'єкта господа­рювання (юридичних осіб і фізичних осіб —- підприємців) з інших підстав не допускається (ч. 1 ст. 27 і ч. 1 ст. 44 вказаного Закону).

Відмова в державній реєстрації суб'єкта господарювання може бути *активною*, тобто супроводжуватися прямим повідомленням заявника, або *пасивною*, яке підтверджується фактом відсутності державної реєстрації у встановлений строк.

Інститут відмови в державній реєстрації суб'єкта господарюван­ня слід відрізняти від інституту залишення документів заявника без розгляду, передбаченого ч. 11 ст. 24, ч. 5 ст. 42 та іншими нормами Закону «Про державну реєстрацію...». Залишення документів без розгляду здійснюється за зовнішніми ознаками дефектності поданих документів (документи подані в неналежне місце реєстрації, не в повному обсязі, викладені не державною мовою, не прошиті тощо). Проте відмова в державній реєстрації передбачає перевірку змісту поданих документів на предмет відповідності закону.

Право на оскарження неправомірної відмови у державній ре­єстрації або неправомірного залишення документів заявника без розгляду випливає з ч. 2 ст. 53 Закону «Про державну реєстрацію...» як оскарження дій чи бездіяльності державного реєстратора.

Зміни реєстраційних даних про суб'єкта господарювання також вимагає державної реєстрації.

У процесі діяльності зареєстрованого суб'єкта господарювання нерідко потрібно змінити його реєстраційних дані. При цьому слід розрізняти: 1) внесення змін до відомостей про юридичну особу (ст. 19 Закону), 2) державну реєстрацію змін в установчі до­кументи юридичної особи (ст.ст. 29-31 Закону) і 3) внесення змін у відомості про фізичну особу — підприємця (ст.ст. 45 Закону).

*Внесення змін до відомостей про юридичну особу* відрізняєть­ся від процедури реєстрації тим, що для її здійснення не потрібні які-небудь інші документи, окрім нової реєстраційної картки. Такими відомостями може бути, наприклад, зміна ПІБ керівника юридичної особи.

*Державна реєстрація змін в установчих документах юридич­ної особи* здійснюється з наданням підтверджуючих документів. Необхідність такої реєстрації виникає тоді, коли зміна відомостей про юридичну особу потребує внесення змін до його установчих документів. Наприклад, це відбувається при зміні організаційно- правової форми, форми власності або найменування юридичної особи, при зміні розміру статутного капіталу (фонду), складу за­сновників юридичної особи.

Закон «Про державну реєстрацію...» не робить різниці між пере­реєстрацією і державною реєстрацією змін в установчих документах юридичної особи. Органи юридичної особи для проведення таких змін повинні надати державному реєстратору нову реєстраційну картку, документи, які підтверджують внесення змін до установчих документів юридичної особи, оригінали установчих документів і документа, що підтверджує сплату реєстраційного збору.

В окремих випадках Закон «Про державну реєстрацію...» вимагає надання додаткових документів. Наприклад, при внесенні змін в

установчі документи у зв'язку із зміною найменування юридич­ної особи повинен бути наданий оригінал свідоцтва про державну реєстрацію. Замість цього свідоцтва після процедури реєстрації видається нове свідоцтво, у якому відображаються уточнені дані про юридичну особу.

*Державна реєстрація змін у відомості про фізичну* особу — *підприємця* необхідна в декількох випадках — при зміні його імені (прізвища, по батькові), при зміні його місця проживання, при зміні його ідентифікаційного коду або паспортних даних для осіб, які че­рез релігійні переконання відмовилися від одержання відповідного коду. Така реєстрація схожа з процедурами державної реєстрації підприємця і вимагає надання заявником нової реєстраційної картки, «старого» свідоцтва і документа про сплату реєстраційно­го збору. Законом не передбачається внесення змін до відомостей про громадянина — підприємця у спрощеному порядку (шляхом надання однієї лише нової реєстраційної картки).

Відкриття суб'єктами господарювання — юридичними особами відокремлених підрозділів — *філій (відділень), представництв —* не вимагає їх реєстрації. Суб'єкт господарювання лише повідомляє про їх відкриття орган реєстрації шляхом внесення додаткової ін­формації до своєї реєстраційної картки (ч. 2 ст. 58 ГК і ст. 28 Закону «Про державну реєстрацію...»).

Юридична особа повинна внести до реєстраційної картки точні дані про створений відокремлений підрозділ, зокрема: інформацію про рішення створити відокремлений підрозділ, ідентифікаційний код відокремленого підрозділу (відповідну довідку видають органи статистики); його повне найменування і місцезнаходження, інші дані згідно зі ст. 28 вищезгаданого Закону.

На відміну від структурних підрозділів вітчизняних суб'єктів господарювання представництва і філії іноземних компаній підля­гають акредитації на території України (ст. 4 Закону «Про державну реєстрацію...» ). Сьогодні відповідні процедури знаходяться у веденні Міністерства економіки України.

## § 3. Державна реєстрація припинення суб'єктів господарювання

*Державна реєстрація припинення* юридичної особи або при­пинення підприємницької діяльності фізичної особи здійснюється за його (чи його органів) рішенням (*добровільне припинення*), або на підставі рішення суду, чи в результаті смерті громадянина (*при­мусове припинення).*

Звертає на себе увагу те, що законодавець у низці законодавчих актів (наприклад, ст. 247 ГК України, ст. 32 Закону «Про віднов­лення платоспроможності боржника або визнання його банкротом») застосовує поняття «*Скасування (припинення) державнії реєстрації», виключення з державного реєстру»* тощо. У зв'язку з пріоритетом Закону «Про державну реєстрацію...» слід говорити про те, що всі названі процедури здійснюються шляхом *державної реєстрації припинення* юридичної особи або припинення підприємницької діяльності громадянина.

Державну реєстрацію припинення (діяльності) суб'єкта госпо­дарювання слід відрізняти від його ліквідації. *По-перше*, ліквідація може бути застосована лише до суб'єктів господарювання — юридич­них осіб. Громадяни-підприємці для припинення своєї підприєм­ницької діяльності здійснюють «підготовчі заходи», що вимагають­ся законом для позбавлення їх статусу підприємця (в основному вони полягають у процедурі зняття громадян з обліку як підприємців у податкових та інших органах). *По-друге*, ліквідація є організаційно - майновою процедурою, спрямованою на фактичне припинення суб'єкта господарювання — юридичної особи, необхідною умовою якої є розрахунки з кредиторами і дебіторами, складання ліквіда­ційного балансу, передача документів в архів, знищення печаток, закриття рахунків, зняття такого суб'єкта з обліку в контролюючих органах тощо. Тоді як державна реєстрація такого припинення — формальна процедура, що є записом про виключення відповідного суб'єкта з державного реєстру. *По-третє,* ліквідація здійснюється органом, призначеним самим суб'єктом господарювання (при до­бровільному припиненні) або органом, призначеним судом (при примусовому припиненні), а державна реєстрація припинення юридичної особи — державним реєстратором. (Закон не називає виділення як підставу припинення юридичної осо­би. Пов'язано це з тим, що на відміну від інших способів реорганізації, де припиняється «старий» суб'єкт і виникає новий (нові), у результаті виді­лення «стара» юридична особа на припиняється. Тому виділення знахо­дить відображення лише в порядку реєстрації (ст. 32 Закону «Про держав­ну реєстрацію...»), а не в порядку припинення юридичної особи.

Процедура припинення (діяльності) суб'єкта господарювання різна для фізичних і юридичних осіб.

Державна реєстрація припинення юридичних осіб — суб'єктів господарювання охоплює два формальних і один фактичний (другий з нижченаведених) етапи:

* державна реєстрація рішення засновників юридичної особи або судового рішення про припинення юридичної особи;
* проведення ліквідаційної процедури або заходів щодо реорга­нізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення);
* внесення запису до реєстру про державну реєстрацію припи­нення юридичної особи.

При банкрутстві процедура державної реєстрації припинення юридичної особи має свої особливості, які пов'язані з тим, що лік­відаційна процедура може не призводити до припинення суб'єкта

господарювання (наприклад, коли після розрахунків із кредиторами у банкрута залишаються майнові активи для продовження діяльнос­ті). Тому першою стадією в цьому випадку виступає реєстрація судо­вого рішення про порушення провадження у справі про банкрутство. Остаточна — третя стадія — може наставати лише в тому випадку, якщо господарський суд за наслідками ліквідаційної процедури винесе ухвалу про припинення юридичної особи — банкрута. Проте можлива ситуація, коли задоволення боржником вимог кредиторів призведе до припинення процедури банкрутства. В цьому випадку не тільки не проводиться державна реєстрація припинення юридичної особи, але й вноситься запис в Єдиний державний реєстр про при­пинення процедури банкрутства.

Закон «Про державну реєстрацію...» виділяє перелік підстав для постановления рішення суду про припинення юридичної особи:

* визнання недійсним запису про проведення державної реєстра­ції за порушення закону, допущені при створенні юридичної особи, які не можна усунути;
* здійснення нею діяльності, що суперечить установчим доку­ментам, або заборонена законом;
* невідповідність мінімального розміру статутного фонду юри­дичної особи вимогам закону;
* неподання протягом року в податкові органи податкових декларацій, документів фінансової звітності відповідно до закону;
* наявність в Єдиному державному реєстрі запису про відсут­ність юридичної особи за вказаним нею місцезнаходженням (ст. 38 Закону);
* банкрутство суб'єкта господарювання — юридичної особи, що означає необхідність його ліквідації (ст. 39 Закону).

Проте цей перелік не є вичерпним. Додаткові підстави примусо­вої ліквідації юридичних осіб передбачаються в законах України, зокрема, в ЦК України:

* якщо в повному товаристві залишається тільки один учасник (ст. 132 ЦК);
* у разі вибуття з командитного товариства всіх вкладників (ст. 139 ЦК);
* якщо вартість чистих активів товариства з обмеженою відпо­відальністю, товариства з додатковою відповідальністю або акціонерного товариства стає менше встановленого законом мінімального розміру статутного капіталу (ст.ст. 144, 151, 155, ч. З ст. 157 ЦК) тощо.

Звертає на себе увагу той факт, що державний реєстратор, ви­явивши порушення закону, що мали місце при реєстрації суб'єкта господарювання — юридичної особи, *не може самостійно скасу­вати запис* про державну реєстрацію або провести запис про при­пинення зареєстрованого суб'єкта. Тільки судове рішення може служити підставою для примусового припинення юридичної особи.

У змісті даних підстав можна відзначити низку законодавчих *новел* в порівнянні з раніше діючим Законом «Про підприємництво».

*По-перше,* усунена така підстава скасування державної реєстрації (зараз — державної реєстрації припинення юридичної особи), як невчасне (протягом 30-денного терміну) повідомлення суб'єктом підприємництва про зміну його назви, організаційної форми або форми власності. Єдиним наслідком такої поведінки виступає відсутність юридичної сили змін до установчих документів до їх державної реєстрації.

*По-друге,* законодавець відмовився від процедури скасування державної реєстрації за відсутності повідомлення суб'єкта підпри­ємництва про зміну свого місцезнаходження понад 7 днів. Така санкція була надмірно репресивною. Зараз аналогічний захід можна застосувати лише у разі, коли юридична особа після закінчення кожних наступних 13 місяців після надання відомостей про себе не направить державному реєстраторові чергову реєстраційну картку про підтвердження відомостей про юридичну особу, або державному реєстраторові поступить повідомлення податкового органу про змі­ну місцезнаходження юридичної особи, а потрібне в цих випадках додаткове повідомлення (запит) державного реєстратора на адресу юридичної особи залишиться без уваги (ч.ч. 7,8 ст. 19 Закону «Про державну реєстрацію...»).

*По-третє,* порушення закону, допущені при створенні суб'єкта господарювання — юридичної особи, тепер можуть служити під­ставою для постановлення судового рішення про припинення юридичної особи лише у тому випадку, коли їх не можна усунути.

Державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичної особи регулюється розділом VI Закону «Про державну реє­страцію... », який передбачає підстави припинення підприємницької діяльності фізичної особи, що відрізняються від підстав припинення юридичної особи. Зрозуміло, що при такому припиненні фізична особа позбавляється правового статусу підприємця, але не позбавляється прав людини і громадянина. Наприклад, у результаті такого припинення громадянин втрачає право укладати договори оренди державного майна згідно зі ст. 6 Закону «Про оренду державного та комунального майна» в редакції від 14.03.95 р., оскільки таке право надане тільки громадянам-підприємцям і юридичним особам.

Добровільне припинення підприємницької діяльності громадянина може здійснюватися у будь-який час за його рішенням.

Примусове припинення підприємницької діяльності громадя­нина здійснюється у разі його смерті або ухвали судового рішення. Вказані судові рішення можуть бути трьох видів:

* 1. судове рішення про оголошення фізичної особи померлою або визнанні безвісно відсутньою;
  2. судове рішення про визнання фізичної особи недієздатною або про обмеження її дієздатності;

3) судове рішення про припинення підприємницької діяльності фізичної особи як господарська санкція при:

- визнанні фізичної особи банкротом;

- здійсненні ним підприємницької діяльності, забороненої за­коном;

- ненаданні протягом року податковим органам податкових декларацій, документів фінансової звітності, визначених законом.

Процедура державної реєстрації припинення підприємницької діяльності громадянина ґрунтується на тих само принципах, що і реєстрація припинення юридичної особи: 1) спочатку реєстру­ється рішення підприємця або суду про припинення відповідної діяльності, 2) потім оформляються документи, які підтверджують зняття підприємця з обліку в контролюючих органах, і 3) на за­вершення, за наслідками одержання цих документів і заповненої реєстраційної картки державний реєстратор вносить до Єдиного державного реєстру запис про припинення підприємницької ді­яльності фізичної особи. Надання відповідних документів держав­ному реєстраторові здійснюється самим підприємцем або органом, уповноваженим судом.

Спрощений порядок державної реєстрації припинення підпри­ємницької діяльності громадянина застосовується при його смерті або винесенні судового рішення про оголошення фізичної особи померлою або визнанні її безвісно відсутньою. У цих випадках дер­жавний реєстратор на підставі свідоцтва про смерть громадянина або судового рішення самостійно заповнює відповідну реєстраційну картку і вносить запис до Єдиного державного реєстру про припи­нення підприємницької діяльності фізичної особи.

## § 4. Дозвільна система у сфері господарської діяльності

Розглядаючи питання легалізації (легітимації) господарської діяльності суб'єктів господарювання, слід звернути увагу на до­звільну систему у цій сфері. Вона формувалася шляхом прийняття у 2005 році Закону України «Про дозвільну систему у сфері госпо­дарської діяльності» (далі — Закон про дозвільну систему), який поставив за мету упорядкувати процедури видачі документів до­звільного характеру, а також встановити єдині принципи дозвільної системи у сфері господарювання.

Вперше на законодавчому рівні:

* запроваджено норму щодо встановлення виключно законами необхідності отримання того чи іншого документа дозвільного характеру, а також вимоги до порядку його отримання;
* зафіксовано європейські принципи видачі документів до­звільного характеру, а саме: принцип організаційної єдності, принцип декларування та принцип мовчазної згоди;
* — визначено форму адміністративної відповідальності посадових осіб дозвільних органів за порушення встановлених законо­давством процедур видачі дозвільних документів.
* Враховуючи те, що перелік основних засобів державного регу­лювання господарської діяльності, регламентований ч. 2 ст. 12 ГК України, є невичерпним, дозвільна система відноситься до окремих способів державного регулювання економіки.
* В юридичній літературі проблеми, присвячені аналізу дозвільної системи, розглянуто в працях таких авторів, як Труш І., Мош- ковська О., Перкун КА Водночас, при аналізі дозвільної системи більшість авторів досліджували її з позиції адміністративного права, що є досить обмеженим.
* Дозвільна система є предметом регулювання господарського пра­ва, передусім тому, що в процесі отримання дозвільної документації виявляються як публічні, так і приватні інтереси, інтереси суб'єктів господарювання, споживачів і держави. Виникає потреба в їх узго­дженні, чого не можна здійснити виключно в рамках адміністратив­них процедур. Адже важливо розуміти не лише управлінську, але і господарську складову цих процесів, відповідаючи на запитання про вплив дозвільних процедур на економіку в цілому.
* Зокрема, надання обов'язкового узгодження і дозволу на здійснен­ня фінансовими посередниками окремих юридично значимих дій на ринку фінансових послуг має яскраво виражений імперативний характер. Це пов'язано з тим, що здійснення такої діяльності зачіпає встановлений у фінансовій сфері правопорядок. У зв'язку з цим дер­жава повинна застосовувати в таких випадках жорсткіший режим регулювання, так аби, з одного боку, не допускати зниження підпри­ємницької активності, надлишкових податків, а з іншої — досягти виконання норм, які регламентують якість виробленої продукції, природокористування тощо.

Існує точка зору, згідно з якою дозвільну систему ототожнюють з ліцензуванням (С.Д. Подовшавши, Д.В. Осинцев). Однак в цьому разі не враховується особлива сфера застосування дозволів, перед­бачених спеціальним законом, адже дозвіл дає суб'єктові господарю­вання право на виконання певних дій щодо здійснення господарської діяльності, а ліцензія — на конкретний вид господарської діяльності в разі виконанням визначених критеріїв і вимог.

Закон про дозвільну систему (абз. 2 ч. 1 ст. 1) визначає дозвільну систему у сфері господарської діяльності як сукупність урегульова­них законодавством відносин, що виникають між дозвільними ор­ганами, адміністраторами та суб'єктами господарювання у зв'язку з видачею документів дозвільного характеру. За рамками Закону про дозвільну систему залишаються відносини у сфері ліцензування господарської діяльності, захисту економічної конкуренції, а також дозвільна система, яка поширюється на операції зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими матеріалами і речовинами, сильнодіючими отруйними речовинами, дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії. Відносини у перелічених сферах регламентуються окремими законами і підзаконними нормативно-правовими актами. Це, зокрема: закони України «Про ліцензування певних видів гос­подарської діяльності» від 01.06.2000 р.; «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії» від 11.01.2000 р. тощо. Закон про дозвільну систему не стосується різноманітних реєстраційних процедур, адже в ньому йдеться про діяльність осіб вже наділених статусом суб'єктів господарювання.

Правове регулювання відносин, що складаються в рамках до­звільної системи у сфері господарювання, забезпечується досить широким колом законів і підзаконних нормативно-правових актів. Це, наприклад, закони України «Про планування та за­будову територій», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про рекламу», «Про пожежну безпеку», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», постанова КМУ «Про затвердження Типових правил розміщення зовнішньої реклами» від 29.12.2003 р. N° 2067 тощо.

Суб'єкти дозвільної системи у сфері господарювання поділяються на дві групи: дозвільні органи — це органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, а також підприємства, установи, організації, уповноважені відповідно до закону видавати документи дозвільного характеру, з одного боку, та суб'єкти госпо­дарювання — юридичні особи та фізичні особи — підприємці, що ініціюють відповідні процедури.

Постановою КМУ «Про заходи щодо упорядкування видачі до­кументів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності» від 21.05.2009 р. № 526 введено поняття регіональних дозвільних органів, під якими розуміються територіальні органи міністерств та інших центральних органів виконавчої влади в областях та Автоном­ній Республіці Крим, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські держадміністрації.

До об'єктів дозвільної системи законодавець відносить — зе­мельні ділянки, споруди, будівлі, приміщення, устаткування, обладнання та механізми, що вводяться в експлуатацію або про-

ведення окремої операції, господарська діяльність певного виду, робота та послуга. Наприклад, стосовно будівель, споруд — дозволи на виконання підготовчих робіт, виконання будівельних робіт. Щодо окремих операцій прикладом можуть слугувати: дозвіл на розміщення зовнішньої реклами; дозвіл на розміщення за межами України цінних паперів українських емітентів; щодо господарської діяльності певного виду, роботи та послуги — дозвіл на використання номерного ресурсу; дозвіл Міністерства внутрішніх справ України на використання об'єктів і приміщень, призначених для здійснення діяльності з обігу наркотичних засобів тощо.

До документів дозвільного характеру віднесені дозволи, висновки, погодження, свідоцтва тощо, що дають суб'єкту господарювання | право на здійснення певних дій відносно здійснення господарської *д*іяльності. Даний перелік не є вичерпним.

Тому, до дозвільних документів можна віднести, зокрема: патент; дозвіл органів пожежного нагляду на початок роботи підприємств і оренди приміщень; дозвіл на виконання будівельних робіт; дозвіл Держнаглядохоронпраці на виконання робіт підвищеної небезпеки або експлуатацію об'єктів, машин механізмів, устаткування підви­щеної небезпеки; дозвіл на розміщення малих архітектурних форм (МАФ), рекламних вивісок; тощо. Зокрема, у листі Держкомпідприємництва від 03.09.2007 р. № 6544 зроблений висновок про те, що виходячи з визначення торговельного патенту, закріпленого в ст. 14 ГК України, ст. 2 Закону України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», даний документ має ознаки, які є характерними для документів дозвільного характеру.

Відповідно до положень ст. 4 Закону про дозвільну систему виключно законами, які регулюють відносини, пов'язані з одер­жанням документів дозвільного характеру, встановлюється: необ­хідність одержання документа дозвільного характеру; дозвільний орган, уповноважений видавати документ дозвільного характеру; платність або безоплатність видачі документа дозвільного характеру; строк прийняття рішення про видачу або відмову у видачі документа дозвільного характеру; вичерпний перелік підстав для відмови у видачі та анулювання документа дозвільного характеру; можливість набуття суб'єктом господарювання права на прова­дження певних дій щодо здійснення господарської діяльності за декларативним принципом.

На жаль, певною законодавчою проблемою в цьому аспекті є питання про дозвіл на розміщення об'єкта торгівлі і сфери послуг. Хоча згідно з податковим законодавством передбачено збір за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та сфери послуг; Законом України «Про благоустрій населених пунктів», органи місцевого самоврядування уповноважені на надання дозволу на розміщення будівель і споруд соціально-культурного, побутового, торговельного та іншого призначення. Однак відповідно до Закону про дозвільну ведення окремої операції, господарська діяльність певного виду, робота та послуга. Наприклад, стосовно будівель, споруд — дозволи на виконання підготовчих робіт, виконання будівельних робіт. Щодо окремих операцій прикладом можуть слугувати: дозвіл на розміщення зовнішньої реклами; дозвіл на розміщення за межами України цінних паперів українських емітентів; щодо господарської діяльності певного виду, роботи та послуги — дозвіл на використання номерного ресурсу; дозвіл Міністерства внутрішніх справ України на використання об'єктів і приміщень, призначених для здійснення діяльності з обігу наркотичних засобів тощо.

До документів дозвільного характеру віднесені дозволи, висновки, погодження, свідоцтва тощо, що дають суб'єкту господарювання | право на здійснення певних дій відносно здійснення господарської *д*іяльності. Даний перелік не є вичерпним.

Тому, до дозвільних документів можна віднести, зокрема: патент; дозвіл органів пожежного нагляду на початок роботи підприємств і оренди приміщень; дозвіл на виконання будівельних робіт; дозвіл Держнаглядохоронпраці на виконання робіт підвищеної небезпеки або експлуатацію об'єктів, машин механізмів, устаткування підви­щеної небезпеки; дозвіл на розміщення малих архітектурних форм (МАФ), рекламних вивісок; тощо. Зокрема, у листі Держкомпідприємництва від 03.09.2007 р. № 6544 зроблений висновок про те, що виходячи з визначення торговельного патенту, закріпленого в ст. 14 ГК України, ст. 2 Закону України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», даний документ має ознаки, які є характерними для документів дозвільного характеру.

Відповідно до положень ст. 4 Закону про дозвільну систему виключно законами, які регулюють відносини, пов'язані з одер­жанням документів дозвільного характеру, встановлюється: необ­хідність одержання документа дозвільного характеру; дозвільний орган, уповноважений видавати документ дозвільного характеру; платність або безоплатність видачі документа дозвільного характеру; строк прийняття рішення про видачу або відмову у видачі документа дозвільного характеру; вичерпний перелік підстав для відмови у видачі та анулювання документа дозвільного характеру; можливість набуття суб'єктом господарювання права на прова­дження певних дій щодо здійснення господарської діяльності за декларативним принципом.

На жаль, певною законодавчою проблемою в цьому аспекті є питання про дозвіл на розміщення об'єкта торгівлі і сфери послуг. Хоча згідно з податковим законодавством передбачено збір за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та сфери послуг; Законом України «Про благоустрій населених пунктів», органи місцевого самоврядування уповноважені на надання дозволу на розміщення будівель і споруд соціально-культурного, побутового, торговельного та іншого призначення. Однак відповідно до Закону про дозвільну

систему цього недостатньо для обґрунтування законності вимог до підприємців щодо отримання такого дозволу.

Дозвільна процедура включає в себе загальний порядок видачі до­кументів дозвільного характеру місцевими дозвільними органами, який базується на двох основних принципах (яких дотримуються і в економічно розвинених країнах):

* принцип організаційної єдності, який передбачає наявність адміністратора. Суб'єкт господарювання має право вибору способу отримання документів дозвільного характеру: без­посередньо за зверненням у відповідні місцеві дозвільні органи, представники яких здійснюють прийом суб'єктів господарювання в одному приміщенні, або за зверненням до адміністратора;
* декларативний принцип, згідно з яким суб'єкт господарю­вання набуває право на провадження певних дій щодо здій­снення господарської діяльності без отримання документа дозвільного характеру шляхом повідомлення адміністратора або відповідного дозвільного органу про відповідність його матеріально-технічної бази вимогам законодавства. Порядок такого повідомлення визначений у постанові КМУ від 17 трав­ня 2006 р. № 685 «Про затвердження Порядку повідомлення адміністратора або дозвільного органу про відповідність матеріально-технічної бази суб'єкта господарювання вимогам законодавства» в редакції від 16.09.2009 р.

Слід зазначити, що Закон про дозвільну систему встановлює один випадок, коли суб'єкт господарювання може розпочинати госпо­дарську діяльність за декларативним принципом. Згідно з ч. 5 ст. 4 цього Закону у разі надання на підставі договору оренди чи інших до­говорів у тимчасове користування приміщень (обладнання) за умови збереження виду діяльності і стану цих приміщень (обладнання) від орендаря або іншого користувача не вимагається одержання докумен­та дозвільного характеру на їх використання (експлуатацію), крім використання потенційно небезпечних об'єктів і машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки.

У певних випадках власник (орендар) може розпочати діяльність підприємства за декларативним принципом у разі укладення дого­вору страхування цивільної відповідальності перед третіми особами стосовно відшкодування наслідків можливої шкоди.

Зокрема, відповідно до частин 8, 9 ст. *10* Закону України " Про пожежну безпеку» діяльність новостворених підприємств, ввелен-

об'єктів та об'єктів іншого призначення тощо здійснюється після одержання на це дозволу органів державного пожежного нагляду, крім випадків, коли ведення господарської діяльності можливе за декларативним принципом.

Якщо зазначені підприємства належать до категорії пожежонебезпечних об'єктів, вони можуть розпочати свою діяльність за декла­ративним принципом за умови укладення договорів добровільного страхування відповідальності перед третіми особами. Перелік таких об'єктів, порядок і форма повідомлення встановлені у Порядку ви­дачі органами державного пожежного нагляду дозволу на початок роботи підприємств та оренду приміщень, затвердженому постано­вою КМУ від 14 лютого 2001 р. № 150 у редакції від 19.09.2008 р.

Принцип мовчазної згоди — принцип, згідно з яким суб'єкт гос­подарювання набуває право на провадження певних дій або видів господарської діяльності без отримання відповідного дозвільного документа, за умови якщо ним подано в установленому порядку заяву та документи в повному обсязі, але у встановлений законом строк дозвільний документ або рішення про відмову у його видачі не видано або не направлено.

Строк видачі документів дозвільного характеру становить десять робочих днів, якщо інше не встановлено законом.

## § 5. Ліцензування і патентування господарської діяльності

Ліцензування і патентування певних видів господарської (під­приємницькою) діяльності є засобами державного регулювання у сфері господарювання, спрямованими на забезпечення єдиної дер­жавної політики у цій сфері та захист економічних і соціальних ін­тересів держави, суспільства та окремих споживачів (ч. 1 ст. 14 ГК).

Одержання суб'єктом господарювання свідоцтва про державну реєстрацію ще не означає, що він одночасно наділяється правом на зайняття всіма видами господарської (підприємницькою) діяль­ності. Деякі види господарської діяльності вимагають отримання ліцензії і/або патентів і/або інших дозволів (наприклад, дозвіл на виконання будівельних робіт згідно зі ст. 29 Закону України «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 p.).

Відповідно до ч. 2 ст. 14 ГК України — правові основи ліцензуван­ня і патентування певних видів діяльності визначаються, виходячи з конституційного права кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом (ст. 42 Конституції України), а також принципів господарювання, встановлених у статті 6 ГК.

Слід розрізняти *два види ліцензування* господарської діяль­ності. Перший — у межах господарського обороту України згідно

з Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. Другий — в зовнішньоекономічній діяльності згідно з законодавством про ЗЕД. Останній з вказаних, видів розглянутий у розділі 14 цієї книги.

Відповідно до ст. 1 вказаного Закону України від 01.06.2000 р. ліцензування — це видача, переоформлення і анулювання ліцензій, видача дублікатів ліцензій, ведення ліцензійних справ і ліцензій­них реєстрів, контроль за додержанням ліцензіатами (суб'єктами господарювання, що отримали ліцензію) ліцензійних умов, видача розпоряджень про усунення порушень ліцензійних умов, а також розпоряджень про усунення порушень законодавства у сфері лі­цензування.

Основні напрями державної політики у сфері ліцензування і її законодавчі основи визначає Верховна Рада України, Реалізацію державної політики в цій сфері здійснює Кабінет Міністрів Укра­їни, спеціально уповноважений орган з питань ліцензування, а також органи виконавчої влади, уповноважені Кабінетом Міністрів України, виконавчі органи місцевих рад, спеціально уповноважені проводити ліцензування певних видів господарської діяльності. Перелік органів ліцензування затверджений постановою КМУ від 14.11.2000 p. № 1698. Наприклад, Міністерство праці та соціаль­ної політики України ліцензує посередницьку діяльність з праце­влаштування за кордоном, МВС України — виробництво, ремонт і торгівлю вогнепальною зброєю і боєприпасами і т. д.

Повноваження органів ліцензування визначені в ст. 6 вищена­званого Закону від 01.06.2000 р. Зокрема, такий орган:

* забезпечує виконання законодавства у сфері ліцензування;
* видає та переоформляє ліцензії, видає дублікати ліцензій, приймає рішення про визнання ліцензій недійсними;
* здійснює в межах своєї компетенції контроль за дотриманням ліцензіатами ліцензійних умов;
* анулює ліцензії на певний вид діяльності;
* формує і веде ліцензійний реєстр.

*Таким чином*, *ліцензування — це діяльність повноважних органів державної влади чи місцевого самоврядування з видачі, обліку, переоформлення і анулювання ліцензій (визнання їх недійсними), а також з контролю за дотриманням ліцензіатами ліцензійних умов і законодавства про ліцензування.*

*Ліцензія* — це документ державного зразка, що засвідчує право суб'єкта господарювання — ліцензіата на здійснення вказаного в ньо­му виду господарської діяльності протягом певного терміну за умови виконання ліцензійних умов (ч. З ст. 14 ГК України). Ліцензії вида­ються на *строк не менше 5 років*, якщо інше не передбачено законом.

*Ліцензійні умови* — це встановлений з урахуванням вимог за­конів вичерпний перелік організаційних, кваліфікаційних та інших спеціальних вимог, які є обов'язковими для виконання при прове­

денні (здійсненні) видів господарської діяльності, які підлягають ліцензуванню. Дані ліцензійні умови встановлюються органами ліцензування за узгодженням з Держкомпідприємництвом України.

Перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензу­ванню, наведений у ч. 2 ст.2 і ст. 9 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». До таких видів, зокрема, належать:

* пошук (розвідка) корисних копалин;
* виробництво, ремонт і торгівля вогнепальною зброєю, боєпри­пасами до нього, холодною зброєю;

- виготовлення вибухових речовин і матеріалів (за переліком, який встановлюється Кабінетом Міністрів України);

- видобуток дорогоцінних металів;

- медична практика;

- діяльність арбітражних керуючих;

- посередницька діяльність митного брокера;

- послуги, пов'язані з охороною державної та комунальної влас­ності, інші певні види господарської діяльності.

Повний перелік ліцензованих видів господарської діяльності складає понад 60 пунктів на момент видання цієї книги. *Ліцензуван­ня банківської діяльності, професійної діяльності на ринку цінних паперів та фінансових послуг, зовнішньоекономічної діяльності, діяльності в галузі телебачення і радіомовлення, у сфері електро­енергетики та використання ядерної енергії, освіти та інтелек­туальної власності, виробництва і торгівлі спиртом етиловим, коньячним і плодовим, алкогольними напоями та тютюновими виробами, телекомунікацій, будівництві здійснюється згідно з окремими законами.*

У літературі виділяються різні критерії для ліцензування: не­безпека конкретної діяльності для необмеженого кола осіб, що не беруть участь в її здійсненні; висока прибутковість такої діяльності; ступінь зачіпання конкретним виглядом діяльності суспільного ін­тересу (інтересів здоров'я і безпеки населення) та інтересів держави (державної безпеки). Згідно зі ст. З вказаного Закону ліцензування не може використовуватися для обмеження конкуренції.

Звертає на себе увагу, що *ліцензування притаманне не тільки підприємницькій, але й будь-якій господарській діяльності.* Раніше, до прийняття Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» положення про ліцензування передбачалися в Законі «Про підприємництво». Проте багато суб'єктів, що не були підпри­ємцями (наприклад, установи освіти), здійснювали діяльність, до якої пред'являлися підвищені вимоги до їх якості і безпеки. Тому ліцензування було поширене загалом на господарську діяльність, що

в черговий раз підтверджує цінність єдиного регулювання в рамках галузі господарського, а не підприємницького права.

Для одержання ліцензії суб'єкт господарювання повинен зверну­тися до відповідного органу ліцензування із заявою встановленого зразка і додати документи, які підтверджують свою державну ре­єстрацію і наявність організаційно-майнової бази для виконання ліцензійних умов. Вичерпний перелік документів, що додаються до відповідної заяви, встановлений постановою КМУ від 04.07.2001 р.

Орган ліцензування повинен ухвалити рішення про видачу ліцен­зії або про відмову в її видачі в строк не більше 10-ти робочих днів. Рішення про відмову у видачі ліцензії може бути оскаржене в суді. За видачу ліцензії стягується плата, розмір і порядок зарахування якої до Державного бюджету України визначається Кабінетом Мі­ністрів України (ст.ст. 10,11 і 15 Закону).

Патентування є спеціальною процедурою у сфері легалізації господарської діяльності.

Відповідно до ч. 4 ст. 14 ГК України у сфері торгівлі за грошові кошти (готівка, чеки, а також із використанням інших форм розра­хунків і платіжних карток на території України), обміну готівкових валютних цінностей (зокрема, операції з готівковими платіжними засобами, вираженими в іноземній валюті, з платіжними картка­ми) і побутових послуг, інших сферах, визначених законом, може здійснюватися патентування підприємницької діяльності суб'єктів господарювання. Спеціальним актом тут виступає Заков України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» від 23.03.96 p., особливим документом — торговий патент.

Торговий патент — це державне свідоцтво, що засвідчує право суб'єкта господарювання займатися певними видами підприємниць­кої діяльності протягом встановленого терміну.

На відміну від ліцензування, патентування не вимагає дотри­мання ліцензійних умов. Іншими словами, фактично торговий патент — це *державне свідоцтво, яке підтверджує внесення суб'єктом господарювання плати за право займатися певними видами діяльності у сфері роздрібної торгівлі, грального бізнесу і побутових послуг упродовж встановленого терміну.*

Слід ураховувати, що не будь-яка торгова діяльність підлягає патентуванню, а тільки така роздрібна і оптова торгівля (сфера гро­мадського харчування), яка передбачає продаж товарів за готівкові кошти, інші платіжні засоби (наприклад, дорожні чеки) і з вико­ристанням кредитних карток. Тому торгова діяльність виключно через банки (у безготівковому порядку) не вимагає патентування.

Крім того, не вимагають патентування окремі види торгової ді­яльності за готівкові кошти, передбачені Законом. До таких видів діяльності належить продаж продукції власного виробництва на­йманим робітникам суб'єкта підприємництва, торгівля товарами першої необхідності вітчизняного виробництва згідно з переліком, передбаченим Законом (хліб, продукти дитячого харчування, м'ясо риба і т. п.) і деякі інші.

Нерідко для одного і того ж виду діяльності необхідно отримати і торговий патент, і ліцензію. Прикладом є роздрібна торгівля ал­когольними напоями.

Торгові патенти можуть бути звичайними, пільговими, коротко­строковими і спеціальними. В дрний час Законом від 22.05.2003 р. виключена можливість застосування спеціального торгового патен­ту, суттю якого було підтвердження права підприємця на особливий порядок оподаткування, зокрема, на звільнення від сплати податку на додану вартість, податку на доходи фізичних осіб тощо. Застосу­вання спеціальних торгових патентів розповсюджувалося раніше на території, визначені в порядку експерименту Кабінетом Міністрів України на термін не більше 1 року. Наприклад, в Одеській області спеціальний торговий патент застосовувався в м. Іллічівську.

Звичайний торговий патент видається на строк до 12 місяців, короткостроковий — на строк від 1 до 15 днів. Пільговий торговий патент оплачується в зниженому розмірі і видається на здійснення торгівлі товарами соціальної спрямованості — готові лікарські пре­парати, мило, зошити і деякі інші.

Торговий патент видається суб'єктам підприємництва держав­ними податковими органами за місцезнаходженням цих суб'єктів або за місцем знаходження їх структурних підрозділів. Суб'єктам підприємництва, які здійснюють торгову діяльність або надають по­бутові послуги (окрім пересувної торгової мережі), торговий патент видається за місцезнаходженням пункту продажу товарів або пунк­ту за надання побутових послуг, а підприємцям, які здійснюють торгівлю через пересувну торгову мережу, — за місцем реєстрації цих суб'єктів (ч. З ст. 2 Закону від 23.03.96 p.).

Вартість торгового патенту встановлюється органами місцевого самоврядування залежно від виду діяльності, місцезнаходження пункту продажу товарів тощо, але не вище певних розмірів. Зокрема, вартість торгового патенту для здійснення торгівлі на території м. Києва і обласних центрів складає від 60 до 320 гривень на місяць. Для короткострокового патенту вартість відповідної плати фіксується на рівні 10 грн на день.

За порушення законодавства про патентування суб'єкти під­приємництва несуть господарсько-правову відповідальність згідно зі ст. 8 Закону «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», зокрема:

* за порушення строків оплати торгового патенту — у вигляді нарахування пені на суму боргу у розмірі 120% річних облікової ставки НВУ;
* за порушення порядку використання (розміщення) звичайно­го торгового патенту — у вигляді штрафу, що стягається у розмірі вартості патенту за один місяць;
* — за здійснення операцій, щодо яких передбачається патенту­вання, без одержання торгового патенту — у вигляді штрафу, що стягається в розмірі від двократної до п'ятикратної вартості патенту залежно від його вигляду і сфери діяльності.

Порядок застосування вказаних санкцій підпадає під положення розділу V ГК про адміністративно-господарські санкції.

Торговий патент не можна плутати з патентом, який видається на підтвердження права власності юридичної особи або громадянина на такі об'єкти інтелектуальної власності, як винахід, промисло­вий зразок, корисну модель, нові сорти рослин тощо. Ці об'єкти € нематеріальними активами суб'єкта господарювання, складовими права промислової власності, що іменується ще патентним правом (див. розділ 5 цього підручника).

Право користування об'єктами інтелектуальної власності, під­тверджене відповідним патентом, може бути внесено до статутного фонду (капіталу) господарської організації, передане іншій особі на підставі договору з його власником. Прикладом такого договору служить договір комерційної концесії або ліцензійний договір згідно з главами 75 і 76 ЦК, ст. 156 і главою 36 ГК України.

Торговий патент є індивідуальним дозвільним документом і право на здійснення діяльності, вказаної в ньому, не може бути передано іншій особі.

* Контрольні запитання:
* Що таке легалізація підприємницької і господарської діяль­ності та її значення?
* 2 Назвіть складові інституту легалізації підприємницької і господарської діяльності.

У чому полягають основи законодавчого регулювання і за­гальні положення державної реєстрації суб'єктів господарювання?

* Назвіть відмінності в процедурі державної реєстрації юридич­них осіб і фізичних осіб — підприємців.
* Яка процедура державної реєстрації припинення суб'єктів господарювання?
* У чому полягає порядок ліцензування господарської діяль­ності?
* Порівняйте інститут патентування деяких видів підприєм­ницької діяльності з інститутом ліцензування певних видів госпо­дарської діяльності.
* 81 Що таке дозвільна система і яка її роль в організації господар­ської діяльності?
* Які елементи і принципи дозвільної системи ви знаєте?
* Дайте поняття реєстру документів дозвільного порядку і по­ясніть його значення.

# Розділ 5

# СУБ'ЄКТИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

## § 1. Поняття і види суб'єктів господарського права

Поняття суб'єкта господарського права важливо обґрунтувати не тільки для теоретичного розуміння самостійності галузі госпо­дарського права, але й для практичного сприйняття предмета ГК України.

На сьогоднішній день спостерігається гостра криза концепції поділу суб'єктів майнових відносин на юридичні та фізичні особи. Багато учасників господарських відносин, безсумнівно, виходять за рамки зазначених понять: промислово-фінансові групи, відокремле­ні підрозділи підприємств, інвестиційні фонди та інше. Крім того, господарська практика знає не тільки філії і представництва (як це передбачено в ЦК), але, наприклад, відділення, цехи, відділи й т.п. Дані суб'єкти де факто беруть участь в економічних відносинах. За­тискання тут економічного різноманіття у тверді рамки традиційних цивілістичних конструкцій (юридична або фізична особа, філія або представництво) означало б регрес і перешкоди в розвитку бізнесу.

Ось чому ГК України зберіг досягнуту на початку 2003 року різноманітність організаційно-правових форм суб'єктів господа­рювання. У тому числі ГК не обмежив організаційні форми юри­дичних осіб рамками товариств і установ, як це пропонувалося зробити в первісному проекті ЦК України 1996 року. Під тиском господарсько-правової необхідності в процесі доробки проекту ЦК України в ч. 1 ст. 83 (спочатку — ст. 65) було внесене доповнення проте, що юридичні особи можуть створюватися «в інших формах, встановлених законом».

Законодавство України, у тому числі Конституція України (наприклад, ст, 13) використовують кілька понять, які можуть належати до категорії суб'єкта господарського права: «суб'єкт гос­подарювання», «суб'єкт господарської діяльності», «учасник госпо­дарських відносин». Очевидно, що перші два поняття — синоніми. А от співвідношення понять «суб'єкт господарювання» і «учасник господарських відносин» варто розрізняти.

У відповідності зі ст. 2 ГК України учасниками відносин у сфері господарювання визнаються не лише суб'єкти господарювання, але і споживачі, органи державної влади та органи місцевого самовря­дування, наділені господарською компетенцією, а також громадя­ни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно- господарські повноваження на основі відносин власності. На підставі зазначеної норми, виходячи зі специфіки участі в господарській діяльності та господарській компетенції варто виділити 4 групи учасників господарських відносин.

Першу групу становлять суб'єкти *господарювання*, поняття яких розкрите в ч. 1 ст. 55 ГК України.

Суб'єктами господарювання визнаються учасники господар­ських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, перед­бачених законодавством.

Приклад співвідношення поняття «учасник господарських від­носин» і «суб'єкт господарювання» можна побачити в змісті ч. 2 ст. 23 ГК: відносини органів місцевого самоврядування з суб'єктами господарювання у випадках, передбачених законом, можуть здій­снюватися на договірних засадах. У цьому випадку органи місцевого самоврядування, вступаючи в договірні відносини з суб'єктами господарювання, наприклад, при передачі комунального майна в оренду, стають учасниками господарських відносин.

У ч. 2 ст. 55 ХК України суб'єктами господарювання визнаються:

* господарські організації — юридичні особи, створені відпо­відно до ЦК, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;
* громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Другу групу учасників відносин у сфері господарювання станов­лять *споживачі (ст. 20, ст. 39 ГК).*

У ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» у редак­ції від 01.12.2005 р. приводиться поняття споживача — 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.

Як буде показано нижче, участь громадян-споживачів у госпо­дарських відносинах обмежується їхнім намаганням на дотриман­ня суб'єктами господарювання правил здійснення господарської діяльності.

У третю групу учасників господарських відносин включаються *органи державної влади і органи місцевого самоврядування, наді­лені господарською компетенцією.* Названі органи не є суб'єктами господарювання за ГК України, однак від цього їх роль у сфері господарювання не зменшується. Конституція й закони України відносять до органів державної влади Кабінет Міністрів України, міністерства й інші центральні органи виконавчої влади, органи влади Автономної Республіки Крим, інші державні органи, місцеві органи влади. Але не всякий орган і не в повному обсязі повноважень реалізує господарську компетенцію.

У загальному вигляді компетенція — це покладений законно на уповноважений орган управління обсяг публічних справ.

У господарському праві компетенція охоплює права і обов'язки органів з управління і здійснення господарської діяльності, тобто всі їх права і обов'язки, що належать до галузі господарського права.

Варто враховувати, що компетенція органу управління окреслю­ється шляхом вказівки на його управлінські функції. Зокрема, до учасників господарських відносин можна віднести лише ті органи державної влади і органи місцевого самоврядування, які здійснюють наступні функції:

а) вступають у виробничо-торговельні та інші майнові відносини із суб'єктами господарювання в порядку ст.ст. 8, 13, 23 ГК Укра­їни й ст.ст. 167-176 ЦК України, Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.95 р. тощо. Не випадково, у відповідності зі ст. 1 Закону «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001р. органи державної влади і органи місцевого самоврядування в частині їхньої діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності прирівнюються за статусом до суб'єктів господарювання;

б) здійснюють контроль і нагляд за господарською діяльністю (ст. 19 ГК України), у тому числі при захисті економічної конку­ренції (ст. 18 ГК України);

в) здійснюють управління об'єктами державної і комунальної власності, публічними підприємствами, установами і організаціями (ст.ст. 22, 24 ГК України);

г) легалізують господарську діяльність (ст.ст. 58,59 ГК України);

д) здійснюють державну підтримку суб'єктів господарювання (ст.ст. 47, 48 ГК України);

е) користуються іншими, передбаченими в законі, правами і обов'язками в сфері господарювання.

При визначенні складу господарської компетенції державних органів і органів місцевого самоврядування важливо враховувати, що повноваження таких органів обмежені принципом «дозволено тільки те, що визначено законом». Даний висновок випливає зі змісту ч. З ст. 8 ГК України: «Безпосередня участь держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування у господар­ській діяльності може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України».

До четвертої групи належать *громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господа­рювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження* на основі відносин власності.

Повноваження таких учасників відносин у сфері господарювання засновані на загальних положеннях права власності, закріплених у ст.ст. 319-320 ЦК України, згідно з якими власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону. Він (власник) може використати майно для здійснення підприєм­ницької та іншої діяльності, крім випадків, установлених законом.

Дані положення для сфери господарювання уточнюються в ст. 135 ГК України, відповідно до якої власник майна має право одноосібно або спільно з іншими власниками на основі належного йому (їм) майна засновувати господарські організації або здійснювати господарську діяльність в інших організаційно-правових формах господарювання, не заборонених законом, на свій розсуд визначаючи мету і предмет господарської діяльності, структуру утвореного ним суб'єкта госпо­дарювання, склад і компетенцію його органів управління, порядок використання майна, інші питання управління діяльністю суб'єкта господарювання, а також приймати рішення про припинення гос­подарської діяльності заснованих ним суб'єктів господарювання відповідно до законодавства.

Власник має право здійснювати організаційно-установчі повно­важення також на основі належних йому корпоративних прав (прав засновника/учасника господарського товариства).

Таким чином, права власника щодо створення (заснування) суб'єкта господарювання — юридичної особи знаходяться у тісному взаємозв'язку із правами щодо управління таким суб'єктом господа­рювання, становлячи основу організаційно-господарських відносин. При цьому власник (засновник) може здійснювати свої управлінські функції безпосередньо, наприклад, у приватному, дочірньому або державному підприємстві, у фермерському господарстві, або опо­середковано — через органи управління господарських товариств та інших корпоративних (колективних) суб'єктів господарювання.

З вищесказаного можна дійти висновку, що *регульовані госпо­дарським правом відносини існують не тільки між суб'єктами господарювання, але й за участю інших осіб.* При цьому госпо-

дарське право активно впливає на поведінку останніх з метою за­безпечення єдиного господарського порядку, а не просто пасивно згадує про них. Зокрема, у ст. 75 ГК України наводиться перелік угод державного комерційного підприємства, на здійснення яких необхідна згода органу, наділеного господарською компетенцією. У ст. 20 ГК наводяться способи захисту прав і законних інтересів споживачів у сфері господарювання. У ст. 69 ГК України запропо­новано, що власник (яким може бути і громадянин) зобов'язаний забезпечити для всіх працівників підприємства належні і безпечні умови праці й т.д.

Виникаючі в такий спосіб у рамках господарсько-правового регу­лювання права і обов'язки осіб, що не є суб'єктами господарювання, робить їх суб'єктами господарського права.

Крім того, варто враховувати існування вищевказаних «не­типових» суб'єктів господарювання. У буквальному значенні слова їх не можна віднести ні до суб'єктів господарювання, ні до учасників господарських відносин, тому що закон кожного разу ототожнює учасників господарських відносин з фізичною або юридичною особою. Але такі суб'єкти, як промислово-фінансові групи, відокремлені підрозділи підприємств, просте товариство, інвестиційні фонди, фонди фінансування будівництва і фонди операцій з нерухомістю, — не мають статусу юридичної особи. Дані суб'єкти можуть мати власний баланс, банківські рахунки (відокремлені підрозділи — навіть ідентифікаційні коди і печатки), самостійну податкову звітність, але і їх статус підлягає спеціаль­ному нормативно-правовому регулюванню.

Як підтвердження таких висновків можна привести положення ст. З Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», які відносять до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності:

1. представництва і філії іноземних юридичних осіб, що здійсню­ють на території України господарську діяльність;
2. об'єднання громадян й/або юридичних осіб, які не є юридич­ними особами за законом України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність.

Таким чином, будучи пойменованими в законі і наділеними певними правами і обов'язками, ідентифікаційними даними, зайнявши місце в системі особливих форм оподатковування і об­ліку — дані суб'єкти певним чином суб'єктивуються, стаючи не стільки законодавчою, скільки правовою фігурою — суб'єктами господарського права.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що *суб'єктами господарського права є підприємства, установи, організації, їхні об'єднання, органи, громадяни (учасники господарських відносин), а також інші організаційно-правові форми господа­рювання, які здійснюють господарську діяльність, спожива­ють їі результати або реалізують управлінську компетенцію чи організаційно-установчі повноваження, наділені правами і обов'язками в сфері господарювання.*

Юридичною ознакою суб'єкта господарського права є його госпо­дарська правосуб'єктність, тобто сукупність загальних юридичних можливостей з безпосередньої або опосередкованої участі в госпо­дарській діяльності шляхом набуття відповідних прав і обов'язків.

Повнота правосуб'єктності в різних суб'єктів господарського права не однорідна. Для суб'єктів господарювання, наприклад, вона реалізується в більшості інститутів господарського права. Однак вже в органів державної влади і місцевого самоврядування вона обмеже­на напрямками ведення публічних справ у сфері господарювання.

Не випадково в господарсько-правовій літературі відзначається, що для здійснення різних господарських функцій і видів діяльності суб'єктам господарського права потрібен неоднаковий обсяг правомочностей — різна сукупність юридичних прав й обов'язків1.

У господарсько-правовій літературі серед суб'єктів господар­ського права традиційно не називаються споживачі і громадяни - засновники. Тут проявляється свого роду «слабка ланка» господар­сько-правової теорії: якщо громадянина, що не є підприємцем, визнати суб'єктом господарського права, то, на перший погляд, втрачається своєрідність суб'єктного складу господарських право­відносин у порівнянні з іншими галузевими правовідносинами, у т.ч. цивільними. Однак при більш уважному вивченні виявляється, що подібні сумніви є безпідставними. Сфера господарювання по­збавлена твердих меж, вона існує у взаємодії з іншими суспільними відносинами. Тому господарське право, маючи на меті побудувати цілісну господарську систему країни, а не тільки врегулювати по­ведінку суб'єктів господарювання, змушене впливати на поведінку тих осіб, чиї інтереси так чи інакше перетинаються зі сферою госпо­дарювання. От чому органи управління в сфері реалізації господар­ської компетенції розглядаються суб'єктами господарського права, хоча традиційно такі органи є суб'єктами адміністративного права. Те ж саме можна сказати про споживачів, громадян-засновників й інших негосподарюючих суб'єктів. У тих випадках, коли вони на­діляються господарськими правами або обов'язками, вони стають суб'єктами господарського права.

Але не всі такі суб'єкти мають повну господарську правосуб'єктність. У рамках господарського права громадяни-споживачі, наприклад, наділяються лише правами із захисту від неправомірної поведінки суб'єктів господарювання (ст. 20 ГК України). Такий захист має загальногосподарський характер, ґрунтується на праві споживачів вимагати від суб'єктів господарювання дотримання правил здійснення господарської діяльності (дотримання правил побутового обслуговування населення, правил оформлення роз­рахункових операцій, правил реклами й т.п.). А от безпосередні майнові (у т.ч. договірні) зобов'язання між суб'єктами господа­рювання і громадянами-споживачами не є господарськими згідно з ч. З ст. 175 ГК України. Тому в таких відносинах споживачі є суб'єктами не господарського, а, насамперед, цивільного права.

Нетиповими колективними суб'єктами господарювання можуть бути названі відокремлені підрозділи (структурні одиниці) госпо­дарських організацій, що діють на території України, зокрема філії і представництва, особливо іноземних юридичних осіб. Юридична форма закріплення їх статусу знаходить прояв у тому, що структурні підрозділи суб'єктів господарювання включаються до державного реєстру підприємств і організацій України із самостійним кодом, діють вони на підставі положень, затверджених господарською ор­ганізацією, а їх керівники — на підставі доручення господарської організації. Такі підрозділи можуть мати самостійні банківські рахунки, печатку, власний баланс, самостійну податкову звітність, господарські спори за позовами до таких структурних підрозділів розглядаються за їх місцезнаходженням.

Загальні положення щодо філій і представництв наводяться в ст. 95 ЦК України. Філія — відокремлений підрозділ господар­ської організації, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює всі або частину її функцій. Представництво — це також відокремлений підрозділ господарської організації, що розташова­ний поза її місцезнаходженням та здійснює представництво і захист інтересів юридичної особи. На відміну від філій, представництва не виконують фактичних дій, а їх компетенція обмежена виконанням юридичних дій від імені юридичної особи. Таким чином, філії від­різняються від представництв функціями, які покладають на них юридичною особою.

Класифікація суб'єктів господарювання може бути проведена за декількома критеріями.

На підставі глав 4 «Господарська комерційна діяльність (підпри­ємництво)» і 5 «Некомерційна господарська діяльність» (у тому чис­лі положення статей 42 і 52) ГК України, можна дійти висновку, що за критерієм наявності мети одержання прибутку можна суб'єктів господарювання розділити на два види: комерційний суб'єкт госпо­дарювання (підприємець) і некомерційний суб'єкт господарювання.

Суб'єкти господарювання поділяються також на колективні та індивідуальні. Колективні утворення — це організації та їхні струк­турні підрозділи, а індивідуальні це громадяни — підприємці (або, як їх часто називають, приватні підприємці).

Слід зазначити, що ГК України застосовує поняття громадяни­на, а не фізичної особи, на відміну від ЦК України. Дана обставина деякими авторами відзначається як перевага ГК України, тому що вказує на зв'язок особи з державою і не зрівнює права громадян України із правами іноземців та осіб без громадянства навіть там, де вони різні (наприклад, відносно прав на землекористування, на оподатковування, на вільне місцезнаходження тощо) за законодав­ством України. Позиція ГК у цьому питанні відповідає традиціям вітчизняного і зарубіжного права. Зокрема, правило ст. 129 ГК України говорить, що іноземці та особи без громадянства при здій­сненні господарської діяльності в Україні користуються такими самими правами і мають такі самі обов'язки, як і громадяни Укра­їни, якщо інше не передбачено законом». Це відповідає терміноло­гії Конституції України (ст. 26) і цілком може бути розглянуте як достатнє, щоб не замінювати в господарському законодавстві по­няття «громадянин» на поняття «фізична особа». Водночас, існує і протилежна точка зору, яка виходить із того, що в праві на зайняття підприємництвом реторсії щодо іноземців, осіб без громадянства і біженців, які легально перебувають на території України, у ст. 42 Конституції України, не передбачено. А тому немає підстав звужу­вати поняття фізичної особи до поняття громадянина. Незважаючи на теоретичну дискусійність даного питання, не можна не помітити практичну зручність застосування поняття «громадянин — під­приємець» замість поняття «фізична особа — підприємець», що використано в цьому курсі.

## § 2. Ознаки суб'єктів господарювання

Таким чином, основним суб'єктом господарського права є суб'єкти господарювання: громадяни — підприємці і юридичні особи. їхні ознаки можна узагальнити:

А. Безпосереднє здійснення господарської діяльності, тобто ви­робництво продукції, виконання робіт або надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. З ГК).

Б. Організаційно-правова форма, у якій здійснюється госпо­дарська діяльність, тобто передбачене чинним законодавством України зовнішнє вираження організаційної структури суб'єкта господарювання, що реалізується в конкретному виді підприємства, господарського об'єднання, неприбуткової або іншої організації, що володіють правами юридичної особи, або певному виді відособленого підрозділу, здійсненні господарської діяльності громадянином без утворення юридичної особи.

Перелік організаційно-правових форм юридичних осіб не ви­значається яким-небудь одним законодавчим актом. Водночас, органами статистики узагальнено використання тієї або іншої організаційно-правової форми юридичної особи. У юридичних осіб — суб'єктів господарювання організаційна форма відображаєть­ся на внутрішній структурі керування господарською діяльністю, а також у розподілі на внутрішньогосподарські підрозділи й органи управління (колегіальні або одноособові).

Для громадянина — підприємця наявність внутрішньої орга­нізаційної структури законодавством не передбачається, однак у ГК говориться про здійснення ним господарської діяльності в організаційно-правовій формі без створення юридичної особи. Така організаційно-правова форма підтверджується свідоцтвом про державну реєстрацію такого суб'єкта. Крім того, не можна ви­ключати ситуацію, у якій залучені громадянином — підприємцем наймані робітники, які організовані у відділи або іншим способом структуровані, що знаходить відображення в локальних актах та­кого підприємця.

В. Володіння відокремленим майном означає, що самостійна господарська діяльність для досягнення економічних, соціальних й інших результатів вимагає наявності у суб'єкта господарювання необхідного для цього майна. Таке майно повинне бути закріпле­не за ним рішенням засновників і відображено в самостійному балансі у вигляді основних фондів, оборотних коштів та інших цінностей.

Форми майна, закріпленого за юридичними особами, можуть бути різними. На праві власності — для господарчих товариств, приватних підприємців і кооперативів. На праві господарського відання — для приватних, комунальних і державних підприємств. На праві оперативного управління — для установ і казенних підпри­ємств. На праві оренди — для орендних підприємств. Незалежно від того, на якій правовій підставі закріплене майно за суб'єктом госпо­дарювання, досягається мета майнової відособленості, як необхідна передумова самостійної участі кожного суб'єкта господарювання в безпосередній господарській діяльності й управління нею.

Реалізація господарської компетенції як ознака суб'єкта господарювання означає засновану на законі можливість цього суб'єкта від свого імені здійснювати господарські права й обов'язки. Без сукупності господарських прав та обов'язків суб'єкт господа­рювання не зможе виконувати покладені на нього функції й вирі­шувати поставлені завдання. Суб'єкт господарювання самостійно виступає в господарських правовідносинах через свої органи й представників. Повноваження органів юридичної особи (керівни­ка) закріплюється в установчих документах (ст.92 ЦК України й ст. 65 ГК України). Цими повноваженнями може бути наділена інша особа, чиє право діяти в інтересах суб'єкта господарювання оформлено відповідною довіреністю.

При цьому господарські права й обов'язки розподіляються на два види: а) якими суб'єкт господарювання володіє в силу закону, і б) які прямо законом не передбачені. До перших належить, напри­клад, право на відшкодування збитків, заподіяних господарським правопорушенням (ст. 224 ГК України). До других, наприклад, оперативно-господарські санкції, не передбачені в законі, але за­кріплені в господарському договорі (ч. 2 ст. 236 ГК України).

Д. Самостійна відповідальність за своїми зобов'язаннями. З самого початку діяльність суб'єкта господарювання повинна бути відповідальною, починаючи з наймання працівників і забез­печення соціальних гарантій з використання їх праці, укладення господарських договорів, управління закріпленим за ним майном, • надання своєчасної й достовірної звітності, та закінчуючи рента­бельністю діяльності.

При порушенні господарських договорів, правил здійснення господарської діяльності, організаційних та інших обов'язків до суб'єктів господарювання застосовуються заходи господарсько- правової відповідальності.

За загальним правилом суб'єкти господарювання несуть само­стійну відповідальність за господарські правопорушення. Але мож­ливі й винятки. Наприклад, казенні підприємства несуть відпові­дальність у межах належних їм коштів. Борги, що їх перевищують, покладаються на державу в особі органів, до сфери управління яких належить підприємство (ст. 77 ГК України).

У господарсько-правовій літературі й ст. 55 ГК України вказу­ється на наявність ще однієї ознаки суб'єкта господарювання — легальності (легітимності) його діяльності, тобто його реєстрації у встановленому законом порядку. Водночас така ознака цілком може бути визнана необхідним елементом наділення суб'єкта господарю­вання організаційно-правовою формою й відокремленим майном.

## § 3. Правовий статус громадян — підприємців

Стаття 42 Конституції України закріпила правило, згідно з яким «кожен має право на підприємницьку діяльність, не заборонену законом». Слово «кожен», застосоване в конституційній нормі, дозволяє дійти висновку про об'єктивне право всіх фізичних осіб на підприємництво. Як вказувалося вище, ст. 26 Конституції України та ст. 129 ГК України розповсюдили на іноземців і осіб без громадянства, що легально здійснюють господарську діяльність в Україні, такі самі права й обов'язки, які встановлені для громадян України, за винятком випадків, передбачених законом.

*Фізична особа стає суб'єктом господарювання після реєстрації у встановленому порядку та отримання статусу підприємця.*

Особливістю правосуб'єктності фізичних осіб — підприємців є обсяг майнової відповідальності таких осіб, оскільки вони від­повідають не тільки тим майном, яке використовується ними для здійснення підприємництва, але і всім іншим майном, що належить їм на праві приватної власності (включаючи частку в спільній суміс­ній власності подружжя), окрім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернене стягнення (ч. 1 ст. 52, ст. 366 ГК України).

Фізичні особи — підприємці, які не в змозі задовольнити вимоги кредиторів, пов'язані із здійсненням підприємницької діяльності, можуть бути визнані банкрутом у порядку, встановленому ст.ст. 47-49 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Сучасні приватні підприємці мають практично ідентичний статус з представниками купецького стану Російської імперії (період до 1917 р.) і підприємцями, які вели комерційну діяльність за часів НЕПу. Такі особи повинні були реєструватися в установленому порядку, відповідати за наслідки своєї діяльності всім майном, що належить їм, вести торгові книги і виконувати інші вимоги за­конодавства того часу.

Правовий статус фізичної особи — підприємця має низку *спе­цифічних ознак*, що відрізняють його від суб'єктів господарюван­ня — юридичних осіб:

а) діяльність такого суб'єкта не регламентована статутом, заснов­ницьким договором або іншим актом — напрями його діяльності обмежуються лише законом;

б) він не зобов'язаний, але має право мати рахунок у банку, на нього не поширюються положення про ліміт каси;

в) його правовий статус не передбачає реорганізації або створення (припинення) відособлених підрозділів;

г) фізична особа — підприємець не може входити до складу гос­подарського об'єднання і промислово-фінансової групи;

д) після завершення процедури банкрутства такий суб'єкт має право знову займатись підприємницькою діяльністю;

є) крім «звичайних» (добровільного та примусового за рішенням суду) способів припинення фізична особа—підприємець може при­пинити діяльність також у разі смерті або оголошення судом зни­клою без вісти або померлою, визнання її недієздатною або обмежено дієздатною. Проте законодавчо не вирішені питання виконання в даному випадку довгострокових договорів, за якими даний суб'єкт є стороною, а також захисту прав найнятих ним працівників.

Слід враховувати, що майно приватного підприємця, придбане ним у період зайняття підприємницькою діяльністю і перебування у шлюбі, за загальним правилом є сумісною власністю подружжя. У цій сфері також немало колізій. Наприклад, із питань визначення обсягу податкових зобов'язань подружжя, зобов'язань щодо відшко­дування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки, при застосуванні способів забезпечення цивільно-правових зобов'язань або при обранні судами заходів із забезпечення позовних вимог. Важливо найближчим часом законодавчо визначити підстави відме­жування майна, що використовується особою для підприємницької діяльності, від його особистого майна. Деякі дослідники пропонують вирішувати ці питання за допомогою даних книги обліку доходів і витрат, які веде фізична особа — підприємець.

Як випливає із змісту ст. 50 ГК України, право на здійснення підприємницької діяльності має фізична особа з повною цивільною дієздатністю.

Нагадаємо, що повна цивільна дієздатність настає:

* при досягненні особою повноліття (18 років);
* до повноліття — з моменту вступу у шлюб у випадках, коли це дозволено законодавством.

Крім того, згідно зі ст. 35 ГК України повна дієздатність за на­явності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), опікуна або органу опіки та піклування може бути надана громадянинові, який:

* 1. досяг 16 років і працює за трудовим договором;
  2. записаний матір'ю або батьком дитини;
  3. досяг 16 років і бажає займатися підприємництвом.

В останньому випадку громадянин набуває повної цивільної діє­здатності з моменту державної реєстрації як підприємець.

Правоздатність і дієздатність фізичної особи може бути обмежена судом лише у випадках і в порядку, передбачених законом. При обмеженні дієздатності громадянин втрачає право на здійснення підприємницької діяльності.

Конституцією України, законами України «Про державну служ­бу», «Про запобігання та протидію корупції», «Про господарські товариства» та іншими законами встановлюються *обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності.*

На підставі аналізу чинного законодавства можна систематизу­вати категорії осіб, яким заборонено займатися підприємницькою діяльністю. Це:

* Президент України, члени Кабінету Міністрів України, по­садові особи центральних державних і місцевих органів дер­жавної влади, інші державні службовці;

- народні депутати України і депутати місцевих рад;

-- посадові особи органів прокуратури, суду, державної безпеки, внутрішніх справ, нотаріату;

- військовослужбовці, а також громадяни, які проходять аль­тернативну службу;

особи, яким вироком суду заборонено здійснення підприєм­ництва впродовж певного строку.

Слід ще раз зауважити, що володіння корпоративними правами згідно зі ст.167 ГК України не є підприємництвом, тому вищеза­значені категорії осіб не позбавлені права виступати засновниками господарських товариств, купувати і продавати акції, крім випад­ків, коли вказані операції з купівлі-продажу акцій спрямовані на отримання прибутку.

## § 4. Підприємство як основний господарюючий суб'єкт

Підприємство є основною ланкою господарського комплексу. Поняття підприємства застосовується в господарському, подат­ковому, земельному, бюджетному, нарешті, адміністративному і кримінальному законодавстві України.

Водночас, не припиняються дискусії в економічній і юридичній літературі з приводу суті поняття «підприємство». У їх основі — два питання: 1) є підприємство об'єктом чи суб'єктом права, і 2) яке співвідношення поняття підприємства з поняттям юридичної особи?

Згідно зі ст. 62 ГК України *підприємство — це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в поряд­ку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами*

ЦК України в ст. 191 говорить про цілісний майновий комплекс підприємства як про об'єкт права. Проте це не означає, що підпри­ємство, завдяки ЦК України, втрачає статус суб'єкта правовідносин. Про це, зокрема, свідчать ст.ст. 152,167,169, 708, 722, 913, 916, 918, 972 ЦК України, в яких застосовується поняття підприємства як суб'єкта майнових правовідносин. Тому поняття «підприємство» лише в окремому значенні (як цілісний майновий комплекс) може розглядатися як об'єкт майнових прав. У найбільш поширеному зна­ченні таке поняття характеризує суб'єкта майнових правовідносин.

Сьогоднішні спроби деяких дослідників розглядати підприєм­ство винятково як річ (майно), є не що іншим, як нав'язуванням сучасним поколінням термінів, що існували в дореволюційній Росії і склалися в деяких західних країнах. Адже не можна не помічати, що традиції правозастосування сьогоднішньої України мають своє власне коріння, яке не можна ігнорувати.

Зокрема, Конституція України в статтях 37,46,86,103,120,142, 143 говорить про підприємство як про суб'єкт, а не об'єкт права. Нові Бюджетний, Земельний, Кримінальний, Господарський кодекси, переважна більшість інших законодавчих актів розглядають під­приємство як суб'єкт правовідносин. Аналогічний підхід застосову­ється в Німеччині і в інших країнах, в законодавстві Європейського Союзу (наприклад, в ст.ст. 85,86 Римського договору 1957 p.).

Тому слід говорити не стільки про підприємство як об'єкт май­нових прав, скільки про цілісний майновий комплекс підприємства як об'єкт таких прав. Так, відповідно до ч. З ст. 66 ГК України ці­лісний майновий комплекс підприємства визнається нерухомістю і може бути об'єктом купівлі-продажу і інших угод, на умовах і в порядку, визначених цим Кодексом і законами, прийнятими від­повідно до нього.

Питання про *співвідношення поняття підприємства і понят­тя юридичної особи вимагає поглиблення в економіко-правову природу сучасних господарських відносин.*

У сьогоднішній фінансово-монополістичній економіці діяль­ність суб'єктів господарювання не може бути вільною, особливо у відносинах між засновником і юридичною особою, між дочірньою і материнською компанією. В результаті з'являються суб'єкти, що формально вважаються юридичними особами, але позбавлені кла­сичних цивілістичних ознак юридичної особи (майнова відособле­ність, рівність з іншими суб'єктами, самостійна відповідальність, автономна воля тощо). В юридичній літературі наголошується, що за ситуації, коли держава і інші крупні власники капіталу «у будь- який момент можуть вторгнутися (і дійсно роблять це) у відносини між рівноправними суб'єктами, категорія юридичної особи розми­вається до такого ступеня, що дослідники починають пошук іншої правової конструкції» . Як результат, на заході народилася *теорія персоніфікації підприємств.* У СРСР її аналогом виступила теорія господарського органу, яка згодом була витіснена розумінням Під­приємства як суб'єкта права. Основи правового положення підприємства регламентовані в розділі 7 ГК України. Підприємства можуть створюватися як для здійснення підпри­ємництва, так і для некомерційної господарської діяльності. У цьому відмінність підходу ГК України до поняття підприємства від того, що існував раніше в Законі «Про підприємства в Україні» 1991 року. Останній пов'язував поняття підприємства винятково з прибутковіс­тю, що не відповідало всій різноманітності виробничих відносин. Так, державні ортопедичні підприємства створюються для задоволення соціальних потреб інвалідів, а не для отримання прибутку. Допустив­ши існування некомерційних підприємств, ГК України утвердив як основну програмно-виробничу, а не комерційну суть підприємства.

Підприємство має права юридичної особи. Воно, якщо законом не встановлене інше, діє на основі статуту, має відособлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку зі своїм найменуванням і ідентифікаційним кодом. Підприємство має право створювати філії, представництва, відділення та інші відокремлені підрозділи, самостійно визначати чисельність працівників і штат­ний розклад, зобов'язано вести податковий і бухгалтерський облік, здавати звітність в установленому порядку.

Відповідно доч. 5 ст. 62 ГК України підприємство не має в своєму складі інших юридичних осіб. Це означає протиставлення поняття підприємства поняттю господарського об'єднання. Адже засновник підприємства, навіть якщо таким виступає юридична особа, не може розглядатися таким, що «входить до складу» підприємства. Тоді як для учасника господарського об'єднання характеристика заснов­ника «входить в склад» повністю виправдана. Звідси і важлива характеристика — учасники об'єднання на відміну від засновників підприємства вимушені в тому або іншому ступені підкорятися в своїй господарській діяльності рішенням об'єднання.

Власник здійснює свої права щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноважені ним органи (наприклад, наглядова рада AT) відповідно до статуту підприємства або інших засновницьких документів.

Для керівництва господарською діяльністю підприємства влас­ник (власники) або уповноважений ним орган призначає (обирають) керівника підприємства, укладаючи з ним трудовий контракт.

Керівник підприємства без довіреності діє від імені підприємства, представляє його інтереси у відносинах з іншими особами, формує адміністрацію підприємства і вирішує питання діяльності підпри­ємства в межах і порядку, визначених установчими документами.

ГК України у багатьох випадках встановлює гарантії свободи і самостійності діяльності підприємств. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 71 Кодексу відомості, не передбачені законом, підприємство надає органам управління і суб'єктам господарювання тільки на договірній основі або в порядку, передбаченому засновницькими документами підприємства.

У ст.ст. 65, 69 ГК України встановлені *основи соціальних вза­ємин усередині підприємства. Цим підкреслюється, що підпри­ємство* — *це не простий набір майна і майнових прав, а складно організований соціальний організм.*

Зокрема, на всіх підприємствах, що використовують найману працю, між власником або уповноваженим ним органом і трудовим колективом або уповноваженим ним органом повинен укладатися колективний договір, яким регулюються виробничі, трудові і со­ціальні відносини трудового колективу з адміністрацією підпри­ємства.

Рішення з соціально-економічних питань, які стосуються діяль­ності підприємства, повинні вироблятися і прийматися його орга­нами управління за участю трудового колективу і уповноважених ним органів (ч. 9 ст. 65 ГК України).

Майно підприємства складають виробничі і невиробничі фонди, а також інші цінності, вартість яких відображається в самостійному балансі підприємства.

Держава гарантує захист майнових прав підприємства. Вилу­чення державою у підприємства майна, яке ним використовується, здійснюється лише у випадках і порядку, передбачених законом (ч. 7 ст. 66 ГК України).

Власник, органи управління підприємства зобов'язані забезпе­чити для всіх працівників підприємства належні і безпечні умови праці (ч. 4 ст. 69 ГК). Підприємство з шкідливими умовами праці створює окремі цехи, ділянки для надання жінкам, неповнолітнім і окремим категоріям працюючих більш легкої роботи (ч. 5 ст. 69) тощо.

Залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти наступні види підприємств (ст. 63 ГК України):

приватне підприємство, що діє на основі приватної власності громадян або суб'єкта господарювання (юридичної особи);

1. підприємство, що діє на основі колективної власності (підпри­ємство колективної власності);
2. комунальне підприємство, що діє на основі комунальної влас­ності територіальної громади;
3. державне підприємство, що діє на основі державної власності;
4. підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності).

У випадку якщо в статутному фонді підприємства іноземна інвестиція складає не менше десяти відсотків, воно визнається *підприємством з іноземними інвестиціями. Підприємство, в статутному фонді якого іноземна інвестиція складає сто відсот­ків, вважається іноземним підприємством. Спеціальним законом для цих видів підприємств є Закон України «Про режим іноземного інвестування».*

Залежно від способу утворення (заснування) і формування статутного фонду в Україні підприємства діляться на унітарні та корпоративні.

*Унітарне підприємство* створюється одним засновником. За­сновник виділяє необхідне для підприємства майно, формує від­повідно до закону статутний фонд, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через призначеного ним керівника управляє підприємством і формує його трудовий колектив на основах трудового найму, вирішує питання реорганізації і ліквідації підприємства.

*Корпоративне підприємство* утворюється, як правило, дво­ма або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна і/або підприємницької або трудо­вої діяльності засновників (учасників), їх загального управління справами, на основі корпоративних прав, зокрема через створювані ними органи, участі засновників (учасників) в розподілі доходів і ризиків підприємства.

Таким чином, вирішальним для розмежування корпоративних і унітарних підприємств є критерій єдності або роздільності прав засновників (засновника) на майно цього підприємства. Корпора­тивними підприємствами завжди виступають кооперативи, госпо­дарські товариства, підприємства, засновані на власності двох або більше осіб (наприклад, підприємство, створене подружжям). Уні­тарними можуть бути державні і комунальні підприємства, підпри­ємства, створені одноосібно об'єднанням громадян або релігійною організацією, інші дочірні підприємства, а також підприємства, створені на основі приватної власності засновника.

У читача може виникнути питання: «Навіщо одній особі створю­вати корпоративне підприємство»? Чинне законодавство (ст. 114 ЦК України, ст. 79 ГК України) дійсно допускає створення однією особою акціонерного товариства, товариства з обмеженою і додатко­вою відповідальністю. Ця можливість має економічний сенс у тому випадку, якщо первісний засновник господарського товариства має намір надалі залучити інвесторів для участі в капіталі підпри­ємства і, відповідно, поділитися владою. Адже склад засновників таких підприємств у будь-який момент може бути збільшений без зміни організаційно-правової форми підприємства. Водночас, особі доцільно створювати унітарне підприємство, якщо воно має намір у майбутньому самостійно здійснювати управління підприємством як засновник.

Важливо враховувати, що юридичне та економічне значення корпоративності (унітарності) можуть не співпадати.

Підприємство може бути унітарним в економічному сенсі, але бути корпоративним в юридичному сенсі, і навпаки. Наприклад, державним корпоратизованим підприємством є акціонерне това­риство, яке може мати одного засновника — державу. Аналогічна ситуація виникає у тому випадку, коли один із засновників (учас­ників) господарського товариства володіє контрольним пакетом акцій або має іншу можливість вчиняти вирішальний вплив на процеси управління підприємством. Таке підприємство є корпо­ративним в юридичному сенсі, але унітарним з економічної точки зору. Навпаки, підприємство, одноосібно створене господарським товариством або об'єднанням громадян, є унітарним в юридичному сенсі, але корпоративним в економічному сенсі, оскільки джерело влади засновника має колективну природу. Ці положення важливо враховувати при з'ясуванні очікуваних результатів корпоратизації того чи іншого підприємства.

Залежно від кількості працюючих і обсягу валового доходу від реалізації продукції за рік підприємства поділяються ГК України на *малі*, *середні або крупні підприємства (див. ч. 7 ст. 63 ГК). Ця класифікація має значення для формування економічної полі­тики у сфері податкових і господарських (організаційних) пільг, а також розмежування режимів державної підтримки, України, що надається законодавством, тим чи іншим підприємствам.*

У випадках існування залежності від іншого підприємства, під­приємство визнається дочірнім (залежним). При цьому материн­ська компанія і дочірнє підприємство визнаються асоційованими підприємствами.

Важливо враховувати, що і унітарне, і корпоративне підпри­ємства (в обох випадках — в юридичному сенсі) можуть бути дочірніми. Корпоративне підприємство вважається дочірнім, якщо його засновник — юридична особа володіє контрольним пакетом акцій або іншим переважним правом на управління підприємством. Для корпоративних дочірніх підприємств ГК України (ст. 126) передбачає просту або вирішальну залежність від материнської компанії. В основі цього поділу покладено питання про обсяг прав материнської компанії: зводяться вони тільки до права блокувати рішення, що вимагають кваліфікованої більшості засновників залежного підприємства, або вирішального права на управління підприємством, зокрема при володінні контрольним пакетом акцій залежного підприємства.

## § 5. Установчі документи суб'єктів господарювання

Для створення суб'єкта господарювання - юридичної особи його засновники розробляють і підписують установчі документи.

На жаль, чинне законодавство не містить дефініції «установчі документи», а лише визначає склад таких документів і вимоги до них (ст. 88 ЦК України, ст. 57 і ч. З ст. 62 ГК України).

*Установчі документи можна визначити як юридичні докумен­ти, в яких виражена воля кількох осіб спільно створити юридичну особу, наділити її майном у формі внесків учасників, визначається правовий статус юридичної особи, взаємовідносини учасників з нею, а також відносини учасників між собою в процесі управління юридичною особою та отримання результатів від її діяльності.*

Склад установчих документів юридичних осіб обмежений загаль­ними і спеціальними вимогами закону. Загальні вимоги полягають у тому, що якщо інше не вказане в законі, установчими документами суб'єкта господарювання є рішення про його створення або заснов­ницький договір. Статут і положення як установчі документи засто­совуються лише у випадках, вказаних у законі. Зокрема, на підставі статуту діють підприємства, якщо інше не передбачено в законі (ч.З ст. 62 ГК України). Спеціальні вимоги закону відносно установчих документів юридичних осіб поширюються на окремі організаційно- правової форми господарювання. Наприклад, Законом «Про коопе­рацію» від 10.07.2003 р. передбачено, що кооперативні об'єднання діють на підставі засновницького договору і статуту.

Залежно від організаційно-правової форми юридичних осіб можна систематизувати склад необхідних установчих документів:

— статут (для акціонерних товариств, товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю, кооперативів, підприємств колектив­ної власності, державних і комунальних унітарних підприємств, концернів, консорціумів, установ освіти і охорони здоров'я, благо­дійних організацій, об'єднань співвласників багатоквартирного будинку, політичних партій, громадських і релігійних організацій);

1. засновницький договір (для повних і командитних товариств, корпорацій);
2. статут і засновницький договір (для асоціацій, кооперативних об'єднань і фермерських господарств);
3. установчий акт (для установ, що створюються в порядку ст. 83 ЦК України);
4. положення (для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, відособлених підрозділів юридичних осіб).

Зміст установчих документів складають положення, які умовно можна розділити на три групи:

а) загальні положення, обов'язкові для певних груп суб'єктів гос­подарювання (господарських товариств, банків, фондових бірж та ін.);

б) специфічні положення, обов'язкові для окремих видів суб'єктів господарювання в межах певних груп (товариство з об­меженою відповідальністю, повне товариство);

в) інші положення на розсуд засновників за умови, що ці поло­ження не суперечать чинному законодавству.

В установчих документах мають бути вказані найменування і місцезнаходження юридичної особи, мета і предмет господарської діяльності, склад і компетенція його органів управління, порядок прийняття ними рішень, порядок формування майна, розподілу прибутків і збитків, умови його реорганізації і ліквідації, якщо інше не передбачене законом.

Установчі документи господарського товариства повинні містити також відомості про вид товариства, предмет і цілі його діяльності, ' склад засновників та учасників, склад і компетенцію органів товари­ства і порядок прийняття ними рішень, включаючи перелік питань, за якими необхідна одноголосність або кваліфікована більшість голосів, інші відомості, передбачені законом (ст. 82 ГК України).

*Статут* — акт, що визначає правове положення підприємства, повинен містити відомості про найменування і місцезнаходження, мету і предмет діяльності, розмір і порядок утворення статутного та інших фондів, порядок розподілу прибутків і збитків, про органи управління й контролю, їх компетенцію, порядок ухвалення ними рішень, порядок та умови реорганізації і ліквідації суб'єкта госпо­дарювання, відомості, пов'язані з особливостями організаційної форми юридичної особи, а також інші відомості, що не суперечать законодавству України.

Статут *акціонерного товариства* повинен містити також відо­мості про види і вартість акцій, що випускаються, співвідношення акцій різних видів, кількість акцій, які купуються засновниками і наслідки невиконання зобов'язань щодо викупу акцій.

Статут *товариства з обмеженою відповідальністю* повинен містити також відомості про розмір частки кожного з учасників, розмір, склад і порядок внесення ними внесків. Статутом може бути встановлений порядок визначення розміру часток учасників у разі зміни вартості майна, внесеного у статутний фонд, і додаткових внесків учасників.

У статуті *виробничого кооперативу* визначаються найменуван­ня, місцезнаходження, предмет і цілі діяльності, порядок вступу, виходу, підстави і порядок виключення з нього, права й обов'язки членів, органи управління і контролю, їх компетенція, порядок утворення майна кооперативу і розподілу доходу (прибутку), умови реорганізації і припинення діяльності, а також інші положення, пов'язані з особливостями діяльності кооперативу, які не суперечать законодавству України.

У статуті *сільськогосподарського виробничого кооперативу*, окрім вищезгаданого, закріплюються порядок визначення розміру і поря­док внесення вступного внеску і паю, формування неподільного й ін­ших фондів, форми трудової участі, оплати праці членів кооперативу і форми господарської участі членів кооперативу, співвідношення між кооперативними виплатами і виплатами на пай.

Відповідно до ч. 4 ст. 5 7 ГК України у визначених законом випад­ках замість статуту приймається *положення.* Зокрема, положенням визначається господарська компетенція органів державної влади, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів у випадках, визначених законом. Положенням визначається також структура і порядок діяльності структурних підрозділів підприємств.

*Засновницький договір* — це спосіб організації суб'єктів підпри­ємницької діяльності за допомогою угоди про узгодження і взаємні дії в управлінській і майновій сферах.

Правова природа засновницького договору дотепер є предметом дискусій, оскільки деякі автори вважають його різновидом до­говорів про спільну діяльність (наприклад, В. Луць виділяє два види спільної діяльності: 1) без створення юридичної особи; 2) із щк створенням юридичної особи), а інші — окремим видом договорів Ж: про створення юридичної особи. Деякі автори вважають, що ГК України дає підстави для висновку про об'єднання обох цих точок зору в концепції Кодексу.

Слід враховувати, що на сьогоднішній день сфера застосування засновницького договору значно звужена, в порівнянні із законо­давством, що діяло до прийняття ГК і ЦК України. Зокрема, заснов­ницький договір вже не є обов'язковим установчим документом для акціонерного товариства, товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю.

Засновницький договір покликаний визначити порядок і умови узгодженої діяльності засновників повного і командитного това­риства, асоціацій і корпорацій. У ньому засновники визначають порядок спільної діяльності при створенні юридичної особи, умови передачі йому свого майна, порядок розподілу прибутків і збитків, управління й участі в його діяльності, інші умови господарювання в рамках закону, в т.ч. порядок припинення діяльності.

Засновницький договір *повного і командитного товариств* пови­нен також визначати розмір частки кожного з учасників, форму їх участі у справах товариства, розмір, склад і порядок внесення ними внесків. Щодо вкладників командитного товариства, то в заснов­ницькому договорі вказуються тільки сукупний розмір їх частки в майні товариства і розмір, склад і порядок внесення ними внесків.

Особливістю завновницького договору слід визнати його спеці­альний часовий характер, оскільки він набирає чинності з моменту підписання його засновниками, а не з моменту реєстрації, і дія його не втрачається після вибуття учасника з товариства або внесення запису про припинення підприємства. Тільки таким чином можна пояснити встановлене ч. З ст. 124 ЦК України правило про те, що учасник повного товариства, який вибув із товариства, відповідає за зобов'язаннями товариства, що виникли до моменту його вибут­тя, протягом трьох років з дня затвердження звіту про діяльність товариства за рік, у якому він вибув із товариства.

Слід відрізняти засновницький договір від звичайних цивільно- правових договорів. Основна відмінність — даний документ має організаційно-управлінську природу (закріплюючи внутрішньоорганізаційні питання діяльності підприємства і порядок управління ним), на відміну від майнової природи цивільно-правового договору.

Від договору про спільну діяльність засновницький договір від­різняється тим, що в результаті укладення останнього створюється нова юридична особа. Крім того, з договору про спільну діяльність виникають відносини спільної часткової власності учасників на створене або придбане ними майно (включаючи отримані доходи). Внаслідок укладення засновницького договору такого не відбува­ється, оскільки власником майна стає створена засновниками нова юридична особа.

*Установчий акт* — рішення про створення установи в порядку гл. 7 ЦК України. Особливістю установи за ЦК України є те, що нею є організація, створена засновниками, які не беруть участі в

управлінні нею, шляхом об'єднання їхнього майна для досягнення певної мети за рахунок цього майна (ст. 83 ГК України). Це накладає свій відбиток на особливість змісту установчого акта, який повинен містити мету створення установи, склад майна, що передається за­сновниками, структуру управління установою.

Водночас слід враховувати, що згідно з ч. З ст. 83 ЦК України особливості окремих видів установ визначаються законом. Напри­клад, установи охорони здоров'я діють на підставі статуту згідно зі ст. 16 Основ законодавства України про охорону здоров'я.

Відповідно до ст. 57 ГК України установчим документом також може бути *рішення засновників.* Наприклад, при заснуванні командитного товариства одним повним учасником замість заснов­ницького договору підписується одноосібна заява *(меморандум).*

Установчі документи не можна плутати з *договорами про засну­вання юридичних осіб,* які не названі законом як обов'язкові заснов­ницькі документи юридичної особи. Такі договори засновників не підлягають обов'язковій реєстрації на відміну від установчих документів. Так, ст. 142 ЦК України встановлює, що у разі ство­рення ТОВ його засновники при необхідності можуть визначити взаємовідносини між собою щодо створення товариства в договорі, який встановлює порядок заснування товариства, розмір статутного капіталу, частку в статутному капіталі кожного з учасників, строки і порядок внесення вкладів та інші умови. Аналогічні правила вста­новлені ст. 153 ЦК і ст. 81 ГК України для договору про заснування акціонерного товариства.

Дія даного договору про установу юридичної особи може вияви­тися лише за умови, що юридична особа не буде створена. Можна поставити питання: чи спричинить порушення або визнання не­дійсним договору засновників, не названого законом як установчий документ, припинення державної реєстрації створеного суб'єкта господарювання — юридичної особи? На дане питання слід дати нега­тивну відповідь. Адже підписання установчих документів юридичної особи, що пройшли державну реєстрацію, фактично означає згоду на припинення раніше існуючих домовленостей. В даному випадку в наявності новація, що підлягає застосуванню за аналогією зі ст. 604 ЦК і ст. 202 ГК України.

## § 6. Державні та комунальні унітарні підприємства. Казенні підприємства

*Державне (комунальне) унітарне підприємство* — це само­стійний суб'єкт господарювання, який утворюється компетентним органом державної влади (місцевого самоврядування) в розпорядчо­му порядку на базі відокремленої і неподільної на частки державної (комунальної) власності, і входить до сфери управління такого органу (ст.ст. 73, 78 ГК України).

*Особливі риси* унітарного державного (комунального) підпри­ємства полягають у наступному:

-підприємство має *цільову* правоздатністю, тобто повинно враховувати при визначенні стратегії здійснення господарської ді­яльності державні (муніципальні) замовлення, контракти та інші договірні зобов'язання, які є обов'язковими для виконання;

-таке підприємство створюється компетентним органом дер­жавної влади (місцевого самоврядування) в розпорядчому порядку, тобто для створення такого суб'єкта компетентний орган повинен прийняти управлінський акт (наказ, розпорядження, тощо), що закріплює основні положення правового статусу, повноваження, види діяльності, розмір статутного фонду, які стануть підставою для розробки статуту підприємства і його реєстрації в установле­ному порядку;

-зареєстроване підприємство належить до сфери управління органу, який створив його своїм владним розпорядженням (при цьому орган управління виконує всі функції власника в межах, встановлених законодавчими актами);

-підприємство створюється на базі відокремленої частини дер­жавної (комунальної) власності, як правило, без поділу її на частки, а на момент реєстрації суб'єкта господарювання статутний фонд має бути сформований у повному обсязі (на відміну, наприклад, від ТОВ, при створенні якого достатньо внесення 50% статутного фонду). Мінімальний розмір статутного фонду державного підприємства встановлюється законом, а комунального підприємства — відпо­відною місцевою радою. Наприклад, комунальні підприємства, засновані Одеською міською радою, повинні сформувати статутний фонд у розмірі не менш 5 тис. грн;

-майно належить такому підприємству на праві господарського ведення (державне або комунальне комерційні підприємства) або праві оперативного управління (казенне підприємство, комунальне некомерційне підприємство), право власності на майно зберігаєть­ся за державою або територіальною громадою відповідно. Саме у зв'язку із зазначеним даний вид підприємств визнається вченими різновидом *підприємствневласників*

-законодавство встановлює спеціальні вимоги до найменування унітарного підприємства — воно повинне містити слова «державне підприємство», «казенне підприємство» або «комунальне підпри­ємство» (наприклад, комунальне підприємство «Обленергоінвест»);

-органом управління унітарного підприємства є одноосібний керівник, який призначається органом управління і підзвітний йому. Законом можуть бути визначені особливості статусу керів­ника, зокрема встановлена підвищена відповідальність керівника за результати роботи підприємства.

Державні (комунальні) унітарні підприємства підрозділяються на *2 групи:*

*- державні або комунальні комерційні підприємства;*

*— казенне підприємство або комунальне некомерційне підпри­ємство.*

Дані різновиди розрізняються за декількома підставами:

* 1. державне (комунальне) комерційне підприємство є суб'єктом підприємницької діяльності і діє на принципах підприємництва, а казенне та комунальне некомерційне підприємство — є некомерційним суб'єктом господарювання;
* основна мета діяльності державного (комунального) комер­ційного підприємства — отримання прибутку, а казенного та ко­мунального некомерційного — задоволення інтересів товариства і держави. Виходячи з вказаного, комерційне підприємство діє на свій страх і ризик і несе відповідальність всім або практично всім своїм майном. Водночас казенне (комунальне некомерційне) під­приємство може займатися навіть збитковою діяльністю, і в цьому випадку держава в особі органу управління (або відповідний орган місцевого самоврядування) зобов'язані компенсувати підприємству збитки від такої діяльності;
* комерційне державне (комунальне) підприємство може бути створене за рішенням будь-якого органу державної влади (органу місцевого самоврядування), який уповноважений на створення такого підприємства, а казенне підприємство створюється лише за рішенням Кабінету Міністрів України;
* казенні підприємства можуть бути створені тільки в певних галузях народного господарства (наприклад, якщо законом дозво­лено здійснення такої господарської діяльності тільки державним підприємствам), комерційні підприємства можуть створюватися в будь-якій сфері господарювання;
* державне унітарне комерційне підприємство може бути пере­творене на корпоратизоване підприємство (державне акціонерне товариство) у випадках і порядку, передбачених законом; ст. 24 ГК також передбачає можливість утворення корпоративних комунальних підприємств, якщо у статутному фонді не менш 50% і комунальної власності; відносно казенних підприємств корпоратизація заборонена;
* державному (комунальному) комерційному підприємству майно належить на праві повного господарського ведення, а казенному — на праві оперативного управління.

*Майнові права і обов'язки державного комерційного підпри­ємства* зводяться до нижченаведеного:

а) підприємство не має права безкоштовно передавати майно, що належить йому, іншим юридичним особам або громадянам, крім випадків, передбачених законом;

б) тільки за попередньої згоди органу управління і, як правило, на конкурентних засадах підприємство має право відчужувати, передавати в заставу майнові об'єкти, що належать до основних фондів, здавати в оренду цілісні майнові комплекси своїх струк­турних одиниць і підрозділів;

в) списання з балансу не повністю амортизованих основних фон­дів, а також прискорена амортизація основних фондів державного комерційного підприємства можуть проводитися тільки з відома органу, в сферу управління якого входить дане підприємство;

г) підприємство володіє, користується і розпоряджається пере­даним йому майном із обмеженням правомочності розпорядження;

д) несе відповідальність за наслідки своєї діяльності всім майном, що належить йому, як і будь-які інші суб'єкти господарювання;

є) держава і орган управління не несуть відповідальності за його зобов'язаннями, крім випадків, передбачених ГК та іншими законами;

ж) підприємство зобов'язане виконувати фінансові плани, які щорічно доводяться до нього, державні замовлення і завдання;

з) для придбання матеріально-технічних ресурсів підприєм­ство зобов'язане застосовувати процедури закупівлі, визначені Положенням про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17.10.2008 р. Ме 921 (у редакції від 19.11.2008 р. № 1017).

*Майнові права і обов'язки казенного підприємства* обмежені додатковим чином:

а) підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями тільки гро­шовими коштами, що знаходяться в його розпорядженні;

б) у разі недостатності таких коштів держава, в особі органу управ­ління, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства;

в) майно передається підприємству для здійснення некомерційної господарської діяльності. При цьому майно, яке не використовуєть­ся підприємством або використовується ним не за призначенням, може бути вилучене органом управління.

Збитки, заподіяні будь-яким державним підприємствам внаслі­док виконання рішень органів державної влади або органів місцевого самоврядування, які були визнані судом неконституційними або не­дійсними, підлягають відшкодуванню цими органами добровільно або за рішенням суду.

*Казенні підприємства* є різновидом державних унітарних під­приємств та створюються *за рішенням Кабінету Міністрів України* в галузях народного господарства, в яких (ст. 76 ГК України):

* законом дозволено здійснення господарської діяльності тільки державним підприємствам;
* основним (понад 50%) споживачем продукції (робіт, послуг) виступає держава;

за умовами господарювання неможлива вільна конкуренція товаровиробників або споживачів;

* переважаючим (понад 50% ) є виробництво суспільно необхід­ної продукції (робіт, послуг), яке за своїми умовами і харак­тером потреб, що ним задовольняються, як правило, не може бути рентабельним;
* приватизацію майнових комплексів державних підприємств заборонено законом.

*Характерними ознаками* казенних підприємств є такі:

* найменування повинно містити слова «казенне»;
* створюється виключно за рішенням КМУ з урахуванням об­сягу та характеру основної діяльності підприємства. Перетворення державних підприємств у казенні регулюється постановою Кабінету Міністрів від 30.06.98 р. № 987;
* установчий документ — статут (Типова форма затверджена постановою Кабінету Міністрів від 16.06.98 р. № 914);
* орган, до сфери управління якого входить казенне підприєм­ство, затверджує статут підприємства, призначає його керівника, дає дозвіл на здійснення казенним підприємством господарської діяльності, визначає види продукції (робіт, послуг), на виробництво і реалізацію яких поширюється дозвіл, тобто таке підприємство здійснює господарську діяльність відповідно до виробничих завдань органу, до сфери управління якого воно входить;
* органом управління казенного підприємства є одноосібний ке­рівник, який призначається органом управління і підзвітний йому. Керівник самостійно вирішує питання діяльності підприємства, за винятком віднесених законодавством або статутом до компетенції органу управління;
* підприємство самостійно організовує виробництво продукції (робіт, послуг) і реалізовує її за цінами (тарифами), які визнача­ються в порядку, встановленому КМУ, якщо інше не передбачене законом. Орган управління не має права втручатися в оперативну діяльність підприємства;
* майно знаходиться у підприємства на праві оперативного управління, і підприємство забезпечує цільове використання за­кріпленого за ним майна та виділених грошових коштів. Порядок розподілу і використання прибутку казенного підприємства визна­чається його статутом відповідно до порядку, встановленого КМУ. У зв'язку з цим крім «звичайної» звітності казенні підприємства також ведуть звітність за формою, встановленою КМУ;
* відповідає за своїми зобов'язаннями виключно в межах гро­шових коштів, що знаходяться в його розпорядженні. У разі їх не­достатності — повна субсідіарна відповідальність держави.

## § 7. Кооператив як підприємство колективної власності

*Кооперація* — де система кооперативних організацій, створених з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб своїх членів. Обов'язковими умовами створення кооперативу є об'єднання майна, трудової діяльності і загальної господарської мети, тобто для створення кооперативу завжди необхідні всі три ознаки, тоді як їхня наявність у господарського товариства є лише окремим випадком.

Вперше термін « кооперація » ввів в обіг представник англійського утопічного соціалізму (розподільчої рівності) Роберт Оуен.

Правовий статус кооперативів визначається ст.ст, 94-111 ГК України, § 2 глави 8 ЦК України, Законом України «Про коопе­рацію» від 10.07.2003 p., Законом «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17.07.97 p., Законом «Про споживчу кооперацію» від 10.04.92 р. При цьому слід враховувати, що вказаний Закон від 10.07.2003 р. поширюється на будь-які види кооперативів, в той час, як положення ГК і ЦК України більшою частиною стосуються виробничих кооперативів (ст. 111 ГК України розповсюджується й на споживчу кооперацію), інші закони мають також спеціальну спрямованість.

У ст. 94 ГК України надано загальне визначення кооперати­вів (лат. cooperativus — той, що співпрацює) як добровільних об'єднань громадян з метою спільного вирішення ними соціально-економічних, побутових та інших питань.

Стаття 2 Закону «Про кооперацію» дає більш розгорнену харак­теристику: *кооператив* — *юридична особа, створена фізичними та/або юридичними особами, які добровільно об'єдналися на основі членства для ведення спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення своїх економічних, соціальних та інших потреб на засадах самоврядування.*

Згідно з ГК України кооперативи належать до підприємств ко­лективної власності. При цьому слід погодитися з думкою про те, що в кооперативі, як і в інших колективних підприємствах, жоден з членів не володіє завідомо визначеними в статуті перевагами перед іншими членами в праві на управління підприємством.

Існує декілька *класифікацій* кооперативів. Відповідно до за­вдань і характеру діяльності законодавством України кооперативи підрозділяються на *виробничі кооперативи, зокрема сільськогоспо­дарські, а також обслуговуючі і споживчі.* Виробничі кооперативи

є суб'єктами комерційної господарської діяльності, а обслуговуючі І споживчі кооперативи — як правило, неприбутковими організа­ціями.

*Виробничий кооператив* — *кооператив, який утворюється шляхом об'єднання фізичних осіб на засадах членства для спільної виробничої або іншої господарської діяльності при їх обов'язковій трудовій участі і об'єднанні його членами майнових пайових вне­сків з метою отримання прибутків* (ст. 163 ЦК України). Згідно зі ст. 95 ГК України найменування такого підприємства повинне містити слова «виробничий кооператив» або «кооперативне під­приємство».

Частина 1 ст. 163 ЦК України закріплює, що засновниками ви­робничого кооперативу є громадяни. Ч. 1 ст. 97 ГК України уточнює це положення, відносячи до членів кооперативу громадян України, іноземців і осіб без громадянства. Водночас, Закон «Про кооперацію» дозволяє також юридичним особам бути членами кооперативів. Дану колізію слід тлумачити таким чином, що у споживчих і обслугову­ючих кооперативах допускається участь юридичних осіб — членів кооперативу, а у виробничих — не допускається. Цей висновок зна­ходить підтримку в спеціальній літературі1.

Громадяни можуть бути одночасно членами виробничих коопе­ративів, а також членами кооперативів інших типів (споживчих, обслуговуючих і т.ін.).

*Обслуговуючий кооператив* — кооператив, який утворюється шляхом об'єднання фізичних та/або юридичних осіб для надання послуг переважно членам кооперативу, а також іншим особам з метою здійснення їх господарської діяльності. Обслуговуючі коо­перативи надають послуги іншим особам в обсягах, що не переви­щують 20 % загального обороту кооперативу. До обслуговуючих кооперативів належать житлові, гаражні та деякі інші кооперативи.

*Споживчий кооператив (споживче товариство)* — коопе­ратив, який утворюється шляхом об'єднання фізичних та/або юридичних осіб для організації торговельного обслуговування, за­готівель сільськогосподарської продукції, сировини, виробництва продукції та надання інших послуг з метою задоволення потреб його членів (ст. 2 Закону «Про кооперацію»).

Кооперативи за галузевою ознакою можуть бути розділені на *промислові сільськогосподарські, будівельні, побутові, житлово- будівельні, садово городні, гаражні, торговельно-закупівельні, транспортні, туристичні та ін.* Зокрема, Законом України «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17.07.97 р. встановлюються особливості створення і діяльності *сільськогосподарського коопе­ративу*, що є юридичною особою, утвореною фізичними та/або Юридичними особами, які є сільськогосподарськими товаровиробниками, на засадах добровільного членства і об'єднання майнових пайових внесків для спільної виробничої діяльності в сільському господарстві і обслуговування переважно членів кооперативу.

Кооперативи мають наступні *відмітні особливості:*

-=безпосередня участь членів кооперативної організації в її ді­яльності;

-=у кооперативі не може бути менше трьох членів. Членами кооперативу можуть бути громадяни, які досягли 16-річного віку, визнають статут кооперативу і відповідають його вимогам, беруть участь майном і працею в його діяльності;

-=вступ до кооперативу здійснюється на підставі письмової заяви громадянина і підлягає затвердженню загальними зборами. Член кооперативу робить вступний і пайовий внески в порядку, визна­ченому статутом кооперативу;

-=метою його створення є задоволення економічних, соціаль­них та інших потреб членів кооперативу, тобто не завжди метою є отримання прибутку;

-=існує два види членства учасників кооперативу: повне і асо­ційоване. На відміну від повного, асоційоване членство надає його володареві право дорадчого голосу, а також право на отримання частини доходу на свій пай;

-=член кооперативу зобов'язаний внести на день державної реєстрації не менше 10 % пайового внеску, а частину, що зали­шилася, — протягом року, якщо інший термін не встановлений статутом кооперативу;

-=до органів управління кооперативу належать загальні збори членів кооперативу, правління (голова) кооперативу і ревізійна комісія (ревізор), може бути створена наглядова рада;

-=у разі смерті члена кооперативу його спадкоємці можуть бути прийняті до кооперативу, якщо інше не встановлене статутом. При відмові прийняти спадкоємців в члени кооперативу останній ви­плачує спадкоємцям вартість паю померлого члена кооперативу;

-=члени виробничого кооперативу несуть субсидіарну відпо­відальність за зобов'язаннями кооперативу в розмірах і порядку, встановлених статутом і законом (ч. 2 ст. 163 ЦК України, ст. 108 ГК України), але не менше розміру їхнього пайового внеску (ст. 108 ГК).

До специфічних рис господарської правосуб'єктності коопера­тиву багато дослідників відносять правовий режим його майна. Так, для забезпечення статутної діяльності кооператив формує такі фонди:

*— неподільний фонд*, який є обов'язковим і формується за раху­нок вступних внесків і відрахувань від доходу кооперативу і не підлягає розподілу між пайовиками навіть у разі виходу з кооперативу (може бути виплачена компенсація тільки з інших фондів), окрім випадків, передбачених законом. По­рядок відрахувань до неподільного фонду частини доходу визначається статутом кооперативу;

*пайовий фонд, який є обов'язковим і формується з пайових внесків членів кооперативу і асоційованих членів кооперативу при створенні кооперативу і є одним з джерел формування майна кооперативу;*

*резервний фонд,* який формується за рахунок не заборонених законодавством надходжень, використовується для покрит­тя збитків від надзвичайних ситуацій (покриття можливих втрат (збитків);

*спеціальний фонд, який створюється за рахунок цільових внесків та інших надходжень для забезпечення статутної ді­яльності кооперативу і рішень його органів управління.*

Відповідно до ст. 2 Закону «Про кооперацію» *пай* — майновий поворотний внесок члена (асоційованого члена) кооперативу для створення та розвитку кооперативу, який здійснюється шляхом передачі кооперативу майна, в тому числі грошей, майнових прав, а також земельної ділянки. Пай кожного члена кооперативу фор­мується за рахунок разового внеску або часток протягом певного періоду. Майнові внески оцінюються в грошовій формі. Розмір паю члена кооперативу залежить від фактичного його внеску до пайового фонду. Паї є персоніфікованими і в сумі визначають загальну частку кожного члена кооперативу в майні кооперативу.

Слід погодитися з деякими дослідниками, що на відміну від інших фондів кооперативу, пайовий і неподільний фонди існують протягом всього часу функціонування даного суб'єкта. Вони формуються при його створенні і ліквідуються з припиненням його діяльності. Розмір таких фондів є рухомим, змінним, що обумовлене різними чинника­ми. Так, розмір неподільного фонду збільшується при вступі нових членів до кооперативу і внесенні ними вступних внесків, а також у разі отримання кооперативом прибутків, а зменшується — при збитковій його діяльності. 3 іншого боку, вірним є і звернення уваги В деякими авторами на можливість нерівномірного розподілу пайового капіталу між членами кооперативу «відповідно до їх трудової та май­нової участі в діяльності кооперативу» (ст. 96 ГК України). Критерієм нерівномірності є очікувана трудова участь члена кооперативу, що за чинним законодавством не піддається суто об'єктивній оцінці.

В цілому слід зазначити, що кооперативи як підприємства ко­лективної власності володіють великим потенціалом у розвитку тих галузей народного господарства, особливо в сільському господарстві, де особиста участь членів у виробництві продукції є необхідною умовою розвитку підприємств.

§ 8. Історія виникнення господарських товариств

Історія спроб правового регулювання підприємництва на основі кооперації (об'єднання) починається із середньовіччя, коли купці стали першими підприємцями. Як відзначав В.Н. Шретер, «това­риське об'єднання кількох осіб для спільного досягнення певної господарської мети зустрічається вже в найглибшій старовині. Ідея товариської угоди там, де сил одного не вистачить для вирішення якого-небудь господарського завдання, сама по собі настільки про­ста і природна, що усюди, де ми зустрічаємо співіснування людей, ми зустрічаємо і договір товариства».

Та все ж, спочатку розвивалося унітарне підприємництво, тобто діяльність однієї фізичної особи для отримання прибутків з необ­меженими повноваженнями щодо керівництва своїми справами і своєю працею.

Згодом стало виникати родинне підприємництво, яке було викли­кане необхідністю організувати діяльність з отримання прибутків і підтримки власного господарства під керівництвом глави сімейства і при підпорядкуванні йому решти всіх членів сім'ї. Умови життя в середні віки змушували сім'ю вести спільне господарство навіть піс­ля смерті голови сімейства. Замість нього обирали іншого, найбільш авторитетного, сильного і впливового. Подібна форма колективного господарювання є прообразом сучасних повних товариств, які на­були остаточну організаційну форму лише у XIV-XV століттях.

Надалі, для збереження або збільшення обсягів виробництва і реалізації товарів, до товариства почали приймати інших осіб. Одні з учасників таких товариств могли брати участь у діяльності своєю працею, інші — своїм майном (грошовими коштами), треті давати ділові поради або передавати відомості технічного, комерційного або іншого характеру. Але, беручи таким чином участь у спільній справі, вони розраховували на отримання дивідендів від своїх вкла­дів і вимагали відповідних юридичних гарантій реалізації своїх інтересів. Подібні правові зв'язки є аналогом стосунків, що існують сьогодні в командитному товаристві.

Потім зароджується найважливіша форма корпорацій —- аналог сучасного акціонерного товариства. Виникнення акціонерного това­риства було викликане необхідністю створення вельми значного ка­піталу для здійснення крупних торговельних, а потім і промислових підприємств, таких як морська торгівля з колоніями, будівництво залізниць, видобуток корисних копалин та ін.

Після появи в XVI — на початку XVII століття таких акціонер­них товариств, як Англійські компанія для торгівлі з Росією (1554 рік), знаменита Ост-Індійська компанія (1600 рік), Голландська Ост-Індійська компанія (1602 рік) та ін., підприємництво набуває корпоративного устрою.

Подальший розвиток колективних форм здійснення підприєм­ницької діяльності йде шляхом *зближення правових ознак і влас­тивостей повного товариства і акціонерних товариств.*

З'являються їхні проміжні (гібридні) форми (товариства з об­меженою і додатковою відповідальністю, командитні товариства, акціонерні командити та інші). У результаті, на початок XX століття формується спільне поняття корпорації (англосаксонська право­ва система) і господарського товариства (континентальна правова система). Отже, корпорація, розглядається віднині як єдине ціле і може виступати учасником у господарському обороті.

Господарські товариства, як взаємовигідний для його членів вид підприємницької кооперації і форма диверсифікації приватного капіталу, отримали загальне поширення, а різноманітність їх кон­кретних видів дозволяє учасникам обирати собі правове положення.

Як показує досвід розвинених зарубіжних країн, основна частка виготовленої і реалізованої продукції, виконаних робіт або наданих послуг припадає на господарські суспільства. Наприклад, за даними бюро статистики США в 1984 році приблизно 87% спільного доходу від підприємницької діяльності припадало на частку корпорацій.У Росії, ще з часів Київської Русі, підприємництво існувало у ви­гляді промислів. При царюванні Петра розвиток отримали ма­нуфактурне виробництво і торгівля. Акціонерна діяльність різко активізується із скасуванням кріпацтва, внаслідок чого до 90-х років XIX століття (в основному) формується індустріальна база підприємництва.

У Цивільному кодексі УРСР1922 року господарські товариства були поділені на: просте товариство (ст.ст. 276-294); повне това­риство (ст.ст. 295-311), товариство на вірі (ст.ст. 312-317), това­риство з обмеженою відповідальністю (ст.ст. 318-321) і акціонерні компанії — пайові товариства (ст.ст. 322-366).

Проте згодом, по мірі концентрації власності на засоби ви­робництва «в руках» держави і здійснення тиску на приватний сектор, господарські товариства були скасовані. Природно, були скасовані відповідні положення статей ЦК УРСР 1922 року. Пануючою формою здійснення господарської діяльності стало державне підприємство.

Виникнення і розвиток господарських товариств в Україні в сучасний період пов'язані з економічними перетвореннями і ініціа­тивами громадян України, які бажали організувати «свою справу", але мали обмежені фінансові можливості і не хотіли ризикувати всім своїм майном. Як результат найбільш популярними є акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю. З іншого боку, завдяки господарським товариствам збільшилися можливості для залучення в економіку України інвестицій і відбулося залучення до підприємництва широких верств населення.

## § 9. Суть і співвідношення різних видів господарських товариств

Основними актами законодавства, що регулюють відносини, які виникають у процесі створення, діяльності і припинення діяльності господарських товариств є ГК України (ст.ст. 79-92), ЦК України (ст.ст. 113-162), Закон України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 року і новий, прийнятий 17 вересня 2008 року, Закон України «Про акціонерні товариства».

Поняття господарського товариства закріплене одразу в де­кількох законах. Ч. 1 ст.113 ЦК України і ст.1 Закону України «Про господарські товариства» визначають його як юридичну особу, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками. Ч. 1 ст.79 ГК України дає інше визначення: господарські товариства — це підприємства, або інші суб'єкти гос­подарювання, створені юридичними особами та/або громадянами шляхом об'єднання їх майна і участі в підприємницькій діяльності товариства, з метою отримання прибутку. По суті ці визначення не суперечать одне одному, хоча відображують різні сутнісні харак­теристики господарського товариства як інституту, що об'єднує групу організаційно-правових форм, у яких можуть створюватися юридичні особи — суб'єкти господарювання.

Види господарських товариств встановлені ч. 1 ст. 80 ГК України, ч. 2 ст. 113 ЦК України, ч.2 ст. 1 Закону України «Про господарські товариства»: це акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, повні товариства, командитні товариства.

Акціонерне товариство (AT) має статутний капітал, розділений на певну кількість акцій рівної номінальної вартості, що засвідчують корпоративні права акціонерів, несе відповідальність за зобов'язаннями тільки своїм майном, при цьому акціонери несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, в межах вартості акцій, що їм належать (ст.152 ЦК України, ч. 2 ст. 80 ГК України, ст.24 Закону України «Про господарські товариства», ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Товариство з обмеженою відповідальністю (ТОВ) має статутний капітал, поділений на частки, розмір яких визначається установ­чим документом, таке товариство несе відповідальність за своїми зобов'язаннями тільки своїм майном, а учасники товариства несуть ризик збитків, пов'язаний з діяльністю товариства, в межах своїх вкладів (ст.140 ЦК України, ч. З ст. 80 ГК України, ст.50 Закону України «Про господарські товариства»).

Товариство з додатковою відповідальністю (ТДВ) відрізняється від ТОВ тільки тим, що в разі недостатності майна товариства, його учасники несуть додаткову солідарну відповідальність у визначено­му установчими документами однаково кратному розмірі до вкладу кожного з учасників (ст.151 ЦК України, ч. 4 ст. 80 ГК України, ст.65 Закону України «Про господарські товариства»).

Повне товариство характеризується тим, що всі його учасники відповідно до укладеного між ними договору здійснюють підприєм­ницьку діяльність від імені товариства і несуть додаткову солідарну відповідальність за зобов'язаннями товариства всім своїм майном (ч. 5 ст. 80 ГК України, ст.119 ЦК України, ст.66 Закону України «Про господарські товариства»).

Командитне товариство схоже на повне товариство, проте поряд з одним або декількома учасниками, які здійснюють від імені това­риства підприємницьку діяльність і несуть за його зобов'язаннями додаткову солідарну відповідальність всім своїм майном, тобто — *повними учасниками*, у товаристві є також *вкладники*, які не беруть Н участі в управлінні товариством і ризикують тільки своїми вкладами (ч. 6 ст. 80 ГК України, ст.133 ЦК України, ст.66 Закону України і « Про господарські товариства »).

Даний перелік видів господарських товариств України є ви- і черпним: створення господарського товариства не передбаченого законом виду , господарського товариства « взагалі» або гібридного товариства, що поєднує ознаки різних видів товариств (напри­клад —- AT з додатковою відповідальністю акціонерів, командитного AT), неможливе.

Відповідно до ст.2 Закону України «Про господарські товари­ства» — найменування господарського товариства повинне містити назву виду товариства (наприклад — ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕ­НОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «МАНГУСТ»), що значно полегшує ідентифікацію правового статусу товариства.

Господарські товариства створюються і діють на підставі уста­новчого документа, який визначає найменування і вид товариства, предмет і ділі його діяльності, склад засновників або учасників, склад і компетенцію органів управління, включаючи перелік питань, за якими вимагається одноголосність або кваліфікована більшість голосів учасників, порядок формування майна, розподі­лу прибутків і збитків, умови реорганізації і ліквідації товариства.

Відповідно до ст. 82 ГК України єдиним установчим документом AT, ТОВ, ТДВ є статут, єдиним установчим документом повного і командитного товариств — засновницький договір. При цьому для кожного виду господарських товариств законодавство передбачає особливості змісту установчих документів.

Для позначення осіб, що беруть участь у товаристві, законодавець використовує наступні терміни:

- учасники — найбільш загальний термін, що вживається щодо ТОВ, ТДВ, повних товариств і повних учасників командитних товариств, а також у тому, що стосується загальних поло­жень законодавства, які застосовуються до будь-якого виду товариства;

- засновники (ч. 3 ст. 153 ЦК України, ст.9 Закону України «Про акціонерні товариства» — особи, що створюють акціонерне товариство) — особи, що ухвалюють рішення про створення AT, формують його початковий статутний капітал і підпису­ють першу редакцію його установчих документів;

- акціонери — особи, що є власниками акцій AT;

- вкладники — учасники командитних товариств, які не беруть участі в управлінні товариством і ризикують тільки своїми вкладами.

Відповідно до ст.117 ЦК України, ч.2 ст.88 ГК України, ст.11 Закону України « Про господарські товариства», ст.29 Закону Укра­їни «Про акціонерні товариства» всі учасники (акціонери) госпо­дарських товариств зобов'язані: дотримуватися вимог установчих документів товариства і виконувати свої зобов'язання перед ним; вносити внесок або оплачувати акції в розмірі, порядку і засоба­ми, передбаченими установчими документами; не розголошувати комерційну таємницю і конфіденційну інформацію про діяльність товариства; виконувати інші обов'язки, передбачені чинним зако­нодавством і установчими документами.

Господарські товариства, а саме — ТОВ, ТДВ, AT можуть створю­ватися не лише кількома, але і однією особою, яка стає їхнім єдиним учасником (ч.2 ст.83, ч.2 ст.87, ч.2 ст.114 ЦК України).

Водночас, повне і командитне товариство можуть бути створені тільки кількома особами.

Відповідно до ст.114 ЦК України, учасником господарського товариства може бути фізична або юридична особа, проте законом можуть встановлюватися обмеження щодо участі в господарських товариствах.

1. відповідно до ч. 7 ст.80 ГК України учасниками повного товари­ства, повними учасниками командитного товариства можуть бути тільки особи, зареєстровані як суб'єкти підприємництва;
2. відповідно до ч.2 ст.119, ч.2 ст.135 ЦК особа може бути учас­ником тільки одного повного товариства (повним учасником тільки одного командитного товариства);
3. відповідно до ч.2 ст.141 ЦК України особа може бути єдиним учасником тільки одного ТОВ або ТДВ;
4. відповідно до ч.2 ст.141, ч.4 ст.153 ЦК України, ТОВ, ТДВ, AT не можуть мати своїм єдиним учасником інше товариство з єдиним учасником;
5. відповідно до ч. І ст.4 Закону України «Про акціонерні това­риства» AT не може мати в своєму складі тільки акціонерів — юридичних осіб, єдиним учасником яких є одна і та ж особа.

Окрім цих загальних обмежень, законодавство містить інші специфічні положення, що обмежують участь окремих видів юри­дичних осіб у господарських товариствах. Наприклад, відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України «Про впорядковування ді­яльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю держави» від 31.12.92р. №24-92, державні підприємства не можуть бути учасниками господарських товариств (цю функцію виконує Фонд державного майна України та інші державні органи); відпо­відно до ч. 4 ст. 5 Закону України «Про холдингові компанії в Укра­їні» господарське товариство не може бути акціонером холдингової компанії, яка, у свою чергу, є акціонером такого господарського товариства і т. д.

Передумовою участі в господарських товариствах є право на участь у товаристві, відповідно до ст.100 ЦК України — особисте немайнове право, яке не має економічного вмісту (ст.269 ЦК Укра­їни) і не може бути передане іншій особі. У контексті ст.271 ЦК України, відповідно до якої зміст особистого немайнового права полягає в можливості особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері приватного життя, право на участь у това­ристві постає як невідчужуване *право будь-якої особи час від часу ставати учасником господарських товариств, беручи участь в їх створенні, або набуваючи частки (акції).*

Стаючи учасником будь-якого господарського товариства, будь- яка особа, *незалежно від розміру його частки* отримує наступні, спільні для всіх господарських товариств і їх учасників права учас­ника (акціонера) господарського товариства (ст.116 ЦК України, ч.І ст.88 ГК України, ст.10 Закону України «Про господарські товариства», ст.25 Закону України «Про акціонерні товариства»): право брати участь в управлінні справами товариства в порядку, який визначається установчими документами, за винятком випад­ків, передбачених законом; право брати участь у розподілі прибутку товариства і отримувати свою частку; право отримувати інформа­цію про діяльність товариства (знайомитися з річними балансами, звітами, протоколами зборів); право вийти з товариства (відсутнє в акціонера); право здійснити відчуження своєї частки (акцій).

Корпоративні права відповідно до ст.167 ГК України, ст.2 Закону України «Про акціонерні товариства», ст.2 Закону України «Про акціонерні товариства» — це сукупність майнових і немайнових прав, що виникають з володіння часткою в статутному капіталі (ак­ціями): на участь в управлінні товариством; на участь в отриманні частки прибутку товариства; на участь в отриманні частки активів товариства в разі його ліквідації, а також інших прав, передбаче­них законодавством і установчими документами. Відмінність цієї категорії від категорії прав учасника господарського товариства в тому, що права учасника — це абстрактна правомочність будь-якого учасника будь-якого товариства, незалежно від розміру його частки, тоді-як корпоративні права — це права, *що виникають з володіння часткою певного розміру (певною кількістю акцій ) в конкретному товаристві, ці права є різними за обсягом у різних учасників (акці­онерів ) і відображають ступінь корпоративного контролю даного учасника (акціонера) над даним товариством.*

Відповідно до ст.167 ГК України володіння корпоративними правами не є підприємництвом.

Таким чином, право на участь у товаристві має будь-яка особа (з урахуванням встановлених законом обмежень), права учасника господарського товариства має будь-який учасник будь-якого гос­подарського товариства, незалежно від розміру його частки, в той час, як корпоративні права виникають з володіння часткою певного розміру (певною кількістю акцій) в конкретному товаристві і різ­няться за обсягом.

При створенні будь-якого господарського товариства, незалеж­но від його виду, з вкладів учасників (це можуть бути гроші, цінні папери, речі, майнові або інші відчужувані права, тобто — все те, що може бути оцінене в грошах) формується статутний (складений) капітал — стартова майнова база товариства. Слід зауважити, що у багатьох законодавчих актах, у тому числі в ГК України, в Законі «Про холдингові компанії в Україні» від 15.03.2006 р. та ін., за­мість терміна «статутний (складений) капітал» використовується тотожний за змістом термін «статутний фонд».

Вартість вкладу учасника, виражена в гривнях, визначає розмір його частки у статутному (складеному) капіталі, і, зрештою, — здатна впливати на ухвалення рішень органами господарського товариства (особливо — в AT, ТОВ, ОДО).

## §10. Правовий статус акціонерного товариства

Як вже наголошувалося вище, AT — це господарське товариство, статутний капітал якого поділений на певну кількість акцій рівної номінальної вартості, яке несе відповідальність за зобов'язаннями тільки своїм майном, причому акціонери несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, в межах вартості акцій, що їм належать.

На відміну від інших господарських товариств, корпоративні права акціонерів AT виражаються у цінних паперах, тобто — в акціях. Наслідком цього є відмітний від інших господарських то­вариств порядок відчуження корпоративних прав: при кожному продажу акцій відсутня необхідність вносити у зв'язку з цим зміни в статут AT.

Саме ця особливість робить AT найбільш зручною формою веден­ня великого бізнесу, і/або бізнесу з великою (понад 10) кількістю учасників.

30 квітня 2009 р. набрав чинності новий Закон України «Про акціонерні товариства». Разом з тим, п.2 розділу XVII «Прикінцеві і перехідні положення» Закону передбачає, що впродовж двох років, тобто до ЗО квітня 2011 р. до AT продовжують застосовуватися норми Закону України «Про господарські товариства», які часто прямо суперечать положенням Закону України «Про акціонерні товари­ства» , що створює у правозастосовчій практиці серйозні проблеми.

Статут є єдиним статутним документом AT. У ньому, крім відо­мостей, які є обов'язковими для всіх видів господарських товариств, повинні бути зазначені: тип AT, відомості про акції, емітовані AT (номінальна вартість, загальна кількість, кількість типів і класів ак­цій, наслідки невиконання засновниками зобов'язань щодо викупу акцій, порядок конвертації привілейованих акцій у прості акції, або привілейовані акції інших класів, переважні права акціонерів щодо акцій), порядок скликання і проведення загальних зборів, спосіб повідомлення акціонерів про зміни у порядку денному загальних зборів, порядок повідомлення акціонерів про сплату дивідендів.

Всі емітовані AT акції є іменними цінними паперами. Вони мо­жуть бути двох *типів* — простими і привілейованими (такі акції, на відміну від простих, надають переважне право на отримання при­бутку AT і його майна у випадку ліквідації, однак право власника акцій брати участь в управлінні справами товариства може бути обмежено статутом AT). У свою сергу, привілейовані акції одного AT можуть поділятися на різні *класи* (А, Б, В) залежно від ступеня переваги майнових прав акціонера і ступеня обмежень його права брати участь в управлінні справами товариства). Частка привіле­йованих акцій всіх класів не може перевищувати 25% статутного капіталу AT (ст. 158 ЦК України, ч.5 ст.20 Закону України «Про акціонерні товариства»).

В даний час акції можуть емітуватися як в документальній, так і в бездокументальній *формі.* Відповідно до ст.20, п.1 розділу XVIII Закону України «Про акціонерні товариства» з 29.10.2010 р. акції емітуватимуться тільки в бездокументальній формі.

При документальній формі акції існують у вигляді особливих до­кументів — сертифікатів, які підтверджують право власності особи на акції. Сертифікати видаються акціонерам реєстратором — спеціально уповноваженою особою, що веде реєстр власників іменних цінних паперів товариства. Якщо кількість акціонерів AT не перевищує 150, при документальній формі випуску акцій AT може вести реєстр самостійно.

При бездокументальній формі випуску акцій система обліку прав на акції є дворівневою:

1. храните л і (банки, або ліцензовані ДКЦПФР торговці цінни­ми паперами) відкривають зацікавленим особам рахунки у цінних паперах, на які зараховуються акції: про кожен факт зарахування акцій хранителі повідомляють депозитарію;
2. депозитарій, ліцензований ДКЦПФР, веде зведений обліковий реєстр власників акцій на підставі даних, що повідомляються йому різними хранителями.

Таким чином, акції, емітовані у бездокументальній формі іс­нують не у вигляді сертифікатів або інших документів, а у вигляді облікових записів на рахунках у хранителів (як безготівкові кошти). Підтвердженням права власності на акції є виписка, що надається хранителем, з рахунку в цінних паперах. При цьому, само товари­ство при бездокументальній формі не може вести облік прав на акції.

Перша змісія акцій у кожному AT є закритою (приватною) — ці акції розподіляються між засновниками. Проводити відкрите (пу­блічне) розміщення акцій, тобто — розміщувати їх серед заздале­гідь невизначеного кола осіб до повної сплати статутного капіталу засновниками заборонено (ч. 2 ст. 155 ЦК).

Починаючи з 1991 року, залежно від ступеня свободи відчуження акцій, всі AT поділялися на 2 типи: відкриті (ВАТ) і закриті (ЗАТ). Замість цієї звичної класифікації Закон України «Про акціонерні товариства » пропонує поділ AT на публічні (ПАТ) і приватні (ПрАТ),

Найбільш чітко різниця між ЗАТ і ВАТ виражена у ст.81 ГК Ук­раїни: акціонери ВАТ можуть відчужувати належні їм акції без згоди інших акціонерів і товариства, тоді як акціонери ЗАТ мають переважне право на придбання акцій, що продаються іншими ак­ціонерами товариства.

Окрім того, акції ЗАТ принципово не можуть продаватися на фондовій біржі і публічно розміщуватися, тоді як акції ВАТ можуть продаватися на біржі, і після повної оплати акцій першої (закритої) емісії — розміщуватися відкрито (публічно).

ЗАТ може бути реорганізовано у ВАТ шляхом перетворення.

Нові критерії поділу AT на ПАТ і ПрАТ встановлені у ст.5, ст,7 Закону України «Про акціонерні товариства».

ПАТ може здійснювати як приватне, так і публічне (за винятком першого) розміщення акцій. Згодом акціонери ПАТ можуть здій­снювати вільне, нічим не обмежене відчуження акцій на користь третіх осіб і самого товариства. Акції ПАТ можна купити тільки на фондовій біржі, до біржового реєстру якої вони внесені.

ПрАТ може здійснювати лише приватне розміщення акцій. Статут ПрАТ може передбачати переважне право акціонерів і са­мого товариства на придбання акцій цього товариства у випадку, якщо акціонер пропонує продати їх третій особі, тобто норма про переважне право акціонера ПрАТ і самого ПрАТ є диспозитивною. Кількісний склад ПрАТ не може перевищувати 100 акціонерів.

Тип товариства (ПАТ або ПрАТ) зазначається в його найменуван­ні і статуті, однак зміна типу товариства за Законом України «Про акціонерні товариства» не є реорганізацією.

Закон встановлює вимоги щодо мінімального розміру статут­ного капіталу AT, сформованого за рахунок оплати акцій і визна­ченого статутом: він не може бути меншим за 1250 мінімальних заробітних плат на момент створення товариства. У випадку, якщо вартість чистих активів AT (активів товариства за вирахуванням його зобов'язань) стає меншою за розмір статутного капіталу і така ситуація має місце більше двох років, AT зобов'язане внести до статуту зміни і зменшити розмір статутного капіталу до вартості чистих активів товариства. Якщо ж вартість чистих активів това­риства стає меншою за мінімальний розмір статутного капіталу, AT підлягає ліквідації.

Система управління і контролю AT є найбільш складною серед усіх господарських товариств.

Вищим органом управління AT є загальні збори AT (ст.159 ЦК України), у якому можуть брати участь всі акціонери (при цьому власники привілейованих акцій, присутні на зборах, мають право голосу в обсязі, визначеному законодавством і статутом).

Компетенція загальних зборів поділяється на загальну, яка може бути делегована іншим органам товариства (наглядовій раді, вико­навчому органу) і виключну, котра не може делегуватися.

Серед найважливіших повноважень, віднесених до виняткової компетенції загальних зборів, слід назвати:

* визначення основних напрямів діяльності товариства;
* внесення змін до статуту товариства та зміна розміру статут­ного капіталу;
* ухвалення різних рішень щодо акцій товариства (анулювання акцій, викуплених товариством, нові емісії акцій, дроблення або консолідація акцій);
* обрання членів наглядової ради;

1. затвердження річної фінансової звітності, розподіл прибутків (у тому числі — виплата дивідендів) і збитків товариства;
2. припинення діяльності товариства.

Процедура скликання загальних зборів є досить складною. За процедурою, передбаченою Законом України «Про господар­ські товариства», загальні збори скликає виконавчий орган това­риства або акціонери, що володіють сумарно більш, ніж 10% акцій у випадку, коли виконавчий орган не виконає протягом 20 днів їх вимогу про скликання зборів.

Всі акціонери повідомляються про майбутні збори персонально не пізніше, ніж за 45 днів до дати зборів. Окрім того, в одній з міс­цевих газет і друкованому виданні Верховної Ради України, або Кабінету Міністрів України, або ДКЦПФР в той же строк даються два друковані оголошення із зазначенням часу, місця зборів і по­рядку денного.

Новели Закону України «Про акціонерні товариства», перед­бачають скликання загальних зборів не виконавчим органом, а наглядовою радою; персональне повідомлення акціонерів не за 45, а за 30 днів. Публікація в офіційному виданні обов'язкова тільки для ПАТ, в яких понад 1000 акціонерів, що володіють простими акціями. ПАТ зобов'язане додатково повідомляти про загальні збори фондову біржу, на якій воно проходило процедуру лістингу.

Загальні збори акціонерів визнаються правомочними, якщо в них беруть участь акціонери, які володіють більше 60% голосів.

Слід зазначити, що норма про 60-процентний кворум є імпера­тивною і, якщо кворум не був досягнутий, подальше схвалення акціонером, не присутнім на загальних зборах акціонерів, рішень, прийнятих такими зборами, не робить збори законними. Саме до таких висновків дійшов Верховний Суд України, приймаючи поста­нову від 19.08.2003 р. у справі за позовом ХК ЗАТ «Совтрансавто» (Російська Федерація) до ЗАТ «Совтрансавто-Луганськ» і іншим відповідачам, де незаконними були визнані рішення неправомочних зборів, схвалені згодом акціонером, що володіє 49% акцій1.

Відповідно до Закону України «Про господарські товариства» голосування на загальних зборах завжди проводиться за принципом: одна акція — один голос.

Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає винятки з цього правила для випадків голосування з питань обрання органів управління товариства (наглядова рада, а також виконавчий орган, ревізійна комісія, якщо їхні члени обираються загальними зборами акціонерів), коли може застосовуватися кумулятивне голосування,при цьому спільна кількість голосів акціонера, яка залежна від

Члени наглядової ради публічного AT обираються виключно шляхом кумулятивного голосування.

кількості акцій, помножується на кількість членів (місць, а не кандидатів) органу, що обирається. Акціонер може віддати всі свої обчислені таким чином голоси за одного кандидата або розподіли­ти їх між декількома. Ця норма покликана забезпечити здатність міноритарних (дрібних) акціонерів при узгодженому голосуванні проводити свого кандидата в органи управління.

*Наприклад, в AT є мажоритарний (великий ) акціонер, що володіє 58% акцій і 42 міноритарних акціонера, таких, що володіють кожен 1% акцій, причому кожна акція, що дає 1 голос, складає 1%відрозміру статутного капіталу. Припустимо, у товаристві обирається нагля­дова рада у складі 5 членів. При звичайному голосуванні міноритарні акціонери не мали б жодних шансів провести свого кандидата до наглядової ради, оскільки неминуче опинялися б у меншості (58>42). При кумулятивному голосуванні кількість голосів кожного акціонера помножується на кількість місць, в даній ситуації — на 5. Таким чи­ном, якщо мажоритарний акціонер, що бажає отримати максимальну кількість місць у наглядовій раді, з 290 своїх голосів (58\*5=290) від­дасть по 58 голосів за своїх кандидатів на кожне з 5 місць (тобто — «розпорошить» голоси ), в той час, як міноритарні акціонери «сконцен­трують» 210 своїх голосів (42\*5=210) на своїх кандидатах на З місця і узгоджено проголосують, міноритарні акціонери зможуть отримати не лише представництво у наглядовій раді AT, але й більшість у ній, оскільки сума їх голосів, віддана за кожного з їх кандидатів на 3 місця (210:3 =70) є більшою за голоси, віддані мажоритарним акціонером за його кандидатів на кожне з 5 місць ( 70>58). Водночас, у випадку, якщо при такій політиці міноритарних акціонерів мажоритарний акціонер \* сконцентрує» свої голоси на кандидатах на 4 місця, перевагу в на­глядовій раді і свої 4 місця отримає він, оскільки 290:4=72,5, при цьому 72,5>70. « Точкою балансу» в даній ситуації є співвідношення місць у наглядові раді 3 ( кандидати від мажоритарного акціонера)до2(узго­джені кандидати від міноритарних акціонерів ), що досягається якщо мажоритарний акціонер сконцентрує свої голоси на кандидатах на З місця (290:3=96,7) а міноритарні — на інших 2 (210:2=105). Очевидно, що такий розподіл місць у наглядовій раді відповідає співвідношенню часток акціонерів у статутному капіталі AT (58 відноситься до 42 приблизно так само як 3 до 2). Утім, такий результат можливий лише т узгодженої позиції міноритаріїв, що «концентрують» голоси і розумному визначенні групами акціонерів (у нашому випадку — ма­жоритарієм , з одного боку, і групою міноритаріїв, з іншого) необхідного ступеня концентрації голосів.*

Рішення загальних зборів, відповідно до норм Закону України «Про господарські товариства» приймаються простою більшістю голосів акціонерів, *що беруть участь у зборах*, а з питань внесення змін до статуту, зміни розміру статутного капіталу і припинення діяльності товариства — кваліфікованою більшістю — тобто біль­шістю в голосів акціонерів, *що беруть участь у зборах.*

Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає квалі­фіковану більшість в 3/4 від *загальної кількості голосів акціонерів товариства,* а не від голосів акціонерів, що беруть *участь у зборах*

для ухвалення рішень про внесення змін до статуту, про анулювання акцій, про зміну типу товариства, про розміщення акцій, про зміну розміру статутного капіталу, а також щодо рішень, пов'язаних з припиненням товариства. При цьому прямо передбачена можливість передбачити у статуті кваліфіковану більшість спільної кількості голосів учасників товариства, або іншу кваліфіковану більшість для ухвалення рішень з будь-яких інших питань, окрім питань про дострокове припинення повноважень посадових осіб товариства, а також у зв'язку з позовами, викликаними різними зловживаннями посадових осіб товариства.

Також Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає можливість проведення заочних загальних зборів шляхом письмово­го опитування акціонерів у випадку, якщо в товаристві не більше 25 акціонерів і така можливість передбачена статутом. У такій ситуації рішення вважається за прийняте в разі одностайного голосування акціонерів. Якщо в товаристві лише один акціонер, повноваження загальних зборів здійснюються таким акціонером шляхом оформ­лення наказів без дотримання інших процедур (до ухвалення Закону України «Про акціонерні товариства» слід було дотримуватися всіх формальних процедур — здійснювати публікацію, письмове пові­домлення, реєстрацію акціонерів, проводити збори і голосування, навіть у випадку, якщо в товаристві один акціонер).

Наглядова рада AT є органом, що захищає права акціонерів у період між загальними зборами, контролює і регулює діяльність виконавчого органу AT (ст. 160 ЦК України, ст.46 Закону України «Про господарські товариства», ст.51 Закону України «Про акціо­нерні товариства»). До набрання чинності Законом України «Про акціонерні товариства» наглядова рада обов'язково створювалася в AT з кількістю акціонерів більше 50, після — в AT, де 10 і більше акціонерів — власників простих акцій. Наглядова рада складається з членів, що обираються загальними зборами, при цьому члени на­глядової ради не можуть бути членами інших органів товариства. Закон України «Про господарські товариства» вимагає, щоб члени наглядової ради в обов'язковому порядку були акціонерами, в той час, як Закон України «Про акціонерні товариства» вже не містить такої вимоги. З іншого боку, Закон України «Про акціонерні това­риства» передбачає вимоги до кількості членів наглядової ради: у AT з кількістю акціонерів — власників простих акцій від 100 до 1000 наглядова рада діє в складі не менше 5 членів; понад 1000 — ве менше 7 членів, понад 10 000 — не менше 9 членів. Голову ради обирають члени із свого числа.

Важливою новелою Закону України « Про акціонерні товариства» є також положення, згідно з яким членом наглядової ради AT може бути будь-яка особа, обрана зборами: згідно з Законом України «Про господарські товариства» це міг бути лише акціонер.

Закон України «Про господарські товариства» не містив переліку повноважень наглядової ради AT, тому його компетенція визна­чалася статутом AT. Через це у різних товариствах наглядова рада відігравала різну роль. Закон України «Про акціонерні товариства» передбачив детальний перелік питань, що належать до виняткової компетенції наглядової ради, серед яких слід назвати: повноважен­ня, пов'язані зі скликанням загальних зборів; емісія і подальший викуп AT цінних паперів окрім акцій; обрання, відсторонення, при­пинення повноважень голови і членів виконавчого органу, ревізійної комісії AT; обрання аудитора, оцінювача майна, реєстратора або депозитарію AT, затвердження умов договорів з ними, встановлення розміру оплати їхніх послуг.

У випадку, якщо в товаристві, в якому менше 10 акціонерів, не створюється наглядова рада, її повноваження, встановлені законом, виконують загальні збори.

Виконавчий орган AT обирається наглядовою радою і здій­снює керівництво його поточною діяльністю (ст. 161 ЦК Украї­ни, ст.ст.47-48 Закону України «Про господарські товариства», ст.ст. 58-61 Закону України «Про акціонерні товариства»). Він може бути як колегіальним (правління, очолюване головою правління, або дирекція, очолювана генеральним директором), так і одноосібним (директор, генеральний директор). Членами виконавчого органу AT можуть бути як акціонери, так і треті особи.

Виконавчий орган підзвітний загальним зборам і наглядовій раді, організовує виконання їхніх рішень. До компетенції виконавчого органу належать всі питання, не віднесені законом і статутом до компетенції інших органів AT. У разі створення колегіального ви­конавчого органу, статут AT може передбачати власну компетенцію для голови правління (генерального директора).

Голова правління (генеральний директор, директор) AT діє від імені товариства без доручення, або реалізовуючи власну компетен­цію, або на виконання рішень інших органів управління AT.

Контроль за фінансово-господарською діяльністю виконавчого органу може бути внутрішнім (постійним) і зовнішнім (ad hoc).

*Внутрішній постійний контроль* здійснюється ревізійною ко­місією AT або ревізором (ст.49 Закону України «Про господарські товариства», ст.73 Закону України «Про акціонерні товариства»). Члени ревізійної комісії (ревізор), як і члени наглядової ради не можуть бути членами інших органів управління товариства.

У товариствах з кількістю акціонерів — власників простих акцій до 100 осіб може обиратися або ревізор (одноосібний кон­трольний орган) або ревізійна комісія (колегіальний контрольний орган, якщо ж кількість таких акціонерів перевищує 100 осіб — в обов'язковому порядку, шляхом кумулятивного голосування має обиратися ревізійна комісія.

Основне завдання ревізійної комісії (ревізора) — здійснення пере­вірок діяльності виконавчого органу. Такі перевірки проводяться за дорученням загальних зборів, наглядової ради, акціонерів, що володіють більш ніж 10% акцій, або за ініціативою самої ревізійної комісії.

Найважливішим повноваженням ревізійної комісії (ревізора) є складання висновку з річних звітів і балансів: без такого висновку загальні збори не мають права затверджувати річний баланс AT.

Окрім того, Закон України «Про акціонерні товариства» (ст.56) передбачає можливість створення в наглядовій раді комітету з пи­тань аудиту і введення при такому комітеті служби внутрішнього аудиту або призначення одноосібного внутрішнього аудитора.

*Зовнішній контроль ad hoc* здійснюється незалежною аудитор­ською перевіркою (ст.162 ЦК України, ст.75 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Річ у тому, що AT, яке здійснює відкрите розміщення акцій, зобов'язане публікувати свою фінансову звітність, а для під­твердження її правильності — щорічно залучати аудитора, не пов'язаного майновими інтересами з товариством або акціонерами.

Окрім того, незалежна аудиторська перевірка діяльності *будь- якого* AT має бути проведена на вимогу акціонерів, що володіють не менше, ніж 10% акцій.

## §11. Правовий статус товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю

ТОВ має статутний капітал, поділений на частки, розмір яких визначається установчим документом, і несе відповідальність за своїми зобов'язаннями тільки своїм майном. Учасники товариства несуть ризик збитків, пов'язаний з діяльністю товариства, в межах своїх внесків.

Даний вид господарського товариства є оптимальною формою ведення спільного бізнесу для невеликої кількості учасників.

Як вже було зазначено вище, ТДВ відрізняється від ТОВ лише тим, що в разі недостатності майна товариства, його учасники не­суть додаткову солідарну відповідальність в однаково кратному розмірі до внеску кожного з учасників. Розмір кратності додаткової відповідальності учасників ТДВ (одно-, дво-, трикратний розмір) визначається статутом. Можна бачити, що відповідальність учас­ника ТДВ, хоча і є додатковою, все одно має свої межі, на відміну від відповідальності учасника повного товариства.

ТДВ, на відміну від ТОВ не користується популярністю серед підприємців і створюється, як правило, у випадках, коли ТДВ є . однією з організаційно-правових форм, в яких може здійснюватися відповідний вид діяльності (наприклад — страхова діяльність).

За винятком вказаних вище відмінностей, відносно ТОВ і ТДВ застосовуються одні і ті ж норми законодавства, тому надалі ми оперуватимемо тільки абревіатурою ТОВ, маючи на увазі, що все написане відноситься також і до ТДВ.

Відповідно до ч.2 ст.50 Закону України «Про господарські това­риства» в ТОВ не може бути більше 10 учасників. У разі перевищен­ня цього обмеження, ТОВ повинно бути перетворено в AT протягом року, а якщо, після закінчення цього строку кількість учасників не буде зменшена — ТОВ має бути ліквідоване (ч.2 ст. 141 ЦК України).

На відміну від AT, відомості про учасників і розміри їх часток закріплюються у статуті ТОВ, тому при будь-якій зміні складу учас­ників товариства, у тому числі — при відчуженні корпоративних прав, до статуту ТОВ слід вносити зміни. Крім того, у статуті ТОВ закріплюються відомості про порядок внесення внесків учасників, порядок передачі (переходу) часток учасників, деякі інші відомості. Як і в AT, статут є єдиним установчим документом ТОВ.

Передбачений статутом розмір статутного капіталу ТОВ не може бути меншим за *одну мінімальну заробітну плату* на момент створення товариства (ч.І ст.52 Закону України «Про господарські товариства»), що також сприяє популярності ТОВ серед підприєм­ців. Наслідки зменшення вартості чистих активів товариства від розміру статутного капіталу в ТОВ такі ж, як і в AT.

Подібно до того, як акціонери AT можуть продавати акції, що належать їм, учасники ТОВ можуть відчужувати (продавати, дару­вати, обмінювати) частки, що належать їм, як іншим учасникам, так і третім особам (ст.147 ЦК України, ст.53 Закону України «Про господарські товариства»). Якщо інше не передбачене статутом, учасники товариства мають переважне щодо третіх осіб право купівлі частки, що продається, пропорційне розміру їхніх часток.

Разом з тим, на відміну від акціонерів AT, учасники ТОВ можуть вийти з товариства і можуть бути виключені з нього.

Учасник може вийти з ТОВ, повідомивши про це не пізніше, ніж за 3 місяці до моменту виходу. У такому разі товариство виплачує учасникові, що вийшов, вартість частки активів товариства, про­порційну розміру його частки (ст.148 ЦК України, ст.54 Закону України «Про господарські товариства»). Частки учасників, що залишаються, перераховуються, а статутний капітал товариства підлягає, відповідно, зменшенню.

Якщо учасник порушує свої зобов'язання перед товариством, або своїми діями перешкоджає його діяльності, інші учасники можуть виключити його з товариства з виплатою вартості його частки, як і в разі добровільного виходу (ст.64 Закону України «Про господарські товариства»).

*Прикладом таких дій учасника може бути створення ним під­приємства, яке гостро конкуруватиме з даним ТОВ, переманювання на таке підприємство працівників і контрагентів ТОВ, від­чуження учасником, що є директором (генеральним директором) ТОВ нерухомості, або іншого ліквідного майна ТОВ на користь пов'язаних з ним осіб, без згоди інших учасників, нехай навіть у формальній відповідності до статуту товариства.*

Система управління і контролю ТОВ є, фактично, спрощеним варіантом аналогічної системи AT, пристосованим для невеликої кількості учасників.

Найвищим органом ТОВ є загальні збори учасників (ст.145 ЦК України, ст.ст.58-61 Закону України «Про господарські товари­ства»), компетенція яких, як і у випадку із загальними зборами акціонерів AT, поділяється на загальну компетенцію і виключну.

Серед найважливіших повноважень, що віднесені до виключної компетенції загальних зборів учасників ТОВ і відсутні у виключ­ній компетенції загальних зборів AT, слід назвати виключення учасника.

Процедура скликання загальних зборів учасників ТОВ у загаль­них рисах схожа із скликання загальних зборів приватного AT.

Кворум на загальних зборах учасників ТОВ складає 60%+1 голос.

Присутність учасника на загальних зборах учасників ТОВ і його підпис на протоколі зборів свідчать про відсутність порушення вимог закону про наявність кворуму (відносно голосів цього учасника), а також — про належне його повідомлення про час і місце зборів.До таких висновків прийшов Вищий господарський суд України, приймаючи постанову від 04.03.2003 р. у справі за позовом ТОВ «Ефект Медіа инт» до ТОВ «Сейлзап Медіа» і ТОВ «Айдолз Груп Юкрейн», де позивачеві, що обґрунтовував порушення відповідача­ми порядку повідомлення учасників ТОВ, було відмовлено в позові про визнання незаконним протоколу загальних зборів учасників саме з цих підстав.

Загальні збори учасників обирають голову загальних зборів (го­лову товариства), який скликає і веде збори.

Кількість голосів кожного учасника залежить від розміру його частки.

Рішення ухвалюються простою більшістю голосів учасників, *що беруть участь у зборах*, а з питань визначення основних напрямів діяльності товариства, внесення змін до статуту і виключення учасника з товариства — простою більшістю голосів *від загальної кількості голосів учасників товариства.*

Так само як і в AT за Законом України «Про акціонерні товари­ства» , загальні збори учасників ТОВ можуть бути проведені шляхом опитування учасників, тобто — заочно. Утім, на відміну від AT, у ТОВ для ухвалення рішення шляхом опитування одностайність учасників не вимагається.

Виконавчий орган ТОВ (ст.145 ЦК України, ст.62 Закону України «Про господарські товариства») може бути колегіальним (дирекція, очолювана генеральним директором) або одноосібним (директор).

Статус виконавчого органу ТОВ такий же, як у виконавчого органу AT.

Генеральний директор (директор) ТОВ не може бути одночасно го­ловою загальних зборів учасників товариства (головою товариства).

Як і в AT, контроль за фінансово-господарською діяльністю виконавчого органу ТОВ може бути внутрішнім (постійним) і зо­внішнім (ad hoc).

*Внутрішній постійний контроль* здійснюється органами, що створюються загальними зборами учасників (ст.146 ЦК України).

Таким органом може бути передбачена ст.63 Закону України «Про господарські товариства» ревізійна комісія, яка повинна складатися не менше, ніж з трьох учасників товариства і має статус, який є аналогічним статусу ревізійної комісії AT.

Разом із тим, у багатьох ТОВ сформувати ревізійну комісію неможливо фізично, оскільки в таких товариствах один або два учасники, або частина учасників є членами виконавчого органу, а кількість учасників, не задіяних у роботі виконавчого органу, є меншою від трьох. У таких товариствах можуть створюватися інші одноосібні (ревізор, президент) або колегіальні (наглядова рада, наглядова комісія) органи внутрішнього постійного контролю, які можуть складатися як з учасників товариства, так і третіх осіб. Компетенція таких органів визначається статутом товариства.

*Зовнішній контроль ad hoc* здійснюється, як і в AT, аудитор­ською перевіркою (ст.146 ЦК України). Така перевірка може про­водитися або за рішенням загальних зборів, або на вимогу одного або декількох учасників ТОВ, незалежно від розміру їхньої частки.

## § 12. Правовий статус повного і командитного товариств

Використання учасниками відносин у сфері господарювання таких видів господарських товариств, як повне і командитне (на­зивають також довірчими товариствами або товариствами на вірі) трапляється досить рідко.

Причиною цього є вищий ступінь відповідальності за зобов'я­заннями таких товариств для всіх учасників повного товариства і для повних учасників командитного товариства порівняно з від­повідальністю акціонерів в акціонерному товаристві і учасників у товариствах з обмеженою і додатковою відповідальністю.

Повне товариство (як і командитне, про що вже вказувалося раніше) створюється і діє на основі *засновницького договору*, який підписується всіма учасниками. Засновницький договір повно­го товариства, окрім загальних вимог законодавства до змісту установчих документів, повинен містити відомості про розмір і порядок зміни часток кожного з учасників у складеному капіталі товариства, про розмір, склад і порядок (включаючи строк) внесен­ня ними вкладів, а також про форму їх участі в справах товариства (ст. 120 ЦК України і ст. 67 Закону України «Про господарські товариства»).

Ведення справ повного товариства може здійснюватися або за спільною згодою всіх учасників, або одним чи декількома з них, які виступають від імені товариства. В останньому випадку обсяг повноважень учасників визначається засновницьким договором і дорученням, яке має бути підписане рештою учасників.

Учасники, яким було доручено ведення справ повного товари­ства, зобов'язані надавати іншим учасникам на їх вимогу повну інформацію про дії, що здійснюються від імені і на користь товари­ства. Учасники повного товариства не мають права від свого імені і в своїх інтересах укладати угоди, однорідні з цілями товариства, а також брати участь у будь-яких товариствах (окрім акціонерних), які мають однорідну з повним товариством мету діяльності.

Згідно з ч. 2 ст. 119 ЦК України особа може бути учасником лише одного повного товариства. Таке обмеження щодо участі у повному товаристві цілком обґрунтоване, оскільки учасники повного товари­ства займаються спільною підприємницькою діяльністю і несуть со­лідарну додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями товариства всім своїм майном.

Це означає, що кожен учасник відповідає за зобов'язаннями то­вариства додатково до майна товариства всім своїм майном, на яке відповідно до законодавства України може бути звернене стягнення, незалежно від розміру його внеску в повному товаристві і від розміру внесків інших учасників. Учасник повного товариства відповідає за боргами товариства незалежно від того, чи виникли вони після або до його вступу до товариства. Учасник, який повністю сплатив борги товариства, має право звернутися з регрес ною вимогою до ре­шти учасників, які несуть перед ним відповідальність пропорційно своїм часткам у майні товариства.

Учасник повного товариства, яке було створено на невизначений термін, може у будь-який час вийти з товариства, попередивши про це решту учасників не пізніше, ніж за 3 місяці. Вихід учасника з пов­ного товариства, створеного на певний строк, допускається лише за наявності поважних причин (переїзд на постійне місце проживання в інший регіон або державу, призов на строкову військову службу та ін.) за умови, що попередження про це поступило не пізніше, ніж за 6 місяців.

Передача учасником повного товариства своєї частки (її частини) іншим учасникам такого товариства або третім особам може бути здійснена тільки за згодою всіх учасників. При цьому, разом з пере­дачею долі (її частини) третій особі здійснюється одночасний перехід всієї сукупності прав і обов'язків, які належали учасникові, що ви­був з товариства, або такому, що поступився частиною своєї частки.

До особливостей правового статусу повного товариства необхід­но також віднести відсутність вказівок у чинному законодавстві України на обов'язкове формування складеного капіталу і про його мінімальний розмір, що пояснюється солідарною *відповідальністю учасників повного товариства за зобов'язаннями товариства всім своїм майном*. Найменування повного товариства повинне містити прізвища (найменування) учасників (ст. 2 Закони України «Про господарські товариства»).

Командитне товариство є свого роду гібридним і об'єднує в собі ознаки повного товариства, з якого воно історично виникло, і товариства з обмеженою відповідальністю. Тому, для одних учас­ників такого товариства (повних учасників) головними є елементи повного товариства, оскільки такі повні учасники здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і несуть за його зобов'язаннями додаткову солідарну відповідальність всім своїм майном, на яке може бути звернене стягнення згідно із законом, а для інших учасників (вкладників) — головними є елементи ТОВ, оскільки вони не беруть участі в управлінні справами і присутні в діяльності товариства лише своїми вкладами, а їх відповідальність за зобов'язаннями товариства обмежена вартістю внеску.

Правовий статус командитного товариства визначається норма­ми ч. 6 ст. 80 ГК України, ст.ст. 133-139 ЦК України і ст.ст. 67-74 Закону «Про господарські товариства» (які регулюють створення і діяльність повних товариств, у тому числі вимоги щодо наймену­вання товариства, про порядок створення і ліквідації, відсутність вимог щодо мінімального складеного капіталу товариства і т. д.) з урахуванням особливостей, передбачених ст.ст. 78-83 того ж Закону (що належать безпосередньо до командитних товариств). *Засновницький договір командитного товариства*, окрім спільних вимог до установчих документів господарських товариств (ст. 4 За­кони «Про господарські товариства» і ст. 88 ЦК України), а також вимог до засновницького договору повного товариства (ст. 67 Закону України «Про господарські товариства» і ст. 120 ЦК України), по­винен містити відомості про сукупний розмір часток вкладників у майні товариства, а також про розмір, склад і порядок внесення ними вкладів.

*Правове положення повних учасників командитного товари­ства* є аналогічним описаному вище правовому положенню учас­ників повного товариства (ч.І ст. 135 ЦК України). Тому представ­ляється доцільним зупинитися на особливостях участі *вкладників* у командитному товаристві.

Вкладники можуть вступити в командитне товариство шляхом внесення грошових або матеріальних (майнових) внесків.

Вкладники можуть діяти від імені командитного товариства лише в разі наявності довіреності. Натомість вони мають право ви­магати першочергового повернення внеску (на відміну від повних учасників) у разі ліквідації товариства, вимагати надання ним для перевірки річних звітів і балансів.

Сукупний розмір часток вкладників не повинен перевищувати 50% вартості складеного капіталу товариства, вказаного у заснов­ницькому договорі. На момент реєстрації командитного товариства кожен з вкладників повинен внести не менше 25% свого внеску.

*Управління справами командитного товариства* здійснюєть­ся тільки повними учасниками. Якщо ж у командитному товаристві тільки один повний учасник, то управління справами товариства здійснюється цим учасником самостійно.

Окрім загальних підстав припинення діяльності господарських товариств (передбачених ст. 91 ГК України, ст. 104 ЦК України і ст. 19 Закону України «Про господарські товариства»), командитне товариство припиняється також у разі вибуття всіх повних учас­ників. При вибутті ж усіх вкладників повні учасники мають право замість ліквідації командитного суспільства реорганізувати його в повне товариство.

## § 13. Об'єднання підприємств

*Об'єднанням підприємств є господарська організація, утворе на у складі двох або більше підприємств з метою координації їх виробничої*, *наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних і соціальних завдань* (ст. 118 ГК України). Регулювання правових засад утворення і функціонування об'єднань підприємств здійснює глава 12 ГК України.

Об'єднання підприємств є юридичною особою. Підприємства - учасники об'єднання зберігають статус юридичної особи незалежно від організаційно-правової форми об'єднання, і на них поширю­ються положення відповідних законів про регулювання діяльності підприємств.

Об'єднання підприємств утворюються підприємствами на добро­вільних засадах або за рішенням органів, які відповідно до закону мають право їх утворювати. Таким чином, об'єднання підприємств можна класифікувати на *договірні* і *наказні* утворення.

Залежно від того, який установчий документ визначає взаємо­відносини учасників об'єднання (установчий договір або статут), їх можна класифікувати на *договірні* (асоціація, корпорація) і *ста­тутні* (консорціум, концерн).

Залежно від характеру взаємовідносин між об'єднанням та його членами розрізняють об'єднання *координаційного* і *субординаційного* типу. Перші займаються координацією основної господарської діяльності членів об'єднання і можуть виконувати одну або декілька виробничо-господарських і управлінських функцій у відношенні до них (асоціація, корпорація та інші об'єднання з координаційним характером зв'язків). Другі спеціалізуються на управлінні підпри­ємствами, що входять до складу об'єднання (концерни, державні об'єднання та ін.).

До об'єднань можуть входити підприємства, створені за законо­давством інших держав, а підприємства України можуть входити до об'єднань, утворених на території інших держав.

Майно об'єднання, внесене його учасниками, відбивається на його балансі. До складу майна господарського об'єднання не входить майно членів цього об'єднання.

Об'єднання підприємств не відповідає за зобов'язаннями його учасників, а підприємства-учасники не відповідають за зобо­в'язаннями об'єднання, якщо інше не передбачене договором або статутом об'єднання.

Господарські об'єднання мають найвищі органи управління (за­гальні збори учасників) і утворюють виконавчі органи, передбачені статутом такого об'єднання.

Учасники об'єднання можуть вносити на умовах і в порядку, пе­редбачених його установчими документами, майнові внески (вступ­ні, членські, цільові і т.ін.). Підприємства-учасники об'єднання можуть вийти з його складу із збереженням взаємних зобов'язань і укладених договорів з іншими суб'єктами господарювання. Май­но, яке залишилося після припинення діяльності господарського об'єднання, розподіляється між підприємствами і організаціями, які входили до нього.

Господарські об'єднання утворюються у вигляді асоціацій, кор­порацій, консорціумів, концернів та інших об'єднань підприємств, передбачених законодавством.

Особливим правовим статусом володіють державні і комунальні господарські об'єднання.

*Державне (комунальне) господарське об'єднання* — об'єднання підприємств, утворене державними (комунальними) підприємства­ми за рішенням Кабінету Міністрів України, міністерств або інших органів, до сфери управління яких входять підприємства, що ство­рюють об'єднання, або рішенням компетентних органів місцевого самоврядування. Такі об'єднання утворюються переважно у формі корпорацій або концернів, незалежно від найменування об'єднання (комбінат, трест і т.ін.).

Підприємство, яке входить до складу такого об'єднання, не має права без згоди об'єднання виходити з його складу, а також об'єднувати на добровільних засадах свою діяльність з іншими суб'єктами господарювання і ухвалювати рішення про припинення своєї діяльності.

Розглянемо різні види об'єднань підприємств.

*Асоціація* — це договірне об'єднання, створене з метою постійної координації господарської діяльності підприємств, що об'єдналися, шляхом централізації однієї або декількох виробничих і управлін­ських функцій, розвитку спеціалізації 1 кооперації виробництва, організації спільних виробництв на основі об'єднання учасниками фінансових і матеріальних ресурсів для задоволення переважно господарських потреб учасників асоціації.

Асоціація—найбільш поширена форма господарських об'єднань, яка відрізняється від концерну і корпорації невисоким рівнем цен­тралізації, а від консорціуму - широкою спрямованістю. Позитивна риса асоціації — те, що її учасники не обмежуються в можливостях вступу до інших асоціацій та господарських об'єднань.

В рамках асоціацій їх учасники зазвичай координують виконан­ня окремих своїх завдань або спільно здійснюють тільки частину не основних функцій. Таке обмеження зв'язку між учасниками уне­можливлює взаємну майнову відповідальність за боргами учасників і асоціації загалом. З іншого боку, це робить можливою участь тієї самої юридичної особи в різних асоціаціях.

Управління в асоціації може здійснюватися як спеціально ство­реними органами управління, так і головною юридичною особою (з відома учасників). Орган управління, що створюється в асоці­ації, для учасників в основному є інформуючим, координуючим центром, який забезпечує узгоджені дії з окремих видів діяльнос­ті, Він може бути і центром, який акумулює грошові кошти для здійснення інвестицій і загальних завдань.

З метою забезпечення захисту конкуренції і недопущення її не­правомірного обмеження Антимонопольним комітетом України розроблені *Принципи* забезпечення відповідності антимонополь­ному законодавству утворення та діяльності асоціації підприємців.

Об'єднання підприємців в асоціацію з урахуванням цих Прин­ципів розглядається Антимонопольним комітетом України як здійснення підприємцями їх законного права на договірне добро­вільне об'єднання з метою, визначеною в ч.І ст. 118 ГК України, і у вигляді, який не суперечить антимонопольному законодавству, тобто без створення монопольного утворення, монополізації ринків і без обмеження конкуренції. Принципи застосовуються до асоціацій, що створюються підприємцями, які є конкурентами, або підприєм­цями, які не є конкурентами, проте їх об'єднання на інших умовах, ніж визначено в Принципах, може привести до появи монопольного утворення, монополізації ринку, обмеження конкуренції.

Найбільш характерними видами координаційної діяльності і функцій асоціації, які не призводять до створення монопольних утворень, монополізації ринків, обмеження конкуренції, є:

а) забезпечення учасників асоціації інформацією щодо технічних розробок, промислових стандартів, тощо;

б) надання учасникам послуг, які найефективніше можуть на­даватися на галузевому рівні або централізовано (зокрема, таких, як юридичні консультації, допомога в здійсненні експорту, страху­вання, кредитування, навчання);

в) затвердження норм поведінки асоціації, її учасників або прий­няття внутрішнього кодексу поведінки з урахуванням вказаних Принципів. Метою норм є стимулювання кращої підприємницької політики учасників, справедливе поводження із споживачами, до­тримання правил і чесних звичаїв у підприємництві;

г) підтримка інтересів учасників у державних органах; коорди­нація спільних розробок і досліджень.

На підставі відповідних норм чинного законодавства в установ­чих документах асоціації можуть бути передбачені додаткові до­пустимі види діяльності асоціації, які пов'язані з особливостями функціонування галузей, ринків, їх сегментів, зокрема, їх дер­жавним регулюванням і контролем, особливостями промислової політики в галузі.

Зміни в установчих документах асоціації, які призводять до пере­реєстрації асоціації відповідно до ч. 14 ст. 58 ГК України, попередньо обов'язково узгоджуються з Антимонопольним комітетом України.

*Корпорацією* визнається договірне об'єднання, створене на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, з делегуванням ними окремих повноважень, що стосуються централізованого регулювання діяльності кожного ^ з учасників, органам управління корпорації. Члени корпорації зберігають виробничо-господарську самостійність, але за певним колом питань відповідно до договору підкоряються єдиному центру ухвалення господарських рішень.

Слід зазначити, що корпорація виконує лише ті функції і здій­снює ті повноваження, які добровільно передані їй учасниками.

Важливою рисою корпорації є також те, що вона не може розпо­ряджатися майном підприємств, які входять до її складу на правах засновників.

У господарській практиці розрізняють корпорації, що створю­ються підприємствами на основі договору, і корпорації, що створю­ються за рішенням уряду або Президента України. В останньому випадку корпорації виступають як правонаступники міністерств, департаментів, тощо. Такі корпорації створюються на добровільних засадах і об'єднують державні підприємства за галузевою ознакою або єдиним технологічним циклом, проте до їхнього складу можуть

входити інші підприємства, господарські організації й об'єднання незалежно від форми власності1.

*Концерном* визнається статутне об'єднання підприємств, а також інших організацій, на основі їх фінансової залежності від одного або групи учасників об'єднання, з централізацією функцій науково-технічного і виробничого розвитку, інвестиційної, фінан­сової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності. Учасники концер­ну наділяють його частиною своїх повноважень, зокрема, правом представляти їх інтереси у відносинах з органами влади, іншими підприємствами й організаціями. Учасники концерну не можуть бути одночасно учасниками іншого концерну.

Головна особливість концерну — фінансова залежність учасників об'єднання і централізація широкого кола функцій. Учас­ники наділяють концерн правом вирішувати питання, пов'язані з матеріально-технічним забезпеченням, збутом продукції та інші важливі питання.

Властива концерну централізація значної частки виробничо- господарських функцій і здійснення всіма його учасниками єдиної політики у межах концерну призводить до наділення його широким колом власних повноважень здійснення виробничої діяльності, зо­крема щодо створення централізованих фінансових фондів, нових суб'єктів господарської діяльності на користь учасників концерну.

Тому ГК України встановив заборону для учасників концерну бути учасниками інших концернів, проте вони мають право бути членами різних асоціацій. Жорсткий зв'язок учасників у концерні створює умови для існування додаткової майнової відповідальності учасників за його зобов'язаннями загалом, про що можуть домови­тися учасники концерну.

*Консорціум* — тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення його учасниками певної загальної господарської мети (реалізації цільових програм, науково-технічних, будівельних про­ектів тощо). Консорціум використовує грошові кошти і ресурси, виділені на фінансування відповідної програми, в порядку, ви­значеному його статутом, а після досягнення мети його створення припиняє свою діяльність (ліквідовується або перетворюється на інший вид об'єднання).

У зв'язку з цим консорціуми не допускають високого рівня централізації і концентрації управління. Вступаючи до складу об'єднання, його учасники не лише зберігають права юридичних осіб, але і можливість вільного виходу з нього.

Слід розрізняти *господарські об'єднання і господарські това­риства.* Вони володіють низкою *загальних рис:*

* основою їх створення є договір (угода) Учасників та/або статут;
* статутний фонд формується за рахунок коштів засновників (учасників);
* їх члени, як правило, беруть участь в управлінні таким утво­ренням.

*Відмітними рисами об'єднань* підприємств є:

а) різні джерела правового регулювання;

б) наявність у статусі об'єднання координаційної і управлінської компетенції щодо підприємств-учасників, що відсутнє в господар­ських товариствах;

в) завдання господарського товариства, як правило, не перети­наються з основною господарською діяльністю його засновників. Об'єднання створюється в цілях постійної координації (управління) основної господарської діяльності його учасників;

г) майно господарського товариства може належати йому лише на праві власності, а господарське об'єднання може бути наділене також правом господарського ведення або оперативного управління.

Наразі в літературі наголошується, що законодавство не дозволяє провести достатньо чітку грань між поняттями господарських това­риств і господарських об'єднань, оскільки функції господарського товариства, що реалізуються, наприклад, в холдингу, аналогічні більшості функцій господарських об'єднань.

Згідно зі ст. 126 ГК України сформована ще одна форма об'єднань підприємств — *асоційоване підприємство.* Це група суб'єктів гос­подарювання — юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в ста­тутному фонді та/або управлінні. Залежність між асоційованими підприємствами може бути *простою* і *вирішальною.*

*Проста залежність* виникає у випадку, якщо один з них має можливість блокувати прийняття іншою (залежною) особою рішень, які повинні прийматися відповідно до закону та/або установчих документів цього підприємства кваліфікованою більшістю голосів.

*Вирішальна залежність* виникає у випадках, коли між підпри­ємствами встановлюються стосунки контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статут­ному фонді та/або загальних зборах або інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства, зокрема, володіння контрольним пакетом акцій.

Стосунки вирішальної залежності можуть встановлюватися за умови відповідного погодження з боку Антимонопольного комітету України. Наявність простої або вирішальної залежності має бути за­значена у відомостях державної реєстрації залежного підприємства і надрукована в засобах масової інформації".

Згідно з ч. 5 ст.126 ГК України під *холдинговою компанією* розуміється публічне акціонерне товариство, що володіє, користується і розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств (крім пакетів акцій, що перебувають у державній власвості). Особ­ливості правового статусу холдингів визначається Законом «Про холдингові компанії в Україні» від 16.03.2006 р. Між холдинговою компанією та її дочірніми підприємствами встановлюються від­носини контролю-підпорядкування і на цих засадах — відносини економічної залежності.

Дочірні підприємства, залежні від холдингової компанії або створюючі ПФГ, залишаються юридично самостійними учасника­ми, проте пов'язані відносинами організаційно-економічної залеж­ності. Холдинг — головний суб'єкт частіше є «фінансовим центром і мозком» економічного об'єднання, причому даний суб'єкт, хоча і може, але найчастіше сам господарської діяльності не здійснює.

Для виділення групи суб'єктів в холдинг необхідно, щоб еконо­мічне об'єднання характеризувалося наступними *ознаками:*

--холдинг — головний суб'єкт має бути власником акцій інших учасників групи;

--пакет акцій, що належить холдингу — головному суб'єктові, дає можливість контролювати інших учасників групи;

--учасники групи, контрольовані холдингом, мають бути юри­дично самостійними особами;

--представники дочірніх підприємств можуть і не брати участі в управлінні справами холдингової компанії;

--право вільного виходу мають тільки засновники холдингу, а не його учасники — дочірні підприємства, хоча може скластися ситуація, коли засновник і учасник є однією особою. В даному ви­падку вихід здійснюватиметься згідно зі статутом холдингу;

--холдинг, за своєю суттю, може виступати як підприємство і як орган господарювання, що здійснює управління діяльністю під­леглих йому дочірніх підприємств.

Холдингова компанія може переслідувати різні цілі. Найваж­ливішими з них є:

а) розширення масштабів комерційних операцій шляхом ство­рення нових фірм і придбання контролю над вже існуючими;

б) узгодження виробничих, інвестиційних і збутових програм реалізації дочірніх підприємств;

в) оптимізація оподаткування;

г) розподіл господарських ризиків між різними дочірніми фір­мами тощо.

В Україні спеціальній регламентації піддається діяльність холдин­гів, що створюються на базі державних підприємств: до них застосо­вується Указ Президента «Про холдингові компанії, що створюються в процесі корпоратизації та приватизації» від 01.05.94 р. № 224/94.

Холдингові компанії створюються у формі публічного акціонер­ного товариства шляхом об'єднання в статутному фонді контроль­них пакетів акцій дочірніх підприємств та інших активів. Таким чином, дочірнє підприємство — це господарюючий суб'єкт, кон­трольним пакетом акцій якого володіє холдингова компанія.

Контрольний пакет акцій — це кількість акцій (пай, частка ста­тутного фонду), яка дає право холдинговій компанії здійснювати фактичний контроль над господарюючим суб'єктом. Рішення для підтвердження наявності контрольного пакета акцій, якщо його розмір складає менше 51%, приймає Антимонопольний комітет України з урахуванням конкретних особливостей установчих до­кументів і структури статутних фондів підприємств.

Проекти установчих документів і планів розміщення акцій холдингових компаній підлягають узгодженню з АМК України. Це необхідно для того, щоб створення холдингових компаній не при­водило до протизаконної концентрації суб'єктів господарювання. Відповідні питання регламентовані Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. (див. докладніше роз­діл 9 підручника).

По суті холдинг виступає як компанія, яка визначає стратегію дочірніх підприємств. Якщо під впливом контролюючого суб'єкта господарювання дочірньою організацією були укладені невигідні для неї угоди або правочини, то контролюючий суб'єкт повинен компенсувати заподіяні дочірньому підприємству збитки. Якщо дочірня організація з вини контролюючої опиниться в становищі неплатоспроможності і буде визнана банкрутом, то субсидіарну від­повідальність перед кредиторами дочірнього підприємства нестиме контролююче підприємство (ст. 126 ГК України).

Своєрідним правовим статусом характеризуються також *промислово-фінансова група (ПФГ).* Відповідно до ст. 1 Закону "Про промислово-фінансові групи в Україні» від 21.11.95 р. іст. 125 ГК України ПФГ *є об'єднанням, в яке можуть входити промислові та інші підприємства, банки, наукові і проектні установи, інші установи і організації всіх форм власності, що створюється за рішенням Кабінету Міністрів України на певний строк з метою реалізації державних програм розвитку пріоритетних галузей виробництва і структурної перебудови економіки України і ви­робництва кінцевої продукції.*

Підприємства, які входять до складу ПФГ, пов'язані між собою численними зв'язками фінансової, виробничої, збутової та іншої залежності на підставі договору про спільну діяльність.

Основними цілями створення ПФГ є:

- збереження і розвиток єдиних виробничо-технологічних комп­лексів, продукція яких конкурентоздатна на світовому ринку;

- створення фінансово стійких організаційних структур, здат­них виконувати самофінансування структурних змін;

- здійснення узгодженої міжгалузевої корпоратизації,

Важливо підкреслити, що *метою ПФГ в господарських стосун­ках є не отримання прибутку, а реалізація державних програм розвитку економіки*, хоча кожен учасник ПФГ однією зі своїх цілей ставить також отримання прибутку. Це означає, що ПФГ орієнтуєть­ся на досягнення вигідного для всіх учасників спланованого вироб­ничого результату. У цьому закладена програмно-функціональна, а не конкретно-комерційна ідея ПФГ.

ПФГ створюються і функціонують з дотриманням вимог законо­давства про захист економічної конкуренції згідно а Положенням про створення (реєстрацію), реорганізацію і ліквідацію промислово- фінансових груп, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 20.07.96 р. № 781.

*ПФГ складається з головного підприємства і учасників.*

Головним є підприємство, яке виробляє кінцеву продукцію, здійснює її збут, сплачує податки в Україні і офіційно представляє інтереси ПФГ в Україні та за її межами. У складі ПФГ може бути тільки одне головне підприємство. Учасники ПФГ—підприємство, банк, наукова або проектна установа, організація, створені згідно з законодавством України, або іноземна юридична особа, яка входить до складу ПФГ, виробляє проміжну продукцію або надає банківські чи інші послуги учасникам і головному підприємству ПФГ і має на меті отримання прибутку.

Для створення ПФГ необхідно виконати низку встановлених законодавством *умов:*

підприємство, установа, організація можуть бути головним підприємством або учасником тільки однієї ПФГ;

у складі ПФГ може бути тільки один банк;

головним підприємством не може бути торговельне, транспорт­не підприємство, підприємство у сфері громадського харчування, побутового обслуговування, матеріально-технічного постачання, банк, фінансово-кредитна установа;

створення ПФГ забороняється у сфері торгівлі, громадського харчування, побутового обслуговування населення, матеріально- технічного забезпечення, транспортних послуг;

керівник головного підприємства одночасно є за посадою пре­зидентом ПФГ.

Взаємні зобов'язання головного підприємства і учасників ПФГ щодо виробництва кінцевої продукції, а також взаємні зобов'язання учасників ПФГ щодо виробництва проміжної продукції оформля­ються відповідно до Генеральної угоди про спільну діяльність ПФГ та двосторонніми угодами. .

ПФГ, до складу учасників якої входять українські та іноземні юридичні особи, має статус *транснаціональної ПФГ,*

*Схожість* ПФГ, холдингу й об'єднання підприємств виявляється в тому, що вони створюються на добровільних засадах, здійснюють управління або координацію діяльності своїх учасників, якими можуть бути тільки юридичні особи, зокрема підприємства та інші господарські організації однієї або різних галузей виробництва. Стосовно їх здійснюється антимонопольно регулювання (зокрема, при їх створенні).

*Відмінність об'єднань підприємств і ПФГ:*

а) господарське об'єднання є юридичною особою, ПФГ такого статусу не має;

б) господарське об'єднання може створюватися як на невизна- чений строк, так і на визначений, але діяльність ПФГ завжди має тимчасовий характер;

в) установчими документами господарського об'єднання є ста­тут і засновницький договір; а в ПФГ відношення між учасниками регулює Генеральна угода про спільну діяльність;

г) ПФГ має специфічний порядок реєстрації, який здійснюється Міністерством юстиції України, а об'єднання підприємств реєстру­ються в загальному порядку;

д) правове положення ПФГ відрізняється від об'єднання також певними вимогами до учасників ПФГ (наприклад, обов'язкова участь банку) і обмеженнями щодо сфер діяльності (заборона на ство­рення ІІФГ у сферах торгівлі, громадського харчування, транспорт­них послуг та ін.), що не характерне для господарського об'єднання.

Згідно зі ст. 127 ГК України об'єднання інтересів підприємств може відбуватися і в інших формах. Зокрема, світовій практиці відомі союзи, картелі, синдикати, корнери, конгломерати, трести.

Окремі автори формою господарського об'єднання називають франчайзинг. Проте, враховуючи вимоги глави 36 ГК України щодо ; договору комерційної концесії, франчайзинг є скоріше формою використання одним суб'єктом прав іншого суб'єкта, ніж формою господарського об'єднання.

Незважаючи на позитивне значення концентрації капіталу у формі господарських об'єднань, воно має і значні негативні на­слідки. Зокрема, міжнародна інтеграція вітчизняних підприємств збільшує залежність української економіки від світових фінансових ринків, погіршує конкурентну позицію вітчизняного бізнесу, що призводить до банкрутства окремих підприємств і цілих галузей, підсилює відтік інтелектуального потенціалу тощо.

## § 14. Суб'єкти некомерційної господарської діяльності (неприбуткові організації)

Поняття суб'єктів некомерційної господарської діяльності варто розглядати з погляду суб'єктного складу некомерційної господарської діяльності, якій присвячена глава б розділу 1 ГК України (ст.ст. 52- 54), поняття непідприємницьких товариств та установ, закріплених у ст.ст. 83,85,86 ЦК України, і поняття неприбуткових організацій, закріплених у податковому законодавстві.

Положення ст. 52 ГК України визначають склад некомерційної господарської діяльності. Некомерційне господарювання — це са­мостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економіч­них, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку. Некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки в галузях (видах діяльності), в яких забороняється підприємництво, на основі рішення відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування. Некомерційна господарська діяльність може здійснюватися також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється законом.

У відповідності зі ст. 85 ЦК України непідпрнємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його на­ступного розподілу між учасниками.

Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.94 р. № 334/94 у п.11.1 ст. 7 визначає вичерпний перелік неприбуткових організацій. Зокрема, до неприбуткових установ й організацій належать:

а) органи державної влади України, органи місцевого самовря­дування й створені ними установи або організації, які втримуються за рахунок коштів відповідних бюджетів;

б) благодійні фонди й благодійні організації, у тому числі гро­мадські організації, створені з метою виробництва екологічної, оздоровчої, спортивної, культурної, освітньої й наукової діяльності, а також творчі союзи й політичні партії, науково-дослідні установи й вищі навчальні заклади III—IV рівнів акредитації, які внесені до Державного реєстру наукових установ, яким надається підтримка держави, заповідники, музеї-заповідники;

в) пенсійні фонди, кредитні спілки;

г) спілки, асоціації й інші об'єднання юридичних осіб, створені для представлення інтересів засновників, які утримуються лише за рахунок внесків таких засновників і не здійснюють господарську діяльність, за винятком одержання пасивних доходів;

д) релігійні організації, зареєстровані в порядку, передбаченому законодавством;

в) житлово-будівельні кооперативи, об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, створені в порядку, визначеному за­конодавством ;

ж) професійні спілки, їх об'єднання й організації профспілок.

Виходячи з аналізу даних положень, можна дійти висновку, що суб'єктами некомерційного господарювання є ті суб'єкти, які систематично здійснюють самостійну господарську діяльність, спрямовану на досягнення економічних, соціальних й інших ре­зультатів *без мети одержання прибутку.* Дані суб'єкти створюються для виконання благодійних, культурних, наукових, управлінських функцій, функцій з охорони здоров'я громадян, задоволення їх духовних й інших нематеріальних потреб, захисту прав і законних інтересів тощо.

Варто звернути увагу, що розподіл суб'єктів господарювання на комерційні й некомерційні пов'язаний *не з фактом* одержання прибутку, *а з метою* його одержання, що визначається в установ­чих документах при створенні суб'єкта господарювання. Тому не виключена можливість отримання суб'єктами некомерційного гос­подарювання прибутку (доходу), однак при цьому вони не можуть вільно розпоряджатися ним, розподіляти чистий прибуток між засновниками, а останній повинен спрямовуватися, як правило, на забезпечення статутних цілей діяльності організації.

Майно некомерційним суб'єктам господарювання може належа­ти на праві власності й праві оперативного управління. Зокрема, казенні підприємства володіють, користуються й розпоряджаються державним майном на праві оперативного управління.

Можна погодитися з точкою зору B.C. Щербини з приводу того, що виділення в ГК й інших актах господарського законодавства неприбуткових організацій як самостійних суб'єктів, що можуть здійснювати певні види господарської діяльності, має найбільш важливе значення з погляду оподатковування цих осіб. Для госпо­дарського ж законодавства більш прийнятним є розподіл суб'єктів господарювання залежно від мети їхньої діяльності на підпри­ємницькі (комерційні) і непідприємницькі (некомерційні). Цей висновок підтверджується й нормами ЦК України (ст.ст. 84 й 85).

Особливості створення, державної реєстрації та припинення діяльності суб'єктів некомерційного господарювання окремих організаційно-правових форм регламентується ГК України й низ­кою законів, а також у підзаконних нормативно-правових актах.

Діяльність иекомерційних суб'єктів господарювання регламен­тується окремими законодавчими актами. Зокрема, Законом «Про благодійність та благодійні організації» від 16.09.97 р. № 531/97. Цей Закон встановлює, що основними ознаками благодійних орга­нізацій є: а) недержавна організація, б) мета — здійснення благодійної діяльності в інтересах суспільства або окремих категорій осіб; в) неприбутковий характер діяльності. Закон України«Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.91 р. № 987 визначає, що релігійні організації створюються з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідати й поширювати віру. Вони в порядку, передбаченому законодавством, мають право для досягнення своїх цілей, що закріплені у статуті, засновувати видавничі, поліграфіч­ні, виробничі й інші підприємства, а також благодійні установи. Прибуток від такої діяльності обкладають податками в порядку Й розмірах, встановлених для підприємств громадських організацій. Закон України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 р. № 2365 закріплює, що політичні партії не мають права засновувати підприємства й займатися комерційною діяльністю, за винятком продажу пропагандистсько-агітаційних матеріалів і проведення суспільно-політичних заходів.

Крім зазначених вище законів, також дані питання регулюються: законами України «Про професійні спілки, їх правах та гарантії діяльності» від 15.09.99 p. № 1045, «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 р. N° 2908, «Про об'єднання співвласників багатоквар­тирного будинку» від 29.11.2001 р. № 2866 тощо.

Всі ці закони поряд з Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств» також закріплюють некомерційний статус зазначених суб'єктів.

При цьому спеціальний режим оподатковування для некомерційних суб'єктів господарювання в частині звільнення від податку на прибуток виникає з моменту їх включення до Державного реєстру неприбуткових установ і організацій, відповідне положення про який затверджено наказом Державної податкової адміністрації України 232 від 11.07.97 р.

Разом з тим, невключения такої особи до зазначеного Реєстру не означає відсутність у нього некомерційного статусу. Як справедливо відзначив у цьому зв'язку Вищий господарський суд України, пере­глядаючи в касаційному порядку справу за участю некомерційної організації як відповідача, «сам по собі факт невнесення відпо­відача до Реєстру неприбуткових організацій може свідчити про порушення встановленого порядку реєстрації, однак не нівелює статусу відповідача як некомерційної організації й не є свідченням прибуткової діяльності відповідача».

За характером здійснюваної діяльності зазначені суб'єкти істотно відрізняються один від одного. Переважна більшість таких органі­зацій виступає пасивним учасником у господарських відносинах, як правило, тільки одержуючи товари й послуги від суб'єктів підпри­ємництва. В основному їхня діяльність опосередкована соціальними Цілями, як, наприклад, задоволення потреб власних членів у сфері культури, спорту, дозвілля й т.ін., залучення уваги громадськості до різних проблемних питань функціонування суспільства й держави, що характерно для громадських організацій; надання благодійними фондами допомоги нужденним категоріям населення за рахунок внесків, безповоротної фінансової допомоги, пожертвувань; захист професійними спілками трудових і соціально-економічних прав й інтересів своїх членів.

Однак діяльність інших некомерційних суб'єктів спрямована, насамперед, на досягнення конкретного економічного ефекту у ви­гляді, наприклад, утримання та обслуговування нерухомого майна, що є основним видом діяльності об'єднань співвласників багатоквар­тирних будинків, будівництва житла — для житлово-будівельних кооперативів, кредитування й надання фінансових послуг — для кредитних спілок тощо.

Контрольні запитання:

1. У чому полягає поняття суб'єкта господарського права?
2. Як співвідносяться поняття суб'єкта підприємництва, суб'єкта господарювання й учасників відносин у сфері господарювання?
3. Назвіть ознаки і види суб'єктів господарювання.
4. У чому полягає правовий статус громадян — підприємців?
5. Що таке підприємство як основний господарюючий суб'єкт?
6. Які види підприємств передбачені законодавством України?
7. Визначте склад установчих документів суб'єктів господарю­вання.
8. У чому полягає правовий статус державних і комунальних унітарних підприємств?
9. Охарактеризуйте правовий статус казенних підприємств.
10. Дайте визначення й назвіть основні ознаки кооперативу як підприємства колективної власності.
11. Назвіть загальні етапи історії виникнення господарських товариств.
12. У чому полягає сутність і співвідношення різних видів гос­подарських товариств?
13. Визначте правовий статус акціонерного товариства.
14. У чому полягає відмінність правового статусу товариств з обмеженою й додатковою відповідальністю?

16. Назвіть основні ознаки повного й командитного товариства.

17 Яке місце господарських об'єднань у системі організаційно- правових форм господарювання?

1. Охарактеризуйте поняття суб'єкта некомерційної господар­ської діяльності (неприбуткової організації).

# Розділ 6 ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

## § 1. Поняття та види правового режиму майна суб'єктів господарювання

Кожен суб'єкт господарювання повинен мати матеріальну базу для ведення господарської діяльності. Таку матеріальну основу складає цілісний майновий комплекс, що включає речі (як об'єкт цивільних прав), майнові права, а також немайнові права, пов'язані з майновими (ст. 66 ч. 3 ГК України). Іншими словами, *цілісний майновий комплекс суб'єкта господарювання — це сукупність матеріальних і нематеріальних цінностей, що забезпечує здій­снення господарської діяльності відповідно до цілей суб'єкта гос­подарювання.*

Чинне законодавство України не передбачає обов'язкової наяв­ності цілісного майнового комплексу у кожного суб'єкта господарю­вання, що напевно не відповідає економічній дійсності. Без такого комплексу господарська діяльність неможлива, на що вказує й спеціальна література. Не лише виробництво товарів неможливе без наявності виробничих площ, обладнання, сировини та матеріалів, але й надання послуг неможливе без спеціальних знань, що мають вартісний вираз, та без відповідного персоналу, офісного обладнання та техніки. Достатня матеріальна база є істотною ознакою суб'єкта господарювання, що й повинно знайти належне відображення в законодавстві.

Як випливає з наведеного визначення, змістом цілісного майно­вого комплексу виступає майно. Ст. 139 ГК України до майна від­носить об'єкти, що мають вартість та відображені у внутрішньому обліку суб'єкта господарювання. Причому, взаємозв'язок майна з обліком є факультативною ознакою майна, оскільки, з одного боку, неможливе відображення об'єктів, що не мають вартості, і, з іншо­го боку, майно не втрачається, якщо воно не враховане суб'єктом господарювання. Слід підкреслити, що визначення майна в ст. 139 ГК України підкреслює його економічну роль, тоді як визначення майна в ст. 190 ЦК України (речі, сукупність речей, майнові права та обов'язки) можна розглядати швидше як перерахування елемен­тів поняття. Важливо відзначити, що цілісний майновий комплекс може включати також «нематеріальні блага» і «немайнові блага» (за термінологією ЦК України — глави 15 в цілому та ст. 201, зо­крема). Повертаючись до попереднього прикладу, не тільки верстати та обладнання, але і фірмове найменування, ноу-хау і комерційні таємниці, упізнаваність (ділова репутація у поєднанні з витратами на рекламу) входять до складу майна суб'єкта господарювання.

Матеріальні і нематеріальні цінності, що мають вартість та вхо­дять до складу цілісного майнового комплексу суб'єкта господарю­вання, називають *активами (ст.ст.* 47,73,139,167,213 ГК України) або *пасивами.* Суб'єкт господарювання має право використовувати активи в господарській діяльності на власний розсуд (наприклад, власні кошти, готова продукція, сировина, обладнання і т. п.). До складу пасивів входить майно, яке суб'єкт господарювання отримав від інших сторін правовідносин. До пасивів, зокрема, належить майно, вкладене засновниками на сплату статутного капіталу, зобов'язання за кредитами, контрактами, попередньо оплаченими контрагентами, цінними паперами.

Отже, *правовий режим майна суб'єкта господарювання являє собою систему правовідносин між суб'єктом господарювання та іншими учасниками господарських відносин, об'єктом яких є цілісний майновий комплекс суб'єкта господарювання або його складова частина, а предметом — права та обов'язки учасників господарювання, пов'язані з речовою правомочністю на цілісний майновий комплекс у господарській діяльності.*

*Цілісний майновий комплекс* суб'єкта господарювання як су­купність матеріальних та нематеріальних цінностей виконує три основні функції і займає провідне місце одразу в декількох інсти­тутах господарського права.

З огляду впливу на виробничий процес, цілісний майновий комплекс розділений на *виробничі* та *невиробничі фонди* (ст.ст. 10, 66 ГК України). З огляду участі у виробництві, цілісний майновий комплекс розділяють на *основні та оборотні фонди* (ст.ст. 47,139 ГК України). До основних фондів відносять речі та права, які беруть участь у виробництві впродовж декількох циклів, зберігаючи свою первинну форму за винятком зносу і ремонтів, наприклад, будівлі, споруди, верстати, прилади, меблі, інструменти. До оборотних фондів відносять речі і права що протягом одного виробничого ци­клу втрачають (або істотно змінюють) внаслідок використання свої матеріальні властивості, наприклад, сировина, напівфабрикати, енергоносії, грошові кошти і т. п.

Види правового режиму майна суб'єктів господарювання. Основу правового режиму майна суб'єкта господарювання складає *речова правомочність*. Така правомочність, поширюючись на весь цілісний майновий комплекс, водночас може належати різним учасникам господарських правовідносин. Наприклад, цілісний майновий комплекс орендного підприємства, створеного до 1995 року, нале­жить державі на праві власності; державному підприємству — на праві господарського відання, цехам державного підприємства — на праві оперативного користування, а організації колективу орендарів (власне орендному підприємству) — на правах орендаря.

Українське право використовує теорію єдиного права власності, згідно з якою визнають існування лише одного власника майна. Власник може передавати майно іншим особам на умовах, по­хідних від права власності. Господарсько-правові (господарсько- організаційні) відносини не є винятком у цьому випадку. Суб'єкти господарювання, що отримують цілісний майновий комплекс від власника, мають вужчі правомочності, ніж власник. Така теорія права власності розроблена академіком А.В. Венедіктовим. Відпо­відно до цієї теорії розрізняють *З основних речових правових режими майна суб'єкта господарювання (в порядку зменшення обсягів правомочностей ): 1) право власності; 2) право господарського відання; З) право оперативного управління.* До цих правових режимів майна можуть бути додані права на майно у внутрішньогосподарських від­носинах, а також інші речові права на чуже майно за загальними положеннями цивільного права.

Будь-який з зазначених режимів не виключає наявності у суб'єкта господарювання інших прав на майно. Себто стосовно окре­мих частин цілісного майнового комплексу суб'єкт господарювання може мати різні правомочності.

*Альтернативою викладеної вище теорії є концепція «розщепле­ної» власності*, *яка поширена в країнах англосаксонського (або <загального» ) права. Така концепція передбачае можливість одночасного існування декількох власників майна. При цьому кожен із власників найчастіше може розпоряджатися майном на свій розсуд та в своїх інтересах, і, звичайно, в таких умовах правомочності різних власників конкурують між собою. Коріння цієї традиції — у феодальному устрої держави, коли земля та розта­шоване на ній майно вважали належними державі, яку уособлював монарх. Монарх передавав частину території у власність окремим феодалам, ті передавали у власність васалам і, нарешті, васали (чи їхні васали) передавали землю у власність і на інших правах землеробам та скотарям, наприклад, віддавали в оренду, заставу, надавали узуфрукт та укладали інші угоди. Фактично кожен з* \**власників» володів різною правоздатністю відносно об'єкта «власності». Проте кожен міг захищати своє право як «власник" перед іншими «власниками» і третіми особами. У зв'язку з кон­куренцією «власників» розроблена детальна судова і законодавча практика, побудована, головним чином, на казуїстичних засадах — різні правила для зобов'язальних, речових і позадоговірних від­носин. Щоб уникнути дестабілізації правопорядку, був введений ряд законодавчих та договірних обмежень правомочностей подальших власників стосовно первісного "абсолютного» власника.*

*Поза сумнівом, позитивною характеристикою теорії «розщеп­леної власності» є уніфікація термінології режиму речових прав. Разом з тим, така уніфікація не є вичерпною: для розрізнення правомочностей різних власників, наприклад, на нерухомість, використовують до 20 термінологічних конструкцій, що відобра­жають специфіку титулу на майно та співвідношення з іншими власниками1. Найбільшим авторитетом у світі концепція «роз­щепленої власності» користується у складі інституту довірчої власності або трасту (тресту), який був запозичений практично всіма правовими системами континентального права, зокрема Україною (ст. 316 ЦК України ).*

Майно, яке належить суб'єктові господарювання згідно з речовим правом, характеризується як «*власне».* Проте цілісний майновий комплекс або його частина може належати такому суб'єктові і на зобов'язальному праві. Наприклад, засновник може передати під­приємству обладнання на праві господарського відання, а земельну ділянку — на праві оренди (користування). На додаток, суб'єкт гос­подарювання може самостійно орендувати устаткування і будівлі, взяти кредит у банку, отримати в безкоштовне користування базу відпочинку тощо. Майно, отримане на підставі зобов'язань, нази­вають *залученим,* що підкреслює тимчасовий характер володіння ним. Майно може залучатися на підставі договору оренди, лізингу, факторингу, кредиту, позики, комісійних, агентських угод тощо. До зобов'язальних прав, як правило, входять правомочності з во­лодіння та користування, рідше — з розпорядження (наприклад, за договором комісії або управління майном). Термін володіння майном при цьому зазвичай обговорюється сторонами зобов'язання заздалегідь. Після закінчення цього терміну суб'єкт господарюван­ня зобов'язаний повернути (або передати третій особі) майно згідно з угодою або сплатити вартість і отримати речову правомочність на таке майно.

Особливим випадком с отримання майна іншої особи в управління, зокрема, у довірчу власність суб'єкта господарювання. У такому разі отримувач виступає як фактичний власник майна для всіх учасників господарських відносин, за винятком довірителя. Проте в цьому ви­падку правомочності власника майна для такого довірчого управите­ля мають суто зобов'язальний характер (ст. 316 ЦК України, Закони від 19.06.2003 р. «Про іпотечне кредитування, операції з консолідо­ваним іпотечним боргом та іпотечні сертифікаті і «Про фінансово- кредитні механізми і управління майном під час будівництва житла і операціях з нерухомістю»). До того ж, до довірчого управління в господарській діяльності можуть бути пред'явлені додаткові ви моги щодо організаційної та майнової відповідності, з розкриття даних і державного контролю, з отримання повних ліцензій, реєстрацій та акредитацій на ринку фінансових послуг тощо.

Частина 2 ст. 133 ГК України вказує також, що майно може бути закріплене за суб'єктом господарювання на основі іншого орава, не передбаченого законом, за умови, що таке право не суперечить закону. На практиці такі випадки не є поодинокими.

*Коло суб'єктів майнових прав* у сфері господарювання вельми різноманітне, оскільки речові правомочності на майно виникають за умови відповідної правосуб'єктності будь-якого учасника право­відносин. Мати речові правомочності на цілісний майновий комп­лекс може будь-який суб'єкт на підставі загального дозволу або спеціального припису закону. Відповідно до ГК України (ст. 134), ЦК України (ст. 318) суб'єктами права власності є: народ України, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні гро­мади України, фізичні та юридичні особи, іноземні держави та між­народні організації, інші суб'єкти міжнародного публічного права.

«Суб'єкти публічного права», «юридичні особи публічного пра­ва» передбачені ЦК України (ст.ст. 2 і 329) серед можливих суб'єктів права власності. Під наведені категорії повинні були потрапити, зокрема, державні установи та суб'єкти господарювання, що мають публічні зобов'язання (ст. 178 ГК України). Разом з тим, законодав­ство поки не передбачає для них такої можливості, відводячи таким суб'єктам обмежені речові права повного господарського відання та оперативного управління. В цілому можна дійти висновку, що власником майна може стати будь-яка особа або прирівняний до нього учасник речових правовідносин, якщо його дієздатність не обмежена законом або судом(ст.ст. 318-321,325 ЦК України).

Законодавець може забороняти або встановлювати обмеження (умови) на набуття у власність певного майна: така заборона чи обмеження може встановлюватися стосовно будь-якого суб'єкта з тих, які за інших умов були б здатними отримувати таке майно у власність.

Статус юридичної особи суб'єкта господарювання не є ані необ­хідною, ані, більше з тим, достатньою ознакою для визначення правового режиму майна. Проте правовий режим господарського відання та оперативного управління є характерним виключно для юридичних осіб (ч. 4 ст. 55 ГК України).

Коло суб'єктів права господарського відання співпадає з колом можливих власників майна. Проте, за загальним правилом, право господарського відання надається для здійснення підприємницької діяльності (ст. 136 ГК України), тобто зумовлено господарсько- правовим статусом суб'єкта. Зокрема, державне комерційне під­приємство володіє майном на праві господарського відання (ч. 2 ст. 74 ГК України). У свою чергу, статус суб'єкта підприємництва надається відповідно до основної мети діяльності суб'єкта господа­рювання. Суб'єкти господарювання, здійснюючи водночас як під­приємницьку, так і непідприємницьку діяльність, також можуть володіти майном на праві господарського відання.

Суб'єктами права оперативного управління виступають пере­важно суб'єкти господарювання, для яких отримання прибутку не є основною метою, наприклад, державні установи, добродійні організації, біржі. їхня діяльність іменується господарською «не- комерційною» (ст. 137 ГК України). Казенні підприємства, разом з неприбутковими суб'єктами господарювання, володіють переданим їм засновниками майном виключно на праві оперативного управ­ління (ч. 5 ст. 76 ГК України).

Законом можуть встановлюватися винятки з зазначених правил. Зокрема, об'єднання підприємств, створені без мети отримання при­бутку (ст. 118 ГК України), можуть володіти майном на праві госпо­дарського відання. Водночас, суб'єктам підприємництва, таким як підприємства громадських та релігійних організацій, майно може передаватися на праві оперативного управління, щоправда, право власності у такому випадку виключається (ч. 5 ст. 112 ГК України).

Господарюючі громадяни можуть володіти цілісним майновим комплексом на праві власності або на зобов'язальному праві.

*Порядок обліку майна (баланс, документи, що встановлюють право,реєстрація та інші)* є складовою частиною правового режиму майна суб'єктів господарювання.

Суб'єкти господарювання зобов'язані вести облік майна, подава­ти звіти про здійснені витрати та отримані прибутки господарської діяльності. Слід враховувати, що облік може здійснюватися в будь- якій формі на вибір суб'єкта господарювання, але обов'язковим, за законодавством України, є бухгалтерський та податковий облік, який передбачає періодичну підготовку і подання фінансової та податкової звітності.

Як правило, суб'єкти господарювання не обмежуються вказани­ми видами обліку і здійснюють додаткові, які сприяють успішному плануванню та розвиткові господарської діяльності. Підтверджен­ням прав на майно можуть бути будь-які облікові відомості, проте найбільшу доказову силу мають документи встановленої законом форми. Саме лише відображення майна в балансі, на рахунках або в інших облікових записах суб'єкта господарювання, що мають вну­трішньогосподарчий характер, не завжди є достатньою підставою для визнання за суб'єктом права на майно.

*Сучасна судова практика виходить з того, що відображення майна у балансі суб'єкта господарювання не є достатньою підста­вою визнання права власності на нього. Наприклад, передача відом­чої здравниці на баланс галузевої профспілкової організації ще не свідчить про появу в останньої речової правомочності на це майно.*

*Відомі також випадки, коли вищий господарський орган на­казував суб'єктові господарювання тримати майно на балансі до ухвалення рішення про правовий статус майна. Так, під час корпоратизації держпідприємства частина майна, яка увійшла до статутного фонду створеного акціонерного товариства, належить останньому на правах власності. Частина майна «корпоратизованого» державного підприємства, що не внесена до статутного фонду створеного AT, не належить йому на праві власності; режим такого майна (щодо AT) визначають органи Фонду державного майна України.*

Облік майна у будь-якому випадку ведеться на підставі докумен­тів, що підтверджують правомочність суб'єкта господарювання на відповідні складові цілісного майнового комплексу. Ці документи називають «первинними», часто складеними за участю інших осіб або органів. Серед них документи, що підтверджують наявність за­конних підстав виникнення речових прав суб'єкта господарювання на майно у практиці отримали назву «правовстановлюючі». Зага­лом, всі дозволені законом види доказів можуть бути використані як підтвердження прав на майно. Разом з тим, у законодавстві закріплені найпоширеніші форми документів, що встановлюють права. До них, зокрема, належать:

---договори, що містять положення про перехід титулу;

--державні акти про право власності або право постійного ко­ристування на землю;

---акти прийому-передачі майна в процесі формування статутно­го капіталу, продажу (в т.ч. приватизації) або оренди майна;

---свідоцтва про право власності на нерухомість, видані органами місцевого самоврядування;

---свідоцтва про право на частку у спадщині, видані нотаріусами;

---докази закінчення строку набувальної давності; рішення суду та інші виконавчі документи, які підтверджують права на майно.

Зведені дані аналітичного та синтетичного обліку — бухгалтер­ського, фінансового та управлінського — такі як рахунки (за планом рахунків) суб'єкта господарювання, реєстри, книги та журнали обліку, дані інвентаризації є другим рівнем обліку. Узагальнюючі облікові документи — баланс, фінансові, податкові та аудиторські декларації й звіти, статистична звітність і так далі є третім рівнем узагальнення, що являє собою «макроекономіку» суб'єкта господа­рювання, але завжди відображають лише проміжний стан цілісного майнового комплексу. Повна картина майнової бази господарюван­ня може бути відтворена лише на основі документів первинного обліку станом у певний момент у минулому, оскільки майновий стан весь час змінюється.

При визначенні правомочності суб'єкта господарювання на майно слід звертати увагу на вимоги законодавства щодо реєстра­ції титулу на ім'я покупця. У разі відсутності реєстрації, покупець може здійснювати свою речову правомочність відносно майна, проте він позбавлений деяких засобів захисту своїх прав, що нада­ються законом управненій особі стосовно третіх осіб. Наприклад, якщо суб'єкт господарювання продав обладнання, автомобіль, не­рухомість протягом одного дня двом різним покупцям, то перевагу матиме покупець, який першим зареєстрував своє право власності у відповідних реєстрах прав. Інший покупець буде вимушений обмежитися стягненням сплаченого та збитків з продавця. Таким чином, у випадках, коли законом передбачена обов'язкова державна реєстрація титулу на майно, остання є заключною стадією оформ­лення правового режиму майна суб'єкта господарювання.

## § 2. Правовий режим окремих видів майна суб'єктів господарювання

У процесі здійснення господарської діяльності майно суб'єкта набуває певної економічної форми. Залежно від цього виділяють: 1) основні фонди; 2) оборотні фонди та грошові кошти. До зако­нодавства, що уточнює критерії поділу майнового комплексу на вказані групи, крім ГК України і спеціальних нормативних актів про бухгалтерський облік, належить законодавство про аудиторські стандарти, деякі положення права про порядок надання фінансових послуг тощо. Крім того, істотний вплив на облік майна суб'єкта господарювання надає законодавство про оподаткування та подат­ковий облік.

Економічний, бухгалтерський і податковий облік суб'єкта гос­подарювання можуть не співпадати. Зокрема, будівлі і споруди за стандартами бухгалтерського обліку слід відносити до основних засобів, тоді як вони можуть виступати товаром у торговців не­рухомістю. З податкової точки зору така нерухомість, залежно від речових прав на неї і терміну користування нею, може робити вплив різної сили на собівартість продукції і ефективність (рентабельність) господарської діяльності.

Однією з базових категорій основних фондів цілісного майново­го комплексу є *нерухоме майно (нерухомість).* Цей термін ши­роко і часто вживається в українській практиці господарювання, його визначення закріплене в ст. 181 ЦК України. Нерухомістю визнають: а) земельні ділянки; б) ділянки надр; у) об'єкти, роз­ташовані на земельних ділянках, переміщення яких без їх зни­щення і зміни їх призначення неможливе; г) ліси, багаторічні насадження; д) повітряні і морські судна, судна внутрішнього плавання; е) космічні об'єкти; ж) інші речі, права на яких під­лягають державній реєстрації.

Стаття 283 ГК України роз'яснює поняття "нерухоме майно" як будови, споруди і приміщення без додаткових деталей. Додат­ково ст. 66 ГК України і ст. 191 ЦК України до нерухомого майна відносять цілісний майновий комплекс підприємства, тобто «гос­подарські об'єкти із завершеним циклом виробництва продукції (робіт, послуг)».

Важлива особливість правового режиму нерухомості полягає в тому, що будь-які юридично значущі дії: виникнення, зміна (у вигля­ді обтяжень), перехід і припинення речових прав на них підлягають обов'язковій реєстрації в єдиному державному реєстрі. Ця процедура має публічний характер, надає додаткову можливість оскарження в судовому порядку неправомірних операцій з нерухомістю.

Проте доступність інформації про операції з нерухомістю в даний час ускладнена у зв'язку з тим, що інформація про різні види неру­хомості і пов'язані з нею зобов'язання містяться в різних реєстрах і знаходяться у веденні різних органів.

Набуття суб'єктом господарювання існуючих об'єктів власності здійснюється на підставі операцій, як передбачених законом, так і не передбачених, але таких, що не суперечать йому.

Створення і зміна деяких видів нерухомості вимагають узгоджен­ня з компетентними господарськими органами на предмет відповід­ності встановленим стандартам технічної сумісності і безпеки для людей і навколишнього природного середовища.

Зокрема, будівлі і споруди промислового і житлового призна­чення, теле- і радіовежі, радари і ретранслятори, об'єкти, що мають радіоелектронне випромінювання, що енергогенерує устаткування і енергорозподільні мережі, трубопроводи, земляні, меліораційнії гідротехнічні, водні споруди і інші об'єкти капітального будівни­цтва вимагають обов'язкового узгодження під час:

а) планування (проводять зонування, проведення попередніх експертиз);

б) розробки проектної і будівельної документації (перевірки на відповідність технічним завданням, плановим нормам допустимості, сумісність з існуючими об'єктами нерухомості і планами розвит­ку відповідних територій і п. п.);

в) проведення будівельних робіт і пускових випробувань (суміс­ність з роботою прилеглих інфраструктур і галузевих систем, вплив на навколишнє середовище);

г) введення в експлуатацію (відповідність проектним нормативам і вимогам безпеки).

Узгодження створення об'єктів нерухомості проводять галузеві органи — відповідно до галузевої специфіки. Наприклад, будів­ництво газо- і нафтопроводів, енергогенеруючого устаткування і енергорозподільчих мереж узгоджується з Національною комісією регулювання електроенергетики України (НКРЕ); будівництво і телекомунікаційних мереж, радіовипромінюючого устаткування і приладів — Національною комісією з питань регулювання зв'язку України і центром \* У крчастотнаг ляд ».

Крім того, у зв'язку з плануванням розвитку населених пунктів і техногенного навантаження на навколишнє природне середовище, деякі органи здійснюють узгодження за всіма видами капітального будівництва:

* органи Міністерства будівництва, архітектури і житлово- комунального господарства України — з питань, пов'язаних з розробкою будівельної документації і веденням будівельних робіт в Україні;
* органи Державного комітету водних ресурсів і водного гос­подарства України — з питань, пов'язаних з планованим і фактичним використанням об'єктів водного господарства України;
* державна санітарно-епідеміологічна служба Міністерства охорони здоров'я України — з питань санітарної і епідеміо­логічної безпеки об'єктів будівництва для населення;
* органи Міністерства культури України — з питань охорони культурної спадщини;
* органи Міністерства охорони навколишнього природного се­редовища України — з питань екологічної безпеки об'єктів.

Здебільшого, право власності на новостворене майно виникає з моменту завершення його створення. Створення нерухомості є винятком з цього правила, оскільки закон вимагає введення в екс­плуатацію об'єкта і/або державну реєстрацію права власності (ст.ст. 182, 331 ЦК України). До здійснення таких процедур у володільця майна існує економічна власність, але вирішення юридичної долі майна утруднене або заборонене. До завершення створення нового майна закон визнає лише право суб'єкта на матеріали і устаткуван­ня, використані в будівництві. Стаття 331 ЦК України в частині З закріплює окрему можливість розпорядитися об'єктом незавер­шеного будівництва — при дотриманні певних обмежень і лише "у разі потреби".

До складу оборотних фондів у складі майна суб'єкта господарю­вання можуть входити також *корпоративні права.*

Поняття корпоративних прав подане в ст. 167 ГК України: це права особи, частка якої визначена в статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь такої особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) даної організації і активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші право­мочності, передбачені законом і статутними документами.

Правовий режим корпоративних прав наближений до режиму товару. Проте слід враховувати два моменти переходу речової пра­вомочності на корпоративні права. Перший перехід відбувається між суб'єктом господарювання (наприклад, продавцем корпора­тивних прав), що відчужує, і набувачем (покупцем). Другий — до операції додаються публічно-правові відносини між їх набувачем та державою (суспільством) з моменту державної реєстрації змін в уста­новчих документах суб'єкта господарювання, корпоративні права в якому отримуються. Корпоративні права, що належать державі в капіталі різних суб'єктів господарювання, враховуються також у спеціальному реєстрі. Законодавство не передбачає особливих на­слідків внесення корпоративних прав у такий реєстр і не пов'язує жодних наслідків для третіх осіб у зв'язку з виключенням з нього. Даний реєстр необхідний для організації ефективного управління і контролю за використанням державного майна.

До корпоративних прав належать не тільки права на акції, але й інші права засновників господарських організацій. На думку професора В. Щербини, на відміну від корпоративного підприєм­ства (ч. 5 ст. 63 ГК України), унітарне підприємство (ч. 4 ст. 63 ГК України), а також договірні (нестатутні) господарські товариства не є суб'єктами корпоративних відносин, оскільки закон це прямо не передбачає. Разом із тим, позитивне вирішення характеру від­носин таких суб'єктів господарювання із своїми засновниками не запропоноване. Отже, у випадку зі встановленням прав засновника стосовно унітарного підприємства доречно вести мову про застосу­вання положень про корпоративні права за аналогією закону.

*Правовий режим, цінних паперів* у складі майна суб'єкта гос­подарювання. У складі обігових коштів особливе місце займають цінні папери, тобто документи встановленої форми, що підтверджу­ють майнове (грошове) право й певні відносини між власником і суб'єктом ( «емітентом»), що випустив їх, і передбачають виконання зобов'язань відповідно до умов їх випуску, а також можливість передання іншим особам прав, які випливають з цих документів (ч. 7 ст. 139, ст. 163 ГК України).

Цінний папір як об'єкт права власності в господарському обігу специфічний тим, що сам по собі він як документ не має жодної цінності (окрім вартості чистого бланка). Цінують виключно права, які надано власникові цінного папера. Такі права слідують за папе­ром. Власник цінного папера має деяку сукупність прав відносно емітента чи інших суб'єктів, наприклад, власник акцій має право брати участь у розподілі прибутку акціонерного товариства і фор­муванні його органів; власник векселя — вимагати сплати певної грошової суми від векселедавця або аваліста; власник застави — передати певну річ або товар тощо. Тому термін «право власності» на зобов'язання точніше описував би таку юридичну конструкцію, незважаючи на певну тавтологічність.

Господарське значення цінного папера полягає у виділенні з комплексних господарських правовідносин (операцій) окремого зобов'язання з правами кредитора і кореспондуючими обов'язками боржника, наприклад, з виконання роботи, видачі товару, виплати грошової суми тощо. Завдяки « типовому» змісту зобов'язання і стан­дартному оформленню (формі) цінного папера відносно легко можна міняти власників цінного папера (кредиторів у зобов'язанні), тоді як боржником залишається та ж сама особа, яка випустила такий папір у господарський обіг (емітент). Випуск цінних паперів, таким чином, дозволяє розширити коло контрагентів суб'єкта господарю­вання, через що такий суб'єкт отримує кращі умови фінансування своєї діяльності, що, у свою чергу, знижує собівартість готової про­дукції (товарів, робіт і послуг) і підвищує конкурентоспроможність емітента.

Як видно, при зміні володільця цінного папера (кредитора), в процес часто вступають ті, хто не знайомий безпосередньо з діяль­ністю емітента і його кредитоспроможністю. Тому законодавець зацікавлений у підтримці певного рівня довіри до боржників, які випускають ці папери. Для заохочення обігу цінного папера вико­ристовують різні юридичні конструкції: залучення третіх осіб як гарантів, порука, страхування ризиків. Крім того, застосовуються складні техніко-юридичні засоби закріплення зобов'язань і відпо­відальності емітента. До організації випуску цінних паперів (емісії) також можуть залучатися незалежні організації й індивіди — вони виступають як експерти за змістом зобов'язання, підтвердженого цінним папером, а також відповідають за власні дії — в господар­ському та господарсько-адміністративному порядку.

Закони України «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» і «Про На­ціональну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів» встановлюють основні параметри правового режиму цінних паперів і їх обігу в Україні зокрема, види цінних паперів:

а) *пайові* (акції і інвестиційні сертифікати);

б) *боргові* (облігації суб'єктів господарювання, держави і місцевих цозик; казначейські зобов'язання; ощадні сертифікати і векселі);

в) *іпотечні* (іпотечні облігації, іпотечні сертифікати, застави і сертифікати фондів операцій з нерухомістю);

г) *приватизаційні;*

ґ) *похідні* (деривати); та

д) *товаророзпорядчі (складські свідоцтва, коносаменти тощо).* За визначеністю власника цінні папери поділяють на:

а) *іменні* — за якими право належить лише зазначеній на бланку особі;

б) *на пред'явника* реалізувати право може будь-який володар;

в) *ордерні* — за якими правовласник може вимагати виконання сам або через призначеного представника.

За формою випуску цінні папери можуть бути *документарними* і *бездокументарними.*

Слід врахувати, що серед усіх передбачених законом видів цін­них паперів (18 або 19 видів), векселі підлягають спеціальному регулюванню, оскільки використовуються переважно як засіб для розрахунків, зокрема міжнародних. У зв'язку з цим до обігу векселів не застосовують положення, які є обов'язковими для всіх інших цінних паперів, і навпаки, спеціальні правові інструменти міжнародного і національного характеру про векселі не можуть ана­логічно застосовуватися до решти цінних паперів. У зв'язку з цим обіг векселів розглянуто окремо в розділі про грошові зобов'язання та розрахунки цього підручника.

Цінні папери здебільшого належать правовому регулюванню в межах однієї держави і не можуть перебувати в обігу в декількох державах. Законодавство окремих держав (особливо невеликих) і міждержавних об'єднань, таких як Європейський Союз може не обмежувати розміщення цінних паперів всіх інших або окремих дер­жав на своїй території. Разом з тим, держава Україна використовує дозвільний порядок для розміщення цінних паперів українських емітентів за кордоном і для розміщення цінних паперів іноземних емітентів в Україні.

Цикл існування цінного папера включає декілька етапів: а) ви­пуск; б) розміщення; в) обіг; і г) погашення.

Випуск цінного папера поєднує внутрішньогосподарські і господарсько-організаційні відносини.

Оскільки акції підтверджують право власності на частку капіта­лу і право участі в управлінні господарським товариством, їх пра вий режим є одним з найскладніших видів цінних паперів. Порядок випуску акцій регулюється зазначеними вище законами, а також Законом України «Про акціонерні товариства». Крім законів слід також брати до уваги низку нормативно-правових, розпорядчих та індивідуальних актів ДКЦПФР, зокрема, Положення про порядок реєстрації випуску акцій, Норми і правила обліку цінних паперів в Національній депозитарній системі, Положення про депозитарну діяльність, Положення про розрахунково-клірингову діяльність за договорами щодо цінних паперів, Положення про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів. З квітня 2011 року всі акції будуть випускатися виключно в електронній (бездокументарній) формі, у зв'язку з чим функція реєстраторів прав власності на цінні папери (див. нижче) втратить самостійне значення в акціо­нерних відносинах.

Цінні папери, які належать суб'єктові господарювання на праві власності, за загальним правилом повинні обліковуватися серед оборотних активів. Цінні папери в бездокументарній формі можуть зберігатися тільки у ліцензованих хранителів. Кожному з хранителів, у свою чергу, депозитарій відкриває власні рахунки. Депозитарій — суб'єкт господарювання, утворений не менше, ніж 10 хранителями, який здійснює виключно депозитарну діяльність. Крім того, право власності на акції акціонерних товариств може об­ліковувати сам емітент або ліцензований реєстратор. Кандидатура реєстратора і умови договору з ним затверджують загальні збори акціонерів. Відсутність особи в реєстрі акціонерів позбавляє його можливості користуватися правами акціонера, хоча й не позбавляє права власності.

Закон встановлює спеціальні правила для обігу цінних паперів в Україні. Обіг цінних паперів може здійснюватися через фондову біржу або поза біржею, але завжди за участю ліцензованих торговців цінними паперами (брокерів, дилерів), які мають статус суб'єкта господарювання, — професійного учасника ринку цінних паперів. При цьому розрахунки в бездокументарних цінних паперах можуть проводитися виключно хранителем або депозитарієм.

Цінні папери, випущені в Україні, можуть отримувати іноземні суб'єкти господарювання, проте для переміщення таких паперів через митний кордон України необхідно отримати спеціальний до­звіл Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку України (ДКЦПФР) та НБУ. Придбання суб'єктами господарювання Укра­їни цінних паперів, випущених за кордоном» дорівнює зарубіжній інвестиції, при цьому оплата цінних паперів і корпоративних прав грошовими коштами підлягає ліцензуванню НВУ, а на оплату інвес­тицій іншим майном ліцензії видає Мінекономіки У країни. Суб'єкт господарювання може випустити цінні папери і закордоном (тобто, їх оборот буде призначений, перш за все, для зарубіжного ринку). Такий випуск, проте, повинен бути зареєстрований у ДКЦПФР України і можливий лише у випадку, якщо цінні папери цього емітента вже випускалися в Україні.

Особливим об'єктом господарського обороту є грошові кошти та інші валютні цінності які можуть знаходитися у суб'єктів господарювання тільки на праві власності. За загальним правилом, гроші таких суб'єктів господарювання зберігають у банках та ін­ших фінансових установах, а розрахунки здійснюють переважно в безготівковій формі. Суб'єкти господарювання можуть мати готів­ку в касі; розмір готівкових коштів у касі обмежений законодав­ством і встановлюється банком, а фермерськими господарствами, приватними підприємцями і небанківськими фінансовими уста­новами — самостійно (див. докладніше розділ 7 цього видання).

Правове регулювання використання природних ресурсів суб'єктами господарювання закріплене в главі 15 ГК України. Слід зазначити особливий порядок, пов'язаний з тим, що ці ресурси віднесені ст. 13 Конституції України до об'єктів права власності Українського народу. Природні ресурси, що використовуються в господарській діяльності, залежно від їх форми, можна розділити на: а) повітря, б) земельні, в) водні, г) гірничі (додатково виділяють нафту і газ), ґ) лісові, д) тваринні, е) рослинні. Останні три катего­рії, в особливо цінних поєднаннях можуть виступати як об'єкти природно-заповідного фонду. Кожній з категорій властиві особливе правове положення і специфічна участь у господарській діяльності. За характером відтворення природні ресурси можна розділити на відтворювані (рослинні, тваринні, лісові) і невідтворювані (гірничі, повітря, водні). За характером використання в господарській діяль­ності природні ресурси прийнято ділити на споживні і неспоживні.

До природних ресурсів замість традиційної тріади правомочностей власника застосовують правомочність управління. Виняток

становлять земельні ресурси, які можуть перебувати у власності. Щодо споживаних природних ресурсів часто використовують термін «користування». За змістом користування природними ресурсами підрозділяють на загальне і спеціальне. Загальне користування природними ресурсами е безкоштовним і необмеженим, без закріп­лення природних ресурсів за окремими суб'єктами користування. Для здійснення спеціального користування необхідний відповідний дозвіл (ліцензія, відведення, квиток, ордер тощо), виданий уповноваженим органом. Спеціальне користування природними ресурсами здійснюють за плату, розмір якої визначають нормативно-правові акти за кожним видом ресурсів.

Зі ст.ст. 152-153 ГК України випливає, що суб'єкт господарю­вання з метою використання природних ресурсів зобов'язаний за­стосовувати нові технології у виробничій діяльності, хоча в законі не закріплена відповідальність за порушення цього обов'язку.

Законом можуть бути передбачені обмеження на використан­ня природних ресурсів у господарській діяльності. Наприклад, суб'єкт господарювання не може передавати іншим особам права, що випливають з ліцензії на використання природних ресурсів, але зобов'язаний особисто здійснювати спеціальне користування. Закон може містити і пряму заборону — «не можуть бути об'єктами лізин­гу земельні ділянки, інші природні об'єкти» (ст. 292 ГК України).

Видобуті природні ресурси є товаром, який виступає сировиною і матеріалами для виробництва продукції суб'єктом господарюван­ня. Питання правового режиму сировини і матеріалів в основному врегульовані положеннями законодавства про права на рухоме май­но. Спеціальні обмеження встановлені для виробництва і обороту продукції з дорогоцінних металів і каменів, харчової промисловості, сировини для атомних електростанцій, «стратегічних» матеріалів, які використовуються у високотехнологічних і оборонних секторах промисловості (кольорові і рідкоземельні метали, кварцеві кристали тощо), в медицині і фармації (наркотична сировина і прекурсори), високочастотні і низькочастотні передавачі, джерела активного випромінювання тощо).

Порівняно новим питанням для господарського законодавства України є регулювання обороту відходів, під якими слід розуміти будь-які речовини, матеріали і предмети, які утворюються в процесі господарської діяльності і не мають подальшого використання за місцем утворення чи виявлення, а підлягають утилізації чи видаленню (Закон України «Про відходи» від 05.03.98 р.). За загальним правилом, право власності на відходи належить суб'єктам господарювання, за місцем знаходження яких розташовані відходи.

Роль права промислової власності відіграє з кожним роком більшу роль у господарських відносинах. Право промислової влас­ності (патентне право) є складовою частиною прав інтелектуальної власності, що використовуються у сфері господарювання. До права

промислової власності належать: права на винахід, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, селекційні до­сягнення в рослинництві і тваринництві, топографії інтегральних мікросхем, засоби індивідуалізації учасників господарських від­носин (право на комерційне (фірмове) найменування, торгову мар­ку, географічне позначення). Водночас, у царині господарювання використовують також інші об'єкти інтелектуальної власності; комерційна таємниця, а також авторські і суміжні права.

До матеріальних і нематеріальних правовідносин застосовуються різні норми, тому зміст права власності стосовно нематеріальних об'єктів, якими є плоди інтелектуальної діяльності (творчості), виглядає трохи іншим. Відмінності між такими об'єктами відбиває формула: «Якщо у А е яблуко, й у В є яблуко, і вони ними обміняли­ся, то у кожного буде по одному яблуку, а якщо у А є одна ідея, й у В є одна ідея, і вони обмінялися ними, то у кожного буде по дві ідеї».

Відповідно до ст. 154 ГК України положення ГК України про ін­телектуальну власність е спеціальними стосовно норм ЦК України. Слід відзначити, що об'єкти інтелектуальної власності відносять до основних фондів суб'єктів господарювання, зокрема, до такого їх різновиду як нематеріальні активи.

Підставою виникнення права інтелектуальної власності е, як правило, факт створення відповідного нематеріального об'єкта автором або ж договір, наприклад, авторський договір, договір на створення і передачу результатів науково-технічної діяльності (за ГК України), договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (за ЦК України). Водно­час, для об'єктів промислової власності і засобів індивідуалізації учасників господарських відносин реєстрація є необхідною умовою виникнення відповідних прав.

Існує певна проблема оцінки прав промислової власності як об'єкта обліку у складі цілісного майнового комплексу. Оскіль­ки йдеться про нематеріальні об'єкти, складно виробити єдині об'єктивні критерії і методики для подібної оцінки. Разом з тим, очевидно, що нині чинний договірний порядок оцінки таких прав (наприклад, при внесенні до стартового капіталу) допускає зловжи­вання з боку суб'єктів господарювання та їх засновників (учасників), а тому потребує законодавчих обмежень.

Коли йдеться про припинення прав інтелектуальної власності, слід розділяти майнові права (виключні права на використання, ви­ключні права на передачу і заборону використання об'єкта третіми особами) і немайнові права (право автора на визнання, право на не- комерційне використання, право на цілісність і незмінність твору і так далі). Немайнові права не можуть бути припинені інакше, ніж відповідно до закону, тоді як припинення майнових прав здійсню­ються на розсуд власника, у тому числі за договором.

Таблиця 2. Форми і терміни охорони об'єктів права інтелектуальної власності

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| № | Об'єкт | Охоронні документи | Термін охорони майнових прав |
| 1. | Винахід | патент | 20 років з дати подачі заяви |
| 2. | Промисловий зразок | патент | 15 років з дати подачі заяви |
| 3. | Корисна мо­дель | патент | 10 років з дати подачі заяви |
| 4. | Нові сорти рос­лин | патент | 30 і 35 років після реє­страції |
| 5. | Селекційні до­сягнення (нові породи тварин) | патент | 20 років з дати подачі заявки (визнаються ви­находом) |
| 6. | Торговельна марка | свідоцтво | 10 років з дати подання заявки, може бути по­довжений кожного разу на 10 років |
| 7. | Комерційне на­йменування | свідоцтво про реє­страцію, довідка про резервування | До моменту ліквіда­ції суб'єкта господа­рювання або іншого встановленого законом моменту |
| 8. | Географічне по­значення | свідоцтво про реє­страцію | Безстроково (за умови збереження характе­ристик товару) |
| 9. | Комерційна таємниця (ноу- хау, торговель­ний секрет, раціоналіза­торська пропо­зиція) | — | Весь період наявності ознак комерційної та­ємниці, встановлених законом |
| 10. | Літератур­ні твори, комп'ютерні програми | свідоцтво | 70 років з 1 січня року, наступного за роком смерті автора або остан­нього із співавторів |
| 1 | Фонограми | — | 50 років після першої фіксації виконання або постановки, передачі в ефір або проводами |

## § 3. Право власності як основне речове право у сфері господарювання

Поняття права власності та його форм ґрунтується на вис­новку про те, що право власності є абсолютним речовим правом, яке надає його володареві найширші правомочності з усіх можливих.

ГК України зазначає стосовно права власності у ст. 134, що воно виступає як «основне речове право у сфері господарювання», яке дозволяє суб'єктові господарювання «на свій розсуд, одноособово або спільно з іншими суб'єктами володіти, користуватися та роз­поряджатися майном, що належить йому (їм)», зокрема, власник може «надати майно іншим суб'єктам для використання його на праві власності, праві господарського відання чи праві оперативного управління».

Право власності як речове право суб'єкта господарювання харак­теризують такі властивості:

а) право наслідування, яке полягає у безперервному існуванні права на річ незалежно від її правомірних переходів від одного суб'єкта господарських правовідносин до іншого;

б) переважна сила, тобто в разі виникнення колізії права влас­ності та зобов'язального права (наприклад, відповідно, поклажодавця і зберігача), «сильнішим» традиційно вважається саме право власності і перевага віддається йому, у наведеному прикладі — поклажодавцю;

в) винятковість, яка означає, що «жодна інша особа не може мати на одну річ таке саме право» (себто права власності). Щоправ­да, з цього правила існують винятки, наприклад, інститут права спільної власності;

г) абсолютна природа відносин: індивідуально визначена одна сторона відносин — власник, управнена особа, та друга сторона - будь-які та будь-скільки інших осіб та суб'єктів, які мають обов'язок утримуватися від порушень права власності управненої особи;

д) еластичність» завдяки якій правомочності власника — суб'єкта господарювання відновлюються у повному обсязі одразу після зникнення законних обмежень права власності;

е) недоторканність, оскільки за загальним правилом право власності не може бути обмежене без підстав, зазначених у законі. В Україні діє конституційна заборона на позасудове позбавлення права власності;

ж) безстроковість, себто право власності триває невизначено довго, хоча можливе встановлення обмежень у момент набуття такого права;

з) незалежність, яка означає, що суб'єкт господарювання віль­ний здійснювати свої права та незалежний від волі інших осіб від­носно речі, що належить йому на праві власності тощо.

Виходячи з цього, право власності у вимірі суб'єкта господарювання слід розглядати як основу будь-якої господарської діяльності, як грунт для інших майнових (речових та зобов'язальних) прав.

Традиційно українська юридична доктрина відносить до змісту права власності тріаду правомочностей власника —володіння, користування й розпорядження. Розглянемо окремо кожну з цих складових.

Володінням є фактичне панування особи над річчю у поєднан­ні з наміром привласнити її собі. Стосовно юридичних осіб таке панування фіксується у вигляді відображення конкретного майна (що належить на підставі будь-якого речового права) на балансі. Баланс — спеціальний фінансовий документ суб'єкта господарю­вання, в якому будь-яке майно (речі та майнові права) відображено у вигляді активу та пасиву. Для операції з прийняття майна на баланс найважливішим є наявність права володіння в особи. В Англії діє принцип — «володіння дає дев'ять з десяти законних шансів», себто володіння найчастіше співпадає з правом власності. Слід врахову­вати, що за новим ЦК України (глава 31) володіння чужим майном може існувати не лише як одна з правомочностей власника, але й як самостійне речове право.

За наявності конкретного майна у суб'єкта господарювання розрізняють: володіння-факт та володіння-право. Володіння-факт (фактичне володіння) господарське право розглядає лише за умови, що воно тягне будь-які юридичні наслідки.

Наприклад, підприємство «А» та підприємство «Б» співпра­цюють у певній сфері господарської діяльності: підприємство «А» переважно надає майно а підприємство «Б| виконує роботи та надає послуги з експлуатації майна. Підприємство «Б» в особі його працівників та адміністрації, користуючись та розпоряджаючись майном, стає його фактичним володільцем, проте така ситуація не призводить до зміни речового режиму майна. Але коли підпри­ємство «Б» експлуатує майно після закінчення дії договору з під­приємством й така експлуатація триває впродовж терміну набувальної давності (ст. 344 ЦК України ), то має місце фактичне володіння, яке вже тягне за собою юридичні наслідки у вигляді пере­ходу титулу на майно до підприємства Б.

Володіння-право (юридичне володіння) — обов'язковий елемент змісту прана класності, який може мати абстрактний характер. На­приклад, орендодавець передає орендареві лише право користування майном. У такому разі володіння розщеплене: у орендодавця за­лишилось володіння-право, а у орендаря з'явилося володіння-факт. Подібне розмежування може бути важливим, адже в інституті права власності України діє презумпція правомірності володіння майном; себто фактичне володіння річчю вважають законним, якщо інший суб'єкт не навів доказі» протилежного.

Крім того, » законодавстві різних країн та господарській прак­тиці України закріплений термін «титульний володілець»: суб'єкт господарювання, якому майно належить на законних підставах, але не власник такого майна. Наприклад, підприємство, яке володіє майном (знаходиться на балансі) на підставі права господарського відання, оперативного управління, а також за договором схову, най­му, оренди тощо. До титульного володіння можна також віднести «прийняття на баланс» майна під час корпоратизації підприємств державного чи комунального секторів економіки, — у випадку, коли частина майна реформованого суб'єкта господарювання не увійшла до складу статутного фонду нового підприємства. В такому випадку нове підприємство зобов'язане володіти та зберігати майно до пе­редачі іншому суб'єктові господарювання або приватизації в уста­новленому порядку; нове підприємство — балансоутримувач може користуватися таким майном лише у визначених законом межах.

Користування означає діставання, витягування з.речі її корис­них властивостей. Тут є низка особливостей, пов'язаних зі змістом та формою речей та інших об'єктів права власності. Зокрема, для споживчих речей користування за обсягом співпадає з розпоряджен­ням. Користування не може поширюватися на відносини з цінними паперами, наприклад, векселедержатель може вилучити корисні властивості з векселя тільки шляхом пред'явлення його до сплати. В цьому випадку право користування здійснюється через право вимоги. Користування не лише складає одну з правомочностей власника, але й є самостійним речовим правом. Різновидами такого самостійного права виступають: сервітут (право користування чу­жим нерухомим майном), емфітевзис (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб) або суперфіцій (право користування чужою земельною ділянкою для забудови) відповідно до глав 32 - 34 ЦК України, а також право постійного користування землями державної та комунальної власності відпо­відно до ст. 92 Земельного кодексу України,

Розпорядження — правомочність власника, яка полягає у самостійному вирішенні подальшої юридичної та фактичної долі майна: наприклад, власник може передати річ іншому суб'єктові господарювання за договором чи установчими документами, від­мовитися від усіх прав на річ тощо. Відзначимо, що право розпо­рядження може існувати автономно від права власності (себто, як самостійне речове право). Зокрема, суб'єкт господарювання — борж­ник у процедурі банкрутства позбавляється права на розпорядження власним майном на підставі ухвали господарського суду. Разом з тим, таке право отримує розпорядник майна (сенатор тощо). Таким саме чином управитель, довірчий власник, комісіонер (на підставі договору), виконавча служба, аукціонна служба (на підставі закону та вирішення суду), які не є власниками, можуть розпоряджатися майном суб'єкта господарювання або його частиною від свого імені.

Власник на свій розсуд володіє, користується і розпоряджа­ється своїм майном (ст. 319 ЦК України). Це положення Закону іноді використовують для обґрунтування юридичної доктрини, що наявність усіх трьох правомочностей водночас можлива лише у власника. Між тим, закон та практика доводять, що особа інша, ніж власник, також може реалізувати усю зазначену тріаду, питан­ня лише в обсязі кожної з правомочностей. Речові правомочності іншої, ніж власник, особи можуть випливати з закону, договору, адміністративного акта, установчого документа тощо. Право­мочність власника обмежена лише законом, а суб'єкта, який не є власником — законом та волею власника.

У господарсько-правовій характеристиці права власності, спе­ціальній щодо цивільно-правового регулювання, розглядають організаційно-засновницькі повноваження власника, передбачені ст. 135 ГК України. За змістом ці повноваження можна класифіку­вати так:

а) телеологічні: право визначати мету та предмет діяльності суб'єкта господарювання, склад та компетенцію його органів управ­ління, порядок ухвалення ними рішень, інші умови господарювання в локальних актах такого суб'єкта;

б) розпорядчі:

* право одноособово або спільно з іншими власниками на осно­ві майна, що належить йому (їм), створювати (засновувати) господарські організації;
* право здійснювати господарську діяльність в організаційно-правових формах господарювання, не заборонених законом;
* право на об'єднання підприємств у господарські об'єднання;
* право самостійно визначати структуру створеного ним суб'єкта господарювання, склад та компетенцію його органів управ­ління;
* право на припинення господарської організації та інші;

в) управлінські: право вирішувати будь-які питання управління діяльністю суб'єкта господарювання безпосередньо або через упов­новажені органи (наприклад, затверджувати основні напрямки та плани діяльності, приймати звіти, притягати до відповідальності посадових осіб тощо);

г) майнові:

* закріплювати майно за створеним суб'єктом господарювання на праві власності, господарського відання, оперативного управління або на іншому речовому праві, що не суперечить закону;
* право визначати склад та порядок використання майна (ці­льове призначення).

Форми, власності слід розглядати як організаційно-економічне розмаїття, багатошаровість способів (порядку) закріплення майна

за окремими суб'єктами, а форму права власності — як правовий режим регулювання відносин власності. У цивілістичній літе­ратурі окремі науковці пропонують відмовитися від зазначення форми власності як ключового поняття. Головний аргумент, який наводять — всі форми власності є рівними перед законом, а еконо­мічна сутність відносин схожа за усіх форм. На відміну від цього, господарсько-правова доктрина вважає за необхідне враховувати зміст суспільних відносин, на які спрямоване правове регулювання. У зв'язку з формою власності неодноразово підкреслено, що харак­тер (особливості) власності відрізняються залежно від суб'єкта. Наприклад, власність Українського народу і приватної особи буде різною за обсягом і за змістом. Рівність перед законом не означає рівності суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Отже, форма права власності не співпадає з економічною формою власності, а система форм права власності не є тотожною системі форм влас­ності (привласнення) (див. табл. 3).

В Україні різноманітні нормативно-правові акти називають різні форми власності, зазначаючи також форми права власнос­ті. Ані Конституція, ані ЦК України, ані ГК України не містять норм із вичерпним переліком форм власності. Проте аналіз можна почати зі ст.ст, 324-327 ЦК України, які згадують види права власності: 1) право власності Українського народу, 2) право при­ватної власності (фізичних та юридичних осіб), 3) право державної власності, та 4) право комунальної власності. ЦК України також у ст. 318 вказує, що суб'єктом права власності може бути лише учасник цивільних відносин, передбачений ст. 2 ЦК України, а саме: особа (фізична чи юридична), держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави, інші суб'єкти публічного права та Український народ.

Скасований Закон України «Про власність» 1991 року закріп­лював наявність трьох рівноправних форм власності: приватну, колективну та державну (ст. 2) та погоджувався з існуванням змішаної форми власності (ст. 3). ГК України у ст. 134, як було вже відзначено, визначає право власності основним правовим режимом майна суб'єктів господарювання, а непрямий перелік його різновидів можна скласти на підставі ст. 63 ГК України, де закріплені види підприємств відповідно до форм власності, перед­бачених законом, у тому числі, самим ГК. Отже, ст. 63 дозволяє розрізняти такі форми власності: 1) приватна (громадян або юридичної особи), 2) колективна, 3) комунальна (територіальної громади), 4) державна, та 5) змішана.

Таблиця 3. Закріплення форм власності та форм права власності в законодавстві України

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Форми власності | Форми права власності | | Нормативний акт |
| І приватна і. | право приватної власності | Конституція України^ ЦК, ГК України |
| державна\* | право державної власності, право власності Українського народу | Конституція України ЦК та ГК України |
| комунальна\* | право комунальної влас­ності | Конституція України, ЦК та ГК України |
| колективна | \*\* | ГК України |
| змішана | \*\*\* | ГК України |
| довірча | зобов'язальні правомоч­ності (на підставі догово­ру управління майном, комісії тощо) | ЦК України |

\* — може бути розтлумачена як різновид колективної форми власності;

\*\* — фактично реалізується правом власності юридичних осіб; \*\*\* — фактично реалізується об'єднанням власного майна (в т.ч. загальною власністю) декількох суб'єктів права власності, як прави­ло, без створення юридичної особи.

Змішана і колективна форми власності та правові форми їх здійснення. Як видно з таблиці 3, цивільне та господарське законо­давство України прямо не передбачають спеціальної форми права власності задля реалізації колективної та змішаної форм власності. Крім того, із скасуванням Закону України «Про власність» 1991 року, колективна та змішана форми власності не передбачені прямо законом, хоча ГК України регулює деякі форми їх реалізації, зо­крема, колективну форму власності (глава 10). Проте відсутність згадки у законі не виключає існування відповідних форм власності в економіці, а також самостійних форм їх правового регулювання, зокрема, передбачених нормами господарського законодавства.

Колективна власність багато в чому е спорідненою з такими формами як комунальна власність (адже власність територіальної громади як єдиного суб'єкта, правомочності щодо такої власності реалізують обрані органи місцевого самоврядування), а також (урядова) власність, власність Українського народу. За умов, коли «колектив», що мешкає на певній території

(територіальна громада, український народ) може бути носієм права власності, немає підстав забороняти іншим колективам, наприклад, членам партії, релігійних організацій, об'єднань підприємств, ко­оперативів, разом виступати об'єднаним носієм права власності. Тому формою правової реалізації колективної власності повинно бути право колективної власності. Дотепер, ЦК України (ст.ст. 91, 325) передбачає в юридичної особи наявність лише права приватної власності, не враховуючи економічний зміст та особливості відпо­відних суспільних відносин, зокрема, поєднаних з колективним привласненням матеріальних та пов'язаних з ними благ.

Питання змішаної форми власності також є дискусійним. П. З ст. З Закону України «Про власність» дозволялося об'єднання май­на громадян, юридичних осіб та держави й створення на цій основі змішаних форм власності (зокрема, вказувалося на спільні підпри­ємства за участю юридичних осіб та громадян інших держав). Себто законодавець не передбачав чіткої межі між колективною та змі­шаною формами власності. Разом з тим, вважають, що об'єднання майна різних суб'єктів із створенням юридичної особи призводить, відповідно до ст. 21 того ж самого закону, до виникнення колектив­ної власності. Такий висновок враховує також положення ст. 63 ГК України щодо можливості створення підприємств, заснованих на змішаній формі власності — внаслідок об'єднання майна різ­них форм власності. Якщо ж після об'єднання майна різних форм власності нова юридична особа або інший суб'єкт права власності не виникають, проте створений новий об'єкт власності, то правомірно говорити про змішану форму власності учасників такого об'єднання, особливо, якщо вони є суб'єктами різних форм права власності.

Суб'єкти права змішаної власності не здійснюють правомочності спільно, але кожен зберігає повний контроль за майном — напри­клад, у межах договірних відносин. Зокрема, в межах договору про спільну діяльність суб'єкти господарювання можуть діяти без об'єднання внесків, володіючи та користуючись майном контр­агента, а також передбачаючи підстави для переходу титулу. Крім договору про спільну діяльність, змішана власність може виникати за угодою про розподіл продукції, про виробничу кооперацію, про співпрацю, згідно з договором підряду, про надання послуг тощо.

Наприклад, між підприємствами \*А\*, \*Б\* та \*В\* укладений договір про спільне інвестування в будівництво та спільну експлу­атацію покладу корисних копалин. Суб'єкт господарювання «А» (комунальне підприємство) виступає замовником будівництва, «Б» (державне підприємство) є власником ліцензії на видобуток марганцевої руди. Їхній партнер \*В» (орендне підприємство) надає обладнання та послуги для проектування та нагляду за веденням господарської діяльності. Титул на новий об'єкт власності, створений внаслідок спільної діяльності (будинок чи видобута руда) виникає одразу у трьох відповідно до положень договору та їхніх часток у спільній діяльності. Кожен з партнерів може самостійно володіти, користуватися та розпоряджатися як власним вне­ском, так і новим об'єктом власності (частиною руди, частиною помешкань будинку).

Підстави виникнення та припинення права (правовідносин) власності слід розглядати, виходячи із загального висновку, що основою виникнення будь-якого правовідношення є юридичний факт, себто обставини, з якими закон пов'язує виникнення (при­пинення) права власності на певне майно у конкретних суб'єктів.

Як зазначено в Конституції (ст. 92), основи права власності вста­новлюються виключно законами України. Глави 24-25 ЦК України, ст. 144 ГК України містять підстави виникнення права власності (правостворюючі факти, себто такі, що створюють суб'єктивне право власності), які можна поділити на первинні (створення майна на законних підставах та державна реєстрація майна) та похідні, до яких належать правочини, передбачені законом, або такі, що не встановлені законом, але й не суперечать йому; а також акти органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їхніх по­садових осіб у випадках, прямо передбачених у законі; отримання майна на підставі закону.

Серед способів набуття права власності розрізняють: створення (заснування) суб'єкта господарювання; виготовлення нової речі; переробка речі; господарське використання майна власника; при­власнення загальнодоступних дарів природи; безхазяйне майно; знахідка (скарб); окупація (узаконене захоплення речей, від яких власник добровільно відмовився); приватизація; націоналізація; правонаступництво; законний правочин, пов'язаний з набуттям титулу на майно у власника, або в особи, уповноваженої представ­ляти власника; набувальна давність.

Набувальна давність, що є новелою для України з 2004 року (ст. 344 ЦК України) передбачає законне перетворення добросо­вісного володільця на власника за дотримання декількох умов, серед яких відкрите та безперервне володіння майном протягом тривалого терміну.

Підставами припинення права власності суб'єкта господарюван­ня є правоприпиняючі юридичні факти, які для одного суб'єкта при­пиняють право власності, а для іншого водночас стають підставою набуття такого права. Право власності можна припинити у будь-який спосіб з таких: відчуження власником свого майна відповідно до законної угоди; відмова власника від свого майна (права влас­ності); припинення існування суб'єкта господарювання; знищення (руйнування) об'єкта власності; смерть (припинення існування) власники; припинення права власності на майно на підставі закону (ст. 348 ЦК України); реквізиція (ст. 353 ЦК України); конфіскація (ст. 354 ЦК України); примусовий продаж за рішенням суду тощо.

## 4. Особливості права господарського відання та оперативного управління

Право господарського відання є першим похідним від права власності режимом цілісного майнового комплексу суб'єкта госпо­дарювання. Тільки власник майна може передати його суб'єктові господарювання — юридичній особі на праві господарського віда­ння, отримуючи натомість права засновника.

Право господарського відання, яке до ухвалення ГК України іменували правом повного господарського відання, виникло в кінці 80-х років XX сторіччя в період розвитку права оперативного управ­ління — речового права державних організацій (див. нижче) — у зв'язку з необхідністю розширення самостійності та ініціативності державних виробничих організацій (комерціалізації господарської діяльності).

Отже, право господарського відання виникає, як правило, у суб'єктів господарювання, які здійснюють комерційну (підпри­ємницьку) діяльність (ст. 136 ГК України). Право господарського відання безпосередньо не передбачено ЦК України, однак ч. 2 ст. 395 ЦК України закріплено, що «законом можуть бути передбачені інші речові права на чуже майно».

Дослідники відзначають, що лише праву власності та похідним режимам майна суб'єктів господарювання, зокрема, праву госпо­дарського відання є властивою функція оформлення майнової са­мостійності організації, «тільки вони можуть бути використані як правовий механізм відокремлення майна організації як юридичної особи».

Право господарського відання — це особливе речове право суб'єкта господарювання — юридичної особи володіти, корис­туватися та розпоряджатися майном, що належить йому, в межах, установлених законом та установчими документами суб'єкта господарювання (ст.ст. 74,75,136 ГК України). Установчі документи або закон можуть визначати випадки, коли здійснення правомочності відносно майна потребує узгодження з власником (уповноваженою власником особою). Крім того, власник може здій­снювати контроль за цільовим використанням майна без втручання в господарську діяльність (ч. 2 ст. 136 ГК України). На практиці це означає контроль «постфактум» у вигляді звіту суб'єкта госпо­дарювання власникові про здійснення правомочностей стосовно отриманого майна або, рідше, затвердження доконаних операцій та укладених угод, що вже стали обов'язковими для господарської організації.

Суб'єкт господарювання обліковує на своєму балансі майно, яке передане йому на праві господарського відання та самостійно вступає у відносини стосовно такого майна з третіми особами. При захисті своїх прав від порушення третіми особами суб'єкт права господарського відання прирівнюється до власника майна. У відно­синах з власником суб'єкт права господарського відання наділений певною правосуб'єктністю, яку можна охарактеризувати як щось еереднє між статусом володаря речових прав та статусом володаря зобов'язальних прав. Правовідносини з власником майна закріп­лені в законодавстві як відносини між володарем корпоративних прав — власником та суб'єктом, «стосовно до якого здійснюють корпоративні права (глава 18 ГК України). Крім корпоративних прав власника необхідно виділяти також [корпоративні] обов'язки суб'єкта господарювання, який володіє майном на підставі госпо­дарського відання. Закон закріплює мінімум обов'язків володарів корпоративних прав стосовно до суб'єктів права господарського відання. У зв'язку з цим існує необхідність розширення та деталі­зації обов'язків учасників (засновників) відносно суб'єкта права господарського відання, а також обмежень за угодами між заснов­никами, так само як і за угодами між засновниками та створеними ними суб'єктами господарювання.

Якщо царина діяльності суб'єкта господарювання ширше зачіпає суспільні (публічні) інтереси, то більших обмежень зазнає режим господарського відання. Якщо приватний або колективний власник може практично безперешкодно передавати майно створеним ним юридичним особам на праві господарського відання, то відносно до державної та комунальної форм власності встановлені обмеження і навіть заборони. Зокрема, казенним підприємствам, комунальним комерційним підприємствам, державним та комунальним уста­новам майно може передаватися виключно на праві оперативного управління.

Слід враховувати, що право господарського відання за своєю сут­тю повинне поширюватися лише на основні фонди. Адже оборотні фонди, що складаються із замінних та споживних речей, не можуть знаходитися в особи на підставі іншого речового права, ніж права власності. Ця думка знаходить підтримку в літературі.

На відміну від російського права, законодавство України не обмежує здійснення права господарського відання державним та комунальним секторами економіки. Будь-який власник має право закріпити майно за створеним ним суб'єктом господарювання на праві господарського відання (ГК України, ст.ст. 136-137). На жаль, в законодавстві немає прямої відповіді на практичне питання: яким є правовий режим майна суб'єкта господарювання, якщо його засновники не зазначили це в установчих чи інших правовстановлюючих документах. Переважає думка, що суб'єкт комерційної діяльності (підприємництва), як правило, отримує майно на праві господарського відання, а суб'єкт некомерційної діяльності — на ораві оперативного управління, якщо інше не передбачено законом або статутом господарської організації.

Згідно з ГК України, майно, що належить (організації) на праві господарського відання, не може бути передане на сплату корпо­ративних прав (акцій) інших суб'єктів господарювання. Оплата може бути здійснена виключно за рахунок майна, що знаходиться у власності засновника (учасника) (ч. 1 ст. 56, ст. 135).

Право господарського відання виникає на підставі рішення влас­ника майна та оформляється актом прийому-передачі. Таким чином, суб'єкт господарювання — одержувач майна, у свою чергу, приймає його на баланс. Право господарського відання припиняється:

а) на підставі рішення власника (уповноваженого органу) згідно із законом та локальними актами суб'єкта господарювання — шля­хом передачі майна, що оформляється відповідним актом прийому- передачі;

б) після передачі майна третім особам у власність — на підставі договору, рішення суду або відповідно до закону;

в) після припинення існування об'єкта прав, що повинно під­тверджуватися відповідним документом.

Право оперативного управління за змістом близьке до права господарського відання: правомочності суб'єкта права оператив­ного управління мають додаткові обмеження порівняно із правом господарського відання.

Конструкцію права оперативного управління, що ним наділяють переважно некомерційні органи та організації, часто державної та комунальної форми власності, вперше запропонував А.В. Венедіктов — у зв'язку з тим, що інститут права власності державних підприємств на закріплене за ними майно означав би розщеплення права державної власності на основні фонди. На відміну від права власності, право оперативного управління розглядають у контексті права володіння, користування та розпорядження майном, яке здійснює господарська організація «не своєю владою, але владою наданою ... державою [власником — Авт.]...не в своїх інтересах, а в інтересах... держави [власника—Авт.], «в точній відповідності із законом, статутами господарчих органів, затвердженими для них планами та іншими директивами планово-регулюючих [уповнова­жених власником —Авт.] органів». Не лише господарсько-правова доктрина, але й сучасні «цивілісти» визнають цю ідею блискучою, такою , що пережила соціалістичну систему господарювання та успішно застосовується сьогодні.

***Оперативне управління можна визначити як владу надану власником юридичній особі – суб’єкту господарювання у формі речового права у формі володіння, користування та розпорядження цілісним майновим комплексом в інтересах власника та з обмеженнями встановленими законом, метою діяльності суб’єкта господарювання, призначенням майна та , нарешті - завданнями власника майна (уповноваженого ним органу.***)

Як правило, режим оперативного управління встановлюється відносно майна суб’єкта господарювання для здійснення некомерційної та неприбуткової діяльності ( ст.. 137 ГК України). Таких суб’єктів і фінансують переважно із зовнішніх джерел, а не з результатів власних господарських операцій.

Режим оперативного управління встановлює власник або уповноважений ним орган. Таким уповноваженим органом, серед інших, може вважатися суб’єкт господарювання, наділений майном на праві господарського відання, якщо власник безпосередньо не заборонив такого розпорядження майном.

Слід враховувати, що цільове призначення майна може виходити як і з об’єктивних характеристик майна так і з попередніх вказівок власника. Власник має право контролювати використання майна та за потреби втручатися з метою усунення негативних наслідків нецільового використання. ГК не передбачає заборону власника на втручання в поточну господарську діяльність організації, за якою майно закріплене на праві оперативного управління. Більше того, власник має право вилучити в суб’єкта господарювання зайве майно а також майно, що не використовується, та майно, яке використовується не за призначенням ( ч.2 ст.. 137 ГК України).

Проте широка компетенція власника в режимі права оперативного управління передбачає і розширення його відповідальності: власник може нести субсидіарну відповідальність за борги суб’єкта господарювання, який володіє майном на праві оперативного управління ( ч7. Ст.. 77 передбачає таке для казенних підприємств).

Обєкти права оперативного управління, а також підстави та порядок виникнення, зміни та припинення права оперативного управління ідентичні відповідним елементам інституту господарського відання.

## 5. Правовий режим майна у внутрішньогосподарських відносинах

Розвиток суб’єктів господарювання на певному етапі передбачає відокремлення внутрішніх підрозділів та розподіл між ними функцій виробничого характеру для ефективнішого господарювання суб’єкта в цілому. Кожен підрозділ при цьому не тільки володіє організаційною автономією (господарськими функціями), але також наділяється майном для реалізації покладених на нього завдань. В Німеччині , наприклад, відокремлений підрозділ повинен мати власний капітал – як основні , та і обігові кошти, вимоги до мінімального розміру яких не встановлені.

Законодавство України фрагментарно регулює організаційне оформлення підрозділів суб’єкта господарювання. Порядок наділення майном підрозділів суб’єкта господарювання та правовий режим такго майна взагалі не врегульований. Винятком був період з 1 січня 2004 року по 2 квітня 2006 року, коли ст.. 56, 133 та 138 ГК України закріплювали основні характеристики майнових взаємин між суб’єктами господарювання та їх структурними одиницями. Для позначення такого режиму правовідносин використовувався термін «оперативне використання», який ми вживаємо тут надалі.

Не зважаючи на скасування положень закону, правовий режим майна підрозділів був і залишається важливим питанням для організації господарювання, особливо для підрозділів, територіально віддалених від головних органів суб’єкта господарювання чи навіть розташованих в іншій юристдикції, зокрема філій та постійних представництв ( див також в цьому підручнику розділ 4 «суб’єкти господарського права»).

***Оперативне використання я к правовий режим***  має довгу історію. І до новел ст.. 55, 133, 138 ГК України і після їх скасування, суб'єкти господарювання надавали та надають широкі повноваження з використання майна власним підрозділам, в тому числі відокремленим. Прикладом розвитку та широкого викорис­тання внутрішньогосподарських майнових відносин є виробничі об'єднання, комбінати, трести та концерни, де підприємства, що входили до складу цих об'єднань, не мали статусу юридичної особи (до прийняття Закону України «Про підприємства в Україні» від 27.03.91 р. Практично незмінною залишилася практика господар­ської діяльності в Україні кредитних та фінансових установ, які здійснюють основну діяльність, — операції з коштами здебільшого через філії та відділення; те саме стосується підприємств залізнично­го транспорту, поштового зв'язку та телекомунікацій (телефонного зв'язку, радіо та телебачення) тощо.

Великі суб'єкти господарювання, що мають географічно ди- версифіковане виробництво, часто вимушені наділяти виробничі структурні підрозділи додатковою господарською компетенцією, особливо ті, які розташовані за кордоном. Законодавство ЄС, а також податкове законодавство України та міжнародні податкові угоди виділяють структурну одиницю (відокремлений підрозділ, постійне представництво) як самостійний суб'єкт майнових та податкових відносив, які для дотримання покладених на них обов'язків повин­ні діяти відповідно до вимог відповідної майнової основи. Майно, яким наділений підрозділ, не є самостійним цілісним майновим комплексом, але являє собою складову частину цілісного майнового комплексу суб'єкта господарювання.

Діяльність відокремленого підрозділу є складовою частиною виробничого процесу усього суб'єкта господарювання: наприклад, цеху, контори, шахти, складу тощо у складі виробничого підпри­ємства. Але є винятки, коли відокремлений підрозділ здійснює самостійний напрям господарської діяльності, не пов'язаний з ді­яльністю інших підрозділів суб'єкта господарювання: наприклад, до складу автотранспортного підприємства, що надає послуги з перевезення, входить автозаправний комплекс або готель. Проте в такому випадку не може мова вестися про «цілісний майновий комплекс» підрозділу без низки заходів, що організаційно оформ­ляють майнову самодостатність підрозділу.

Почасти, фактична відмінність у наборі функцій відокремленого підрозділу та загалом юридичної особи, уявляється істотною з гос­подарського погляду: наприклад, філія банку самостійно здійснює діяльність, має свій бюджет, баланс, рахунки в головному банку, власні фінансові показники, сплачує податки, бере участь у розпо­ділі прибутку тощо. Таким чином, незважаючи на певну залежність від головного органу, майно відокремленого підрозділу здатне мати певну автономію, забезпечуючи здійснення частини функцій суб'єкта господарювання.

Доки оперативне використання остаточно не затверджене як са­мостійний інститут законодавства, його вміст визначається майже

виключно правозастосовною практикою, заснованою на принципі диспозитивності та господарської автономії в локальній правотворчості. Правовий режим оперативного використання полягає у використанні майна відокремленого підрозділу в межах, визначених суб'єктом господарювання, що передає майно. Межі використання додана на практиці визначаються локальним актом господарюю­чого суб'єкта, а іноді не оформляються письмово взагалі. Єдиним підтвердженням передачі майна буде внутрішня інвентаризація і, за наявності, докази передачі під матеріальну відповідальність відповідної посадової особи. Цілком зрозуміло також, що суб'єкт господарювання, що передає майно, не може передати більші повно­важення, ніж він має сам. Право власності, право господарського відання та право оперативного управління однозначно виключені з правового режиму майна відокремленого підрозділу, однак, фак­тично, режим такого майна може не сильно від них відрізнятися, як, наприклад, у філії банку.

Правовий режим оперативного використання майна є в деякій мірі винятком у системі речових прав — включені до нього входять лише правомочності володіння та користування; правомочність роз­порядження може бути включена на розсуд головного (вищого гос­подарського) органу. Як і при створенні суб'єкта господарювання, наділення майном підрозділу є другорядним процесом, можливим лише після організаційного відокремлення. Що ж до інших країн, то законодавство Німеччини, наприклад, зобов'язує відокремлений підрозділ вести бухгалтерський облік та складати балансову звіт­ність; при цьому річна звітність підрозділу може бути самостійною, хоч і може використовуватися для складання загальної звітності суб'єкта господарювання.

Зважаючи на відсутність законодавчого закріплення правового режиму відокремлених підрозділів, закріплення за ними майна на праві оперативного використання не можна визнати презумпцією, доки не доведене інше. Зокрема, такий правовий режим може визна­чатися на підставі локальних актів суб'єкта господарювання — на­казів, розпоряджень, актів введення в експлуатацію, постановки на облік, прийому-передачі майна, актів внутрішньої інвентаризації. Чимало відповідних повноважень визначає практика.

Наприклад, якщо суб'єкт господарювання наділив відокремле­ний підрозділ правом сплати податку за місцем розташування, це означає, як мінімум,розмежування майна на балансі підрозділу та суб'єкта господарювання, крім того, це зумовлює практичну необ­хідність зареєструвати підрозділ у податковій службі і наділити його повноваженнями з подання звітності, вести первинний облік майна та операцій таким підрозділом, отже — зберігати договірну документацію за місцезнаходженням підрозділу, а отже — наявності повноважень на укладення правочинів з третіми особами від імені суб'єкта господарювання (розпорядження майном) тощо Деякі аспекти практики здійснення господарської діяльності від­окремленими підрозділами суб'єктів господарювання — юридичних осіб вже знайшли належне відображення в чинному законодавстві, а правовий режим майна підрозділів як єдиного цілого закріплений у Законі України « Про оренду державного та комунального майна» (ст.ст, 4,5). Однак для комплексного вирішення питання майнової правосуб'єктності підрозділів суб'єкта господарювання необхідне законодавче закріплення як норм-дефініцій правового режиму майна підрозділів, так і положень про порядок наділення та обліку майна, захисту майнових прав у відносинах з третіми особами тощо.

## § 6. Основні способи захисту речових прав суб'єктів господарювання

Речові права на майно є життєво важливими для кожного суб'єкта господарювання та охороняються найретельніше. Охороні речових прав суб'єктів господарювання приділяють найбільшої уваги при здійсненні правової роботи в господарському комплексі, а захист речових прав часто здійснюють у судовому порядку. Основ­ними судовими способами захисту речових прав є віндикаційний та негаторний позови, визнання речових прав, стягнення збитків, заподіяних порушенням речових прав.

Віндикація полягає у витребуванні своєї речі власником, не­законно позбавленим володіння, у незаконного володільця (на­бувача), який фактично володіє такою річчю. Слід зазначити, що закон надає власникові право витребувати річ у недобросовісного набувача, і не висуває додаткових умов, крім доведення власного права. Але ж недобросовісність набувача здебільшого також під­лягає доведенню, оскільки фактичний володілець заперечуватиме незаконність свого володіння. Привласнення майна без достатніх підстав часто підпадає під диспозицію норм кримінального або ад­міністративного права, тому у багатьох випадках преюдиціальним фактом недобросовісності для суду є вирок у кримінальній справі або ухвала про притягнення фактичного володільця до адміністра-

тивної відповідальності. У таких випадках розгляд віндикаційного позову припиняється до завершення розгляду судом кримінальної справи або адміністративного провадження стосовно осіб, винних у привласненні манна.

Витребування речі у добросовісного набувача можливе, якщо добросовісний набувач отримав майно безплатно, що в господарському обігу трапляється рідко. У будь-якому випадку не підлягають витребуванню у добросовісного набувача гроші та цінні папери на пред'явника. Таким чином, суб'єкт господарювання, в разі отри­мання майна, краще захищений від його вилучення на користь попереднього власника. У випадках, коли майно отримане добро­совісним набувачем на оплатній основі, воно може бути витребуване законним власником тільки за умови, що:

а) майно було загублене законним власником; або

б) майно було викрадене у законного власника; або

в) майно вибуло з володіння законного власника не з його влас­ної волі іншим шляхом (за винятком примусового відчуження за рішенням суду).

Випадки втрати та викрадання повинні бути підтверджені в установленому порядку. Зокрема, заяву про втрату необхідно вчас­но подати до правоохоронних та контролюючих органів, крім того, можуть бути використані інші докази. Що стосується викрадання чи розкрадання (іншого вибуття), то в господарській практиці їх підтвердженням може бути вирок суду, який набрав силу, стосовно винних осіб. Припинення кримінальної справи або адміністратив­ного провадження за нереабілітуючими обставинами (наприклад, у зв'язку з перевищенням термінів попереднього слідства, за амніс­тією, у зв'язку з недоведеністю), на жаль, часто перешкоджає закон­ному власнику витребувати своє майно у добросовісного набувача.

В.о. Генерального прокурора України від імені держави Україна звернувся до суду з позовом про визнання недійсним договору застави цінних паперів, укладеного між Акціонерною холдинго­вою компанією «Укрнафтопродукт» як заставником та Веоаіо Іпиезітепіз Ьітііед, як заставоутримувачем на тій підставі, що пакети цінних паперів належать державі Україна, а АХК «Укрнаф то продукт» вони передані до статутного фонду для управління, без права відчуження. Однак суд загальної юрисдикції, а згодом всі інстанції господарських (у 2001 році — арбітражних) судів визнали за АХК «Укрнафтопродукт" право власності на акції, передані до його статутного фонду. Суди, таким чином, надали тлумачення статті 16 (Право власності товариства) Закону України «Про господарські товариства", яка стверджує: «Товариство є власником:... майна, переданого йому засновниками у власність Не беручи до уваги те, що засновник (КМ України) умисно зазначав про залишення переданих акції у власності держави, судові інстанції, вирішили не поширювати право господарського відання або оперативного управління на майно в статутному фонді акці­онерної холдингової компанії. Таким чином, передача державного майна як внесок у статутний капітал суб'єкта господарювання, надає такому суб'єктові господарювання право розпоряджатися майном на власний розсуд, без урахування положень законодавства про приватизацію.

Для усунення перешкод у здійсненні права власності або іншого речового права, що не пов'язані з позбавленням володіння, застосо­вується негаторний позов. Наприклад, негаторний позов можливий у таких ситуаціях:

а) коли суб'єкт господарювання не може здійснювати розпо­рядження майном внаслідок незаконно накладеного арешту або податкової застави;

б) коли неможливо отримати доступ до власного судна, яке стоїть у порту, іншому транспортному засобу через перешкоди, зведені громадськими екологічними організаціями, заборонами митної або санітарної служби;

в) коли суб'єкт господарювання не може розпорядитися майном на складі внаслідок корпоративного конфлікту між попереднім та новим керівниками підприємства зберігача тощо.

Результатом негаторного позову, у разі його задоволення, є рі­шення суду щодо певного або невизначеного кола осіб, яке наказує усунути перешкоди законному володільцеві майна, а також заборо­няє таким особам здійснювати певні дії. У господарській практиці важливо мати докази перешкод, які стоять на шляху здійснення речових прав та їх зв'язок з діями (бездіяльністю) конкретних осіб, проти яких поданий позов.

Особливо це важливо для віндикації, оскільки правомочність володіння включає як фактичне володіння, так і господарський контроль (наприклад, утримання на балансі) — себто водночас воло­дільцями можуть бути декілька осіб. Тому легше довести існування перешкод, які заважають здійсненню інших правомочностей, крім володіння, передусім, користування та розпорядження.

У період збирання врожаю підприємство, яке орендує сільськогосподарські угіддя (орендар), не могло вивести на поля свою тех­ніку, оскільки йому заважали невідомі співробітники охоронної фірми. В той же період збиральна техніка інших організацій без узгодження з орендарем землі збирала та вивозила врожай. Як ви­дно. орендар був фактично позбавлений господарського контролю угідь, проте довести це (в порядку віндикації) було складно з огляду на те, що ані техніка, ані угіддя не переходили в чуже володіння; крім того, було важко ідентифікувати суб'єктів господарювання, які привласнили собі врожай.У цій ситуації ефективнішим для за- хисту прав орендаря був негаторний позов щодо заборони будь-яким організаціям здійснювати діяльність на угіддях, які орендувало під­приємство. Водночас, щодо зібраної сільськогосподарської продукції, яка вже була передана на зберігання третім особам, ефективним може виявитися віндикаційний позов; стосовно врожаю, переданого на зберігання товарному складу — заява про встановлення права власності й передачу прав вимоги до зберігана за договором схову.

Визнання права власності та похідного права на майно суб'єкта господарювання може проводитися як шляхом самозахисту, так і в судовому порядку на підставі встановленого законом права власника на визнання та захист державою своїх прав на майно (ст.ст. 8,13 Конституції, ст. 386 ЦК України). Володіння майном вважається правомірним, поки судом (третейським судом) не встановлено інше (ч. 2 ст. 328 ЦК).

Право на майно може встановлюватися судом як у позовному порядку, так і в непозовному. Позовний порядок визнання прав суб'єктів господарювання на майно застосовується для його ви­требування у незаконного власника (віндикація), примусу інших осіб до визнання прав такого суб'єкта на майно шляхом здійснення певних дій або дотримання обмежень відносно володіння майном. У непозовному порядку особа може звернутися до суду з прохан­ням встановити юридичний факт володіння майном на законних підставах. У такому випадку рішення суду виступить первинним документом, що встановлює право на майно.

Широко відомим в юридичних колах України здобув процес ви­конання фірмою ТМR рішення Стокгольмського арбітражу з інвес­тиційної суперечки між ТМК та Державою Україна в особі Фонду державного майна України, зокрема, спроба арешту та примусового продажу літака АН-124 «Руслан». Літак знаходився в державній власності та був закріплений за АНТК на праві господарського відання. Канадський суддя зосередився на питанні розщеплення власності за правомочностями та ухвалив, що адекватною ме­тодологією для аналізу режиму господарського відання України є аналогічний інститут узуфрукта у законодавстві Канади. Внаслідок цього, як зазначено в рішенні, «хоча експерти [з боку] АНТК можуть намагатися представити права держави як такі, що мають чисто адміністративну або наглядову функцію, я не поділяю таку думку. Держава Україна може бути «голим » власни­ком літака, однак таке право несе з собою право відновити повну власність після корпоратизації[АНТК] та право скасувати право господарського відання АНТК, передати літак [у господарське відання іншого суб'єкта] або, як видається, на мою власну думку, просто забрати його (літак) назад" Таким чином,рішенням ви­знано, що з переданням у господарське відання право власності не припиняється; через це майно підпадає під стягнення кредиторами держави {власника), без огляду на те, чи несе такий суб'єкт гос­подарювання відповідальність за зобов'язаннями власника, чи ні.

Існують труднощі практичного характеру, пов'язані з поряд­ком звернення суб'єкта господарювання до суду та розгляду його звернень. Станом на кінець 2009 року, ПІК України не передбачає провадження про встановлення фактів, що мають юридичне значен­ня, хоча проект Господарського процесуального кодексу України, внесений у березні 2008 року в парламент, містить главу 27 (Про­вадження у справах про визнання права та встановлення фактів, що мають юридичне значення).

Сьогодні для встановлення юридичного факту господарським судом суб'єкти господарювання, зазвичай, ініціюють позов будь - якого, навіть абсурдного характеру з тим, щоб суд як другорядне питання розглянув права позивача (відповідача) на майно. Ця обста­вина невигідно відрізняє українські господарські суди від спеціалі­зованих судів інших країн. Наприклад, Арбітражно-процесуальний кодекс Російської Федерації містить відповідний розділ, цілком присвячений процедурам встановлення юридичних фактів.

Підприємство, після передачі майна афілійованій організації, може подати до останньої негаторний або віндикаційний позов, дійсною метою якого є рішення суду про відмову в задоволенні позову і, таким чином, преюдиціальне встановлення факту законності прав нового володаря на майно. Поширеною практикою також є подання пазову щодо примушення органу виконавчої влади (органу місцевого самоврядування) зареєструвати майно на ім'я суб'єкта господарювання. Для цього суб'єкт господарювання подає у відпо­відний орган документи на реєстрацію, дістає письмову відмову «а оскаржує її в господарському суді. При вирішенні питання про законність дій реєстраційного органу, господарський суд змушений розглядати питання законності прав суб'єкта господарювання — фактичного володільця майна та встановлювати такий факт у своєму рішенні.

З 2004 року набувальна давність закріплена в ЦК України як підстава набуття права власності. Право власності на нерухомість, транспортні засоби та цінні напери у зв'язку з надувальною давністю встановлюються рішенням суду (ч. 4 ст. 344 ЦК України). Прямим засобом визнання права власності є встановлення юридичного факту в непозовному порядку. Проте, через зазначені вище недоліки господарсько-процесуального законодавства України, набуття права на майно за набувальною давністю для суб'єкта господарювання час може відбуватися виключно через позовне провадження.

Контрольні запитання:

1. Дайте визначення та назвіть види правового режиму майна суб'єктів господарювання.
2. Що таке цілісний майновий комплекс підприємства і яке він має значення для господарської діяльності? Які фонди виділяють у цілісному майновому комплексі?
3. Чому право власності є основним речовим правом у сфері гос­подарювання?
4. Які об'єкти права власності передбачені законодавством України?
5. Що таке промислова власність?
6. У чому полягають особливості права господарського відання та оперативного управління в порівнянні з правом власності?
7. Які речові права, не передбачені Господарським кодексом України, можуть бути застосовані у сфері господарювання?
8. Якими є функції статутного капіталу?
9. Охарактеризуйте основні способи захисту речових прав суб'єктів господарювання.
10. Які види позовів можуть подавати суб'єкти господарювання з метою усунення перешкод щодо здійснення своїх речових прав?

# Розділ 7 ГОСПОДАРСЬКІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ І ДОГОВОРИ

## § 1. Поняття господарського зобов'язання

При аналізі господарського зобов'язання необхідно враховувати, що поняття «зобов'язання» е загальноправовим. Його не можна розглядати лише як цивільно-правовий інститут. Ще Покровський і Гірке наполягали на тому, що «поняттю зобов'язання передувало більш широке поняття відповідальності (Haftung) і боргу (Schuld), що підсилення майнового змісту зобов'язання потягнуло відповідні «теоретичні перебільшення». Із сучасних дослідників можна від­значити висновки О.А. Беляневич, яка аргументовано спростовує поширене судження про походження поняття договору із актів регулювання майнових відносин в Давньому Римі, і звертає увагу на більш ранні джерела із міждержавних, податкових і інших від­носин. Поняття зобов'язання застосовується сьогодні в різних га­лузях права: існують господарські, цивільні, податкові, бюджетні, нарешті, міжнародні зобов'язання та ін.

З врахуванням специфіки галузі права, в якій застосовується конструкція зобов'язання, воно обростає специфічними ознаками, модифікується для того, щоб задовольняти тим вимогам, які вису­вають об'єктивні закони розвитку суспільства і економіки. Разом з тим, суть зобов'язальних відносин, сформульована Ф.К. Савіньї більш ніж 150 років тому, не змінюється: «Зобов'язання полягає в пануванні над іншою особою, але не над всією особою (оскільки це призвело б до знищення особистості), а тільки над окремими її ді­ями, які можуть бути представлені виділеними із свободи цієї особи і нідкореві нашій волі». Причому, поняття зобов'язання не можна

плутати з поняттям обов'язку. Зобов'язання характеризується ак­тивним обов'язком, тобто таким, що існує в зв'язку з правами іншої сторони. Саме тому зобов'язання називаються правовідносинами, причому відносного характеру, оскільки вони завжди обмежені за кількістю осіб.

У загальному виді зобов'язання можна визначити як відносні правовідносини, в силу яких один із суб'єктів зобов'язаний вчини­ти визначені дії, а інший суб'єкт вправі вимагати від зобов'язаної сторони виконання цих дій.

Найбільш повно інститут зобов'язань опрацьований у цивільному праві. Однак господарські зобов'язання, загальне регулювання яких здійснене в розділі IV ГК України, набули самостійного значення. Положення цивільного законодавства (книга 5 ЦК України) можуть застосовуватися до зобов'язань у сфері господарювання лише в тій частині «горизонтальних» (приватно-господарських)відносин, яка не врегульована нормами ГК, — інакше залишились би нереалізо­ваними приписи ч. 2 ст. 9 ЦК України про закріплення в окремих законах особливостей регулювання господарських відносин. Тому в цій частині цивільно-правове зобов'язання співвідноситься з гос­подарським зобов'язанням як загальне із спеціальним. Відносно ж господарських зобов'язань, які виникають у сфері «вертикальних» (господарсько-управлінських) відносин, то вони виходять за межі цивільно-правових зобов'язань. Тут ГК є основним актом регулю­вання.

Господарським зобов'язанням є зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником відносин у сфері господарювання, в силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, в т.ч. боржник) зобов'язаний здійснити певні дії господарського або управлінсько-господарського характеру, на користь іншого суб'єкта (наприклад поставити товар, сплатити кошти, ви­конати роботи тощо), або утриматись від певних дій, а інший суб'єкт (управнена сторона, в т.ч. кредитор) має право вима­гати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку (ст. 173 ГК України)

Звертає на себе увагу те, що в визначенні господарського зобов'язання поняття «зобов'язана сторона» ширше від поняття «боржник», а поняття «управнена сторона" ширша за поняття «кредитор». Це пояснюється тим, що значна частина господарських зобов'язань виходить за межі приватноправових зобов'язань, де тра­диційно застосовується поняття боржника і кредитора. Господарські зобов'язання, які використовуються в сфері публічних відносин (наприклад, зобов'язання дочірнього підприємства перед материн­ською компанією), вимагають застосування більш універсальних понять, таких як «зобов'язана сторона» і «управнена сторона».

Поняття господарського зобов'язання є новелою вітчизняного за­конодавства, але давно відоме в науці господарського права. Поява даного терміна в ГК України означає, що зобов'язальні відносини в Сфері господарювання, набули об'єктивну масу специфічних рис, що потребували спеціального законодавчого регулювання.

Зобов'язальні відносини є одними з найважливіших частин си­стеми господарських правовідносин. Господарські зобов'язання зу­мовлюють взаємодію суб'єктів господарювання в конкретних відно­синах, визначають їхні права і обов'язки. Господарські зобов'язання є однією з передумов здійснення господарської діяльності. Вони є тією юридичною формою, в якій знаходить своє вираження зміст більшості господарських процесів. Саме ці зобов'язання опосеред­ковують господарський обіг — процес переміщення товарів (робіт, послуг) із сфери виробництва в сферу розподілу та обміну, а вже че­рез них — до сфери споживання. У формі господарських зобов'язань знаходять своє втілення численні контрольно-наглядові функції органів управління в сфері господарювання.

Зобов'язальні правовідносини передбачають юридичний зв'язок їхніх учасників, який має відносний характер, тобто поширюється тільки на зобов'язану сторону і управненого суб'єкта. Це відрізняє зобов'язальні відносини від правовідносин абсолютного характеру, де праву одного суб'єкта протистоїть обов'язок невизначеного кола осіб утриматись від дій, що порушують таке право (наприклад, право власності, право господарського відання та ін.).

Переважна більшість господарських зобов'язань містить у собі як мінімум два зустрічних зобов'язання. Скориставшись терміном, який застосовується в юридичній літературі, визначимо останні як «атомарні». Отже, слід пам'ятати, що відносини, в яких одна сторона несе тільки обов'язки, а інша має тільки права, явище рідкісне для гос­подарського права (наприклад, зобов'язання із спричинення шкоди).

Зміст зобов'язань у реальному ринковому обігу охоплює комп­лекс дій, направлених на досягнення певного економічного ре­зультату, що має значення для обох або хоча б для однієї із сторін у зобов'язанні. Тобто конкретні господарські зобов'язання зазвичай включають у себе декілька «атомарних» зобов'язань, пов'язаних між собою за змістом та підставами виникнення. Більше того, вони, як правило, є взаємонаправленими: особа в одному зобов'язанні є управленою стороною, а в іншому — зобов'язаною стороною, і на­впаки. Причому, такі зобов'язання реалізуються в межах одного двостороннього господарського зобов'язання, які превалюють в економіці (поставка, оренда, підряд тощо).

Зміст господарського зобов'язання, на думку В.С. Шелєстова, являє собою «сукупність суб'єктивних прав та обов'язків учасників відносин а організації господарської діяльності, безпосередньому 'її здійсненню».

Важливо відзначити ще одну особливість змісту господарського зобов'язання — воно не вичерпується тільки взаємними правами та обов'язками сторін. Господарське зобов'язання часто одночас- до породжує зобов'язання сторін перед державою. Наприклад, суб'єкт господарювання, що уклав договір банківського рахунка, зобов'язаний повідомити податкову інспекцію про факт відкриття поточного рахунка. До виконання ним цього обов'язку банк не вправі проводити видаткові операції за рахунком.

Слід відзначити, що ГК України закріплює переважно диспози­тивний характер норм, що регулюють господарські зобов'язання (ч.З ст. 173 ГК). Наприклад, сторони тут можуть передбачити в до­говорі додаткові умови, наявність яких закон не вимагає. Однак така диспозитивність є «усіченою», оскільки подібним правом учасники наділяються виключно в межах, які не суперечать закону.

Слід враховувати, що обсяг диспозитивності сторін в господар­ських зобов'язаннях суттєво менший ніж обсяг диспозитивності сторін в загальноцивільних зобов'язаннях. Причина цьому: наяв­ність організаційного фактору в господарських правовідносинах, скованість суб'єктів антимонопольними і більш жорсткими подат­ковими обмеженнями, поширеність уніфікованих вимог товарного обігу тощо. Крім того, в ч. З ст. 6 ЦК України вказується, що «сто­рони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини за власним розсудом». Дане правило ГК України не використовує. Навпаки, в ст. 6 ГК від­мічається, що межі свободи здійсненню іідприємницької діяльності визначені законом.

## § 2. Класифікація господарських зобов'язань

Питання про класифікацію зобов'язань, в тому числі і господар­ських, завжди було дискусійним. Різні точки зору з цього питання висловлювались В.В. Лаптєвим, А.Г. Виковим, М.І. Брагинським, М.М. Агарковим та іншими вченими.

Зокрема, І.А. Танчук запропонував розмежувати господарські зобов'язання на три групи:

1. господарські зобов'язання галузі товарно-грошового обігу — відносні правовідносини, що регламентуються нормами цивільного законодавства;
2. господарсько-управлінські зобов'язання — правова форма, в яку втілюються деякі відносини, що виникають у процесі госпо­дарського керівництва;
3. внутрішньогосподарські зобов'язання — господарські право­відносини, пов'язані з рухом майна і такі, що виникають між кон­кретними підрозділами підприємства в процесі внутрішньовиробни­чого кооперування, організованого на госпрозрахункових засадах.

Не дивлячись на те, що подібна класифікація отримала визнання в науці господарського права ще в 1970 р., вона майже в незмінному виді знайшла відображення в ГК України, що підкреслює її концептуальну вірність. Зокрема, ч. 2 ст. 173 ГК основними ви­дами господарських зобов'язань називає майново-господарські і організаційно господарські зобов'язання. Перед характеристикою цих основних видів господарських зобов'язань слід класифікувати господарські зобов'язання за Іншими критеріями.

Так, за підставами виникнення їх поділяють на договірні зобов'язання, що виникають із договорів, та позадоговірні зобов'язання, що виникають із спричинення шкоди, безпідставного набуття (збереження) майна і із інших позадоговірних юридичних фактів.

За співвідношенням прав і обов'язків господарські зобов'язання поділяються на:

а) односторонні зобов'язання, що передбачають наявність у од­нієї із сторін тільки прав, а у іншої (зобов'язаної) сторони — тільки обов'язків. Наприклад, зобов'язання із безпідставного набуття (збереження) майна;

б) взаємні зобов'язання, що передбачають наявність у контр­агентів взаємних прав та обов'язків (наприклад, договори купівлі- продажу, поставки).

Залежно від конкретизації предмета виконання договору зобов'язання можуть бути однооб'єктними і альтернативними:

В однооб'єктних зобов'язаннях предмет договору є чітко визна­ченим і не підлягає заміні. Наприклад, за договором підряду на капітальне будівництво генеральний підрядник не може замість капітальної будівлі надати замовнику будівельні матеріали на ту ж суму.

В альтернативних зобов'язаннях боржник має право вибору із декількох дій, передбачених законом або договором. Зокрема, в договорах, що укладаються сільгоспвиробниками, їм надається ви­бір: провести розрахунок у грошовій формі або частиною врожаю.

За характером взаємозв'язку зобов'язань розрізняють:

а) головні — самостійні зобов'язання, які не залежать від ви­никнення або припинення інших зобов'язань;

б) акцесорні (додаткові) — супроводжують головні зобов'язання частіше за все у виді забезпечувальних заходів (порука, гарантія, неустойка, інші способи забезпечення виконання зобов'язань), тому автоматично припиняються а припиненням головних зобов'язань.

9а сукупністю прав і обов'язків суб'єктів зобов'язання можиа виділити прості зобов'язання, в яких сторони пов'язані одним пра­вом і одним обов'язком, і складні, в яких суб'єкти наділені двома і більше правами і обов'язками.

За суб'єктним складом розрізняють двосторонні і багатосторонні зобов'язання У двосторонньому господарському зобов'язанні беруть участь дві особи. Однак такий суб'єктний склад не завжди задоволь­ни» складним і багатогранним господарським відносинам. Часто

в одному зобов'язанні беруть участь декілька кредиторів та борж­ників. В цьому випадку говорять про зобов'язання з множинністю осіб (багатостороннє зобов'язання). Подібна ситуація можлива, наприклад, в угоді про заміну сторони в зобов'язанні.

V випадку, коли декілька боржників зобов'язані виконати зобов'язання перед одним кредитором, множинність іменується пасивною (наприклад, коли в договорі підряду беруть участь один підрядник і декілька підприємств замовників). І навпаки, коли декілька кредиторів мають право вимоги до одного боржника, зобов'язання кваліфікується як таке, що має активну множин­ність (наприклад, при спричиненні підприємцем шкоди майну, належному декільком підприємствам на праві спільної власності). В тих випадках, коли в господарських зобов'язаннях беруть участь декілька осіб як на стороні кредитора, так і на стороні боржника, - говорять про зобов'язання ві змішаною множинністю.

Наявність декількох суб'єктів у зобов'язанні зумовлює необ­хідність розмежування зобов'язань між особами-учасниками, що тягне застосування інститутів часткової та солідарної відповідаль­ності. Як правило, зобов'язання з множинністю осіб є частковими зобов'язаннями, при цьому кожен з кредиторів вправі вимагати ви­конання, а кожен із боржників зобов'язаний виконати зобов'язання у відповідній йому частці (п. 1 ст. 196 ГК), причому частки припус­каються рівними, якщо інше не встановлено законом або договором (ст. 540 ЦК).

Однак із правила рівності часток можливі винятки. Це належить до солідарних зобов'язань, в яких перед кредитором виступають декілька боржників. ГК України (ч. 2 ст. 196) в частині регулюван­ня солідарних господарських зобов'язань містить бланкетну відсилку на норми ЦК України. Зокрема, згідно зі ст.ст. 541-544 ЦК України в цих випадках кредитор має право вимагати виконання зобов'язання в повному обсязі або в якій-небудь його частині як від всіх боржників солідарно, так і від кожного окремо. Не отримавши повного виконання від одного із боржників, кредитор має право вимагати невиконаної частини від решти боржників. Солідарні боржники залишаються зобов'язаними перед кредитором до по­вного виконання зобов'язання. Виконання зобов'язання одним із боржників звільняє решту солідарних боржників від виконання зобов'язання на користь кредитора. При цьому боржник, який виконав зобов'язання, отримує право регресної вимоги до решти боржників, за яких він здійснив виконання, набуваючи статус кредитора відносно решти боржників.

У низці випадків при незадоволенні вимог кредитора основним боржником, їх зобов'язаний виконати субсидіарннй боржник. Субсидіарні (додаткові) зобов'язання є ще одним різновидом зобов'язань з множинністю осіб. Мова йде про випадки, коли при не­задоволенні вимог кредитора основним боржником, їх зобов'язаний виконати субсидіарннй (додатковий) боржник.

Субсидіарне зобов'язання може існувати в межах категорії відповідальності. Наприклад, у такому виді виступає відповідальність засновника дочірнього підприємства в випадку наявності його вини в доведенні підприємства до банкрутства (п. 7 ст. 126 ГК Україна тощо). Однак у певних випадках субсидіарне зобов'язання може існувати в формі виконання зобов'язання в натурі (наприклад, за договором поруки) поза застосуванням мір відповідальності.

Залежно від кола суб'єктів господарські зобов'язання можуть бути розподілені на загальногосподарські та внутрішньогосподар­ські.

Загальногосподарські зобов'язання виникають між учасниками господарських відносин, не пов'язаних внутрішньогосподарськими зв'язками.

ГК України прямо не вирізняє поняття внутрішньогосподар­ських зобов'язань. Однак згідно зі ст. З ГК виділяються внутріш­ньогосподарські відносини — це відносини, які складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, і відносини органу управління суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами. На цій основі виникають внутрішньогосподарські відносини. Внутрішньогосподарські відносини можуть бути тільки організаційно-господарськими.

Між вищестоящим органом і філіалом виникають організаційно - господарські зобов'язання в силу владних повноважень органу управління. Між окремими філіалами, здавалося б, відносини ма­ють майнову основу. Наприклад, у межах діяльності крупної ком­панії виникає необхідність укладення угод між її філіалами з метою оцінки і стимулювання внутрішньогосподарської рентабельності таких підрозділів, стимулювання робітників і адекватно досягнутим результатам покращення умов їхньої праці, оптимізації оподат­кування всієї юридичної особи. Але такі зобов'язання не можуть регулюватися нормами цивільного права з огляду на виникнення їх у межах тієї ж внутрішньогосподарської вертикалі, а тому в силу ст. 175 ГК вони не належать до різновидностей майново-господарських зобов'язань.

Наявність таких зобов'язань виділялася ще радянськими вчени­ми. Внутрішньогосподарські зобов'язання характеризувались як акти оперативно-господарського планування, які включали в себе: «наскрізні графіки, графіки пропорційності тощо, — в машинобуду­ванні, комплектуючі графіки руху напівфабрикатів — в металургії, хімічній промисловості та ін.; графіки «стандартного тижня», що регулюють виробництво продукції за номенклатурою, — в легкій, харчовій промисловості тощо». На основі подібних актів оперативно-виробничого планування, які були доведені до конкретних виконавців, зазвичай і виникає внутрішньогосподарське зобов'язання. Для його установлення як правило не вимагається інших юридичних фактів (наприклад, угоди сторін). Майново-господарські зобов'язання є одним із основних видів господарських зобов'язань. Вони являють собою правовідносини, що базуються на автономії суб'єктів господарювання в процесі досяг­нення певного економічного результату. Даному виду зобов'язань за­звичай відповідає активна поведінка зобов'язаної сторони. Пасивна поведінка (утримання від вчинення дій) за загальним правилом не вичерпує юридичного об'єкта зобов'язання, а виступає як результат або як додаток до активних дій боржника. Матеріальним об'єктом майново-господарського зобов'язання є відповідна продукція, то­вари, роботи, послуги і інше майно. Для розмежування матеріального і юридичного об'єктів зобов'язання, наведемо наступний приклад. Між двома підприємствами укладено договір поставки табуретів. Матеріальними об'єктами будуть самі табурети і гроші — як зустрічне відшкодування. Юридичним же об'єктом є дії сторін з поставки і оплати товару, оскільки факт укла­дення договору може вплинути на подальшу поведінку сторін — вони зобов'язані виконати взяті на себе зобов'язання. Водночас укладення договору ніяк не впливає на самі табурети.

Суб'єктами майново-господарських зобов'язань є автономні учасники господарських відносин. Ця автономність проявляєть­ся в тому, що при реалізації майново-господарських зобов'язань поведінка сторін не скована владним підпорядкуванням однієї сторони іншій. Саме тому в ч. 2 ст. 175 ГК України визначено, що майново-господарські зобов'язання регулюються ЦК України, з урахуванням особливостей, передбачених ГК України (наприклад, відносно валюти зобов'язання).

Аналогічним чином ст. 551 ЦК України відносить встановлення розміру пені на розгляд сторін договору, а ГК України обмежує відпо­відальність суб'єктів господарювання за несвоєчасне проведення гро­шових розрахунків подвійною обліковою ставкою НБУ (ст. 343 ГК).

Зміст майново-господарського зобов'язання складають суб'єк­тивні юридичні права і обов'язки його учасників. В узагальненому вигляді воно складається із наявного у кредитора суб'єктивного права вимагати від боржника певної поведінки. Зміст конкретного зобов'язання визначається сторонами у відповідності до закону, іншого нормативно-правового акта або акта управління господар­ською діяльністю.

Дія (бездіяльність), яка є об'єктом господарського зобов'язання, повинна бути здійснена зобов'язаною стороною на користь кредито­ра. Виконання господарського договору третьою стороною, що не є стороною в зобов'язанні, допускається, якщо це не суперечить зако­ну, господарському договору або характеру зобов'язання (ст. 194 ГК України), України), особливо за умови що така третя особа - безпосередній виконавець (наприклад, виробник продукції мас право здійснити поставку, навіть коли не зазначений прямо в договорі). Водночас, згідно зі ст. 195 ГК кредитор вправі передати третій особі право на отримання майна, що належить йому згідно з зобов'язанням. Дані положення багато в чому подібні з положеннями ЦК України.

Це наочно показує, наскільки універсальним, суміжним, а час­то комплексним для окремих галузей є інститут зобов'язання. Ця універсальність дає можливість при регулюванні господарських відносин застосовувати в частині, що не суперечить ГК України, норми ЦК України про зобов'язання. Останні тим самим виступають нормами загального характеру. Окрім того, норми ЦК підлягають застосуванню в сфері господарювання в тому випадку, коли деякі приватно-правові відносини в ГК України не врегульовані.

Наприклад, ГК зупиняється лише її на договорі підряду на ка­пітальне будівництво (гл. 88 ГК), не регулюючи при цьому інші підрядні відносини, до яких застосовуються положення гл. 61 ЦК.

Окремі майново-господарські зобов'язання суб'єктів господарювання на користь інших учасників господарських відносин (напри­клад благодійність) виникають і реалізовуються з дотриманням вимог ГК, ЦК України, а також норм спеціального законодавства. Наприклад, державні комерційні підприємства не мають права безплатно передавати належне їм майно іншим юридичним особам або громадянам. Тому для даних суб'єктів не можуть виникати без­оплатні зобов'язання.

Майново-господарські зобов'язання, що виникають із госпо­дарських угод, мають, як правило, оплатну основу. Особливо це стосується господарських зобов'язань за участю суб'єктів підпри­ємництва, основною метою діяльності яких є отримання прибутку.

Згідно з ч. 4 ст. 175 ГК України зобов'язання майнового харак­теру. які добровільно прийняті на себе суб'єктами господарювання на користь інших учасників господарських відносин (благодійність і тп. не є підставою для вимог щодо обов'язкового їх виконання.

Мова йде про зобов'язання. в яких відсутнє так зване «зустрічне задоволення». Відсутність примусового харакеру виконання таких «добровільних» майнових зобов'язань є важливою гарантією свободи підприємницької діяльності, Адже в Україні нерідкими є дис­кримінаційні інші органів влади до підприємців про укладення договорів на участь у фінансуванні бюджетних проектів.

Організаційно-господарські зобовязання відносно незадовільно досліджені в юридичній літературі на відміну від майново-

господарських зобов'язань. Це пояснюється тим, що теорія зобов'язань тривалий час розвивалася виключно в рамках цивіль­ного права.

Організаційно-господарські зобов'язання доцільно розкри­вати через поняття управлінсько-господарських (організаційно- господарських) дій. Базуючись на положеннях ГК України, висновках науки господарського права і теорії управління (ад­міністративного права), такі дії можна визначити як підзаконну владну діяльність з організації господарських зв'язків і правового господарського порядку, яка здійснюється органами державної влади або місцевого самоврядування, що наділені господарською компетенцією, а також громадянами і юридичними особами, які є засновниками (учасниками) суб'єктів господарювання або здійсню­ють щодо них управлінські функції, засновані на вимогах законодав­ства, індивідуальних актах управління або установчих документах.

Згадані органи, громадяни і організації в ГК України об'єднані терміном «суб'єкти управлінсько-господарських (організаційно- господарських) повноважень» і виступають однією із сторін в організаційно-господарських зобов'язаннях. Другою стороною в таких зобов'язаннях завжди виступає суб'єкт господарювання. Як приклад організаційно-господарських зобов'язань можна на­вести угоди про кооперації виробництва, установчі договори між суб'єктами господарювання про створення господарських товариств або об'єднань підприємств; такі, що випливають із договорів про спільну діяльність, з приводу надання інформації за запитом анти-монопольних органів тощо.

Організаційно-господарські зобов'язаная відрізняються від майново-господарських зобов'язань перш за все, тям, що в них майновий аспект віднесений на другий план. Присутній він тут «в тій мірі, в якій дані обставини опосередковують організацію процесу переміщення майна в економіці, оптимізують даний про­цес, надають йому цілеспрямованого характеру у відповідності з метою і завданнями господарської (економічної) діяльності».

Юридичними об'єктами організаційно-господарських зобов'я­зань є визначені управлінсько-господарські дії, або утримання від їх вчинення. Прикладом останнього можуть бути зобов'язання не спричиняти шкоду навколишньому середовищу, що міститься в угоді суб'єкта господарювання з Держкомітетом природних ресур­сів України.

Склад організаційно-господарських зобов'язань можна вивести виходячи з ч. 2 ст. 176 ГК України. Такі зобов'язання виникають:

- між суб'єктом господарювання і власником (засновником) або органом державної влади (місцевого самоврядування), що на­ділений господарською компетенцією відносно цього суб'єкта;

* між суб'єктами господарювання — учасниками господар­ського товариства або господарського товариства і органами управління таких об'єднань або товариств;
* між материнською компанією і дочірнім підприємством;

- між учасниками договору про спільну діяльність;

* в інших випадках, передбачених законом або установчими документами суб'єктів господарювання, в яких реалізують­ся управлінсько-господарські (організаційно-управлінські) повноваження суб'єктів.

Організаційно-господарські зобов'язання не можна звужувати до рівня «установчих» і тісно пов'язаних з ними повноважень. Організаційно-господарські зобов'язання можуть мати місце між органами управління (в широкому розумінні) і суб'єктом господа­рювання з приводу організації останнім господарської діяльності. Наприклад, подання суб'єктом господарювання заяви на отримання ліцензії породжує організаційні зобов'язання між даним суб'єктом і органом, уповноваженим здійснювати видачу відповідної ліцензії.

Організаційно-господарські зобов'язання можуть мати як дого­вірну природу (наприклад, установчий договір), так і позадоговірну природу (наприклад, зобов'язання про декларування валютних цінностей та ін.).

Соціально-господарські зобов'язання суб'єктів господарювання називаються в ст. 177 ГК України, яка виділяє дві групи. Одні з них мають обов'язковий характер, інші — добровільний. У першому ви­падку мова йде про обов'язок суб'єктів господарювання за рішенням місцевих рад за рахунок своїх засобів створювати спеціальні робочі місця для осіб з обмеженою працездатністю, а також організовувати їхню професійну підготовку (ч.І ст. 177 ГК).

Суб'єкти приватного сектора економіки традиційно опираються подібному впливу зі сторони держави, мотивуючи це тим, що соці­альний захист населення — обов'язок держави, а не окремого під­приємця. Але принципи ст. 13 Конституції України про соціальну орієнтованість економіки України роблять такий вплив держави виправданим.

До числа добровільних соціально-господарських зобов'язань ч. 2 ст. 177 ГК відносять зобов'язання про надання господарської допо­моги у вирішенні питань соціального розвитку населених пунктів, у будівництві і утриманні соціально-культурних об'єктів і об'єктів комунального господарства та побутового обслуговування, про на­дання іншої господарської допомоги з метою вирішення місцевих проблем.Специфічним видом господарських зобов'язань вважаються публічні зобов'язання суб'єктів господарювання. Це зобов'язання з продажу товарів, надання послуг або виконання робіт на користь будь-якої особи, що звернеться до суб'єкта господарювання на за­конних підставах, без права на відмову від оферти при наявності реальної можливості укласти договір (ст. 178 ГК України). Маючи товарну основу, дані зобов'язання є одним із різновидів майново- господарських зобов'язань.

Категорія публічно-господарського зобов'язання кореспондує з поняттям публічного договору в цивільному праві (ст. 633 ЦК України). Публічні зобов'язання виникають у тих сферах госпо­дарювання, де пропонування товарів (робіт, послуг) зі сторони суб'єктів господарювання направлено до невизначеного кола учас­ників господарських відносин. Прикладом може бути діяльність з енергопостачання, газопостачання, водопостачання, роздрібної торгівлі, надання банківських послуг, послуг транспорту і зв'язку, біржові послуги тощо. Публічний характер такого зобов'язання за­кріплюється, як правило, відповідним законом, або відображується в установчих документах суб'єкта господарювання. Конструкція публічного зобов'язання покликана забезпечити безперебійне функ­ціонування економіки і захист окремих споживачів, які в іншому випадку виявилися б позбавленими тих благ, на які розраховують всі суб'єкти економіки.

У випадку безпідставного ухилення від виконання публічного зобов'язання суб'єкт зобов'язання зобов'язаний компенсувати іншій стороні спричинені збитки в загальному порядку (ч. 2 ст. 178 ГК). Він також не має права віддавати перевагу одному споживачу перед іншим, окрім випадків, передбачених законодавством.

У даному випадку мова йде про такі ситуації, коли згідно з за­коном необхідно проведення тендера, аукціону і т.п., де впорядник зобов'язаний «надати перевагу» переможцю.

## § 3. Виникнення, зміна і припинення господарських зобов'язань

Підстави виникнення господарських зобов'язань досить різнома­нітні. Ст. 173 ГК України передбачає, що господарські зобов'язання виникають з підстав, передбачених цим Кодексом.

Підставами виникнення господарських зобов'язань є юридичні факти — дії і події, з якими закон пов'язує настання певних право­вих наслідків у сфері господарювання. Як на головні підстави закон вказує на закони (інші нормативно-правові акти), акти управління господарською діяльністю, договори і інші угоди, не заборонені за­коном; спричинення шкоди; набуття майна без достатніх правових підстав; у результаті створення об'єктів інтелектуальної власності (ст. 174 ГК України).

На практиці для виникнення господарських зобов'язань іноді вимагається наявність юридичного складу, тобто сукупності двох або більше юридичних фактів. Враховуючи динаміку господарських відносин, формулювати в законі закритий перелік підстав було б нелогічно. Розглянемо базові підстави, наведені в ст. 174 ГК.

Закон або інший нормативно-правовий акт, що регулює гос­подарську діяльність, може слугувати підставою для виникнення окремих господарських зобов'язань. Як приклад можна навести, так звані, «адресні» закони, які належать до окремих суб'єктів. (Закон України «Про особливості приватизації підприємств Дер­жавної акціонерної компанії «Укррудпром» » від 09.04.2004 р.; Закон України «Про врегулювання заборгованості за вкладами фізичних осіб — вкладників Комерційного акціонерного банку «Слов'янський» від 17.02.2004 р. тощо).

Однак такі винятки дуже рідкісні та підтверджують скоріше зворотне — за загальним правилом закон не може породжувати майнові відносини, оскільки мас нормативний характер на відміну від індивідуального характеру господарського зобов'язання.

Слід підкреслити, що традиційно підставами виникнення майно­вих зобов'язань виділяються обставини, які називаються заковом як юридичні факти, до складу яких включаються договір і право­порушення (делікт). Але підходи вчених до питання про додаткові підстави виникнення таких обставин не співпадають. Зокрема, про­фесор ДЛ. Мейєр, а згодом і Л.А. Лунц визнавали закон як одного із джерел зобов'язань. Г.Ф. ЇІІершеневич категорично суперечив цьому та відзначав, що закон являє собою загальну підставу всіх юридичних відносин, а тому не може бути названий джерелом зобов'язання у вузькому розумінні: сила договору базується на за­кові, наслідки правопорушення визначаються законом.

Підставами виникнення організаційно-господарських зобов'я­зань між контролюючи ми і дочірніми підприємствами є адміністра­тивні акти про створення державних асоційованих підприємств і холдингових компаній тощо Акти управління господарською діяльністю є широко по­ширеними підставами виникнення господарських зобов'язань, особливого організаційного характеру. До таких актів належать індивідуальні владні акти органів державної влади, органів міс­цевого самоврядування, видання в межах їхньої господарської компетенції (держзамовлення, рішення з господарських питань), а також акти громадян і юридичних осіб, що виступають заснов­никами суб'єктів господарювання або реалізують відносно них організаційно-господарські повноваження.

Рішення судів можуть призводити до виникнення господарських зобов'язань тільки в особливих випадках. Пояснюється це тим, що судовим рішенням встановлюється факт існування зобов'язання, яке виникло раніше, порядок його виконання, вина правопорушни­ка тощо. Водночас, наприклад, при вирішенні иитання про наслідки недійсності угоди (ст.ст. 207, 208 ГК) рішення суду призводить до виникнення зобов'язання з повернення отриманого за угодою. Ана­логічним чином рішення суду визначає зобов'язання однієї сторони спору з компенсації судових витрат іншої сторони.

Господарські угоди і договори, що не заборонені законом, є найбільш поширеними підставами виникнення господарських зобов'язань. Дані угоди передбачені нормами господарського, ци­вільного і іншого законодавства України. Крім того, господарські зобов'язання можуть виникати на підставі угод, що прямо не перед­бачені законом, але не суперечать йому. Причому, договір може служити підставою майново-господарських (поставка, перевезення, комерційна концесія тощо), організаційно-господарських (напри­клад, установчий договір) і соціально-господарських (наприклад, договір на участь у соціальному розвитку району) зобов'язань. Од­нак підставою для виникнення публічно-господарських зобов'язань договір може і не бути, оскільки вони виникають до укладення до­говору на підставі вимог законодавства.

Зобов'язання із спричинення шкоди або безпідставного на­буття (збереження) майна належать до господарських тільки в тому випадку, коли обидва учасники є суб'єктами господарювання. Такі зобов'язання регулюються нормами ЦК України з врахуванням особливостей, передбачених ГК України. Зокрема, ЦК України пе­редбачає загальні положення про механізм відшкодування шкоди (гл. 82 ЦК), а ГК України передбачає особливості при розрахунку збитків у сфері господарювання (гл. 25 ГК).

Події, з якими закон пов'язує настання правових наслідків у сфері господарювання, важче вирізняти як підстави виникнення господарських зобов'язань, ніж закони, акти управління і госпо­дарські угоди. Пов'язано це зі значною формалізацією господар­ської діяльності. Проте, події можуть породжувати господарські зобов'язання. Наприклад, факт створення підприємства (установи, організації) тягне за собою виникнення його зобов'язань із ство- рення робочих місць для інвалідів. Якщо працівників від 1 до 15, то підприємство зобов'язане створити 1 робоче місце для інваліда, якщо працівників більше 25 — норматив робочих місць для інвалі­дів складає 4% від загальної кількості працівників (ст. 19 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21.03.91 р.).

Створення об'єктів інтелектуальної власності є підста­вою для виникнення зобов'язань, пов'язаних з використанням у господарській діяльності прав інтелектуальної власності (вина­ходи і корисні моделі, торгові марки тощо) Зокрема, розроблення проектно-кошторисної документації може слугувати юридичним фактом, з яким сторони пов'язують виникнення зобов'язань під­ряду на капітальне будівництво.

Зміна та припинення господарських зобов'язань здійснюється за правилами глави 22 ГК України, а також глав 47, 48, 50-51 ЦК України.

Зміна господарського зобов'язання за загальним правилом мож­лива лише за згодою управленої сторони (кредитора) і зобов'язаної сторони (боржника). Лише в деяких випадках допускається од­ностороння зміна зобов'язань. Наприклад, не вимагається згода боржника на уступку вимоги кредитора. Застосування оперативно- господарських санкцій і деяких інших заходів самозахисту також не вимагає згоди боржника. Більше того, застосування заходів самозахисту повинно здійснюватися суворо згідно з вимогами за­конодавства (див. розділ 7 цієї книги). В іншому випадку особа буде вважатися такою, що порушила порядок односторонньої зміни господарського зобов'язання.

Порядок зміни договірних господарських зобов'язань регламен­тується ст. 188 ГК України. Зокрема, передбачений претензійний порядок зміни (розірвання) господарських договорів, судова форма захисту інтересів сторони, яка мас законні підстави на зміну госпо­дарського зобов'язання.

Припинення господарських зобов'язань піддано спеціальному регулюванню в ГК і ЦК України. Основним способом такого при­пинення є виконання, здійснене належним чином. Принципами ви­конання зобов'язань традиційно вважаються принципи належного і реального виконання зобов'язань.

Питання про співвідношення реального і належного виконання зобов'язання традиційно є спірним у науках господарського і цивіль­ного права. Найбільш правильною вважається позиція М.І. Брагин- ського, який у реальному виконанні знаходить сутність виконання як вчинення певної дії, а в належному виконанні — її якісну ха­рактеристику. Наприклад, для того, щоб відповісти на питання,

1 Врагинский М.И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие поло­ження. - М., 1997. - С. 336.

чи було реально виконано грошове зобов'язання, слід перевірити факт отримання платежу кредитором. Для вияснення належного виконання зобов'язання необхідно також встановити своєчасність платежу, здійснення його встановленим чином, в належному місці із дотриманням інших вимог (наприклад, відносно заповнення графи «Призначення платежу» в платіжному документі на безготівкове перерахування коштів).

Господарські зобов'язання припиняються також зарахуванням зустрічних однорідних вимог або страхового зобов'язання, нова­цією (тобто заміною одного зобов'язання іншим), у разі поєднання кредитора і боржника в одній особі, за згодою сторін, у випадку неможливості виконання, а також в інших випадках, передбаче­них ГК України або законодавством (ч.І. ст. 202 ГК). Окрім того, господарські зобов'язання припиняються в випадку визнання не­дійсними за рішенням суду того правового акта, який був підставою до їх виникнення.

До правовідносин, пов'язаних з припиненням (зміною) госпо­дарських зобов'язань, застосовуються відповідні положення ЦК України з врахуванням особливостей, передбачених ГК України. Звісно, положення ЦК України не можуть застосовуватися до зміни (припиненню) організаційно-господарських зобов'язань, що виник­ли на нерівності сторін. Тут можуть застосовуватися положення ГК, інші акти законодавства або акти управління.

Важливою обставиною є те, що на відміну від загальноцивільних зобов'язань (ч. 2 ст. 598 ЦК України) договірні господарські зобов'язання не можуть припинятися в односторонньому порядку при закріпленні в договорі права кредитора розірвати його в будь- який момент (ч. 7 ст. 193 ГК України), окрім випадків застосування оперативно-господарських санкцій.

Одностороннє розірвання договору тут є правомірним як опера­тивно-господарська санкція, що застосовується за порушення за­конодавства. В цьому випадку така відмова від зобов'язання роз­глядається як міра самозахисту прав (див. детальніше § 4 розд. 7 цього підручника). Тому навіть за умови, що зацікавлена особа звернеться до суду з позовною заявою про розірвання договору без наявності передбачених законом підстав, у задоволенні позову має бути відмовлено.

Підставою одностороннього припинення господарських зобов'я­зань може виступати прямий дозвіл закону, наприклад, в межах оперативно-господарських санкцій (ч. 7 ст. 193 ГК України), які можуть бути застосовані навіть, якщо відсутнє господарське пра­вопорушення. Прикладом законного права на одностороннє при­пинення договірного господарського зобов'язання служить норма ст. 304 ГК України, яка передбачає право комерційного агента на відмову від здійснення подальшого комерційного посередництва за договором, укладеним на невизначений строк.

Загальне правило про недопущення односторонньої відмови від господарського зобов'язання забезпечує інтереси економічно слаб­ких суб'єктів, направлене на забезпечення стабільності виробничо- господарських відносин.

## § 4. Господарські договори

Господарський договір є основною формою реалізації господар­ських зобов'язань, а його роль зводиться до регулювання товарно- грошових відносин учасників господарського обігу.

В юридичній та навчальній літературі поряд з терміном «гос­подарський договір» використовується термін «підприємницький договір». В дореволюційній Росії використовувався термін «торго­вельні угоди». До них належали всі угоди, які укладалися купцями як промисел. Правовими наслідками визнання угоди торговельною виступали її регулювання нормативними актами торгового законо­давства і особливий порядок розгляду спорів — у торгових судах. ГК України оперує терміном «господарські угоди» — ст.ст. 30, 84, 126та ін.).

Особлива юридична природа, своєрідні юридичні риси, що ха­рактеризують господарські договори як особливу категорію і особ­ливий договірний тип, вирізнялись у науці давно. Не нова також ідея кодифікації норм, що регулюють господарсько-договірні від­носини в межах єдиного кодексу. Дані питання давно є предмета­ми численних дискусій, а тому не слід вважати, що вони виникли тільки з набранням чинності з 01.01.2004 р. двох нових кодексів, ГК і ЦК України.

Понад усе, термін «господарський договір» вперше був викорис­таний ще в 1930 р. в нормативних актах, прийнятих у зв'язку з про­веденням кредитної реформи, яка була орієнтована на укріплення госпрозрахунку на підприємствах (в організаціях) і у відносинах між ними. Протягом тривалого часу цей термін використовувався в законодавчих актах рідко, причому не в його узагальнюючому значенні, а лише відносно одного з видів, а саме — договору по­ставки. В радянський період панувала також точка зору, відповідно до якої господарський договір розглядався як «придаток» актів планування.

Вирізняється, щонайменше, три значення терміна «договір»: договір як правовідносини; договір як юридичний факт, що поро­джує зобов'язання; і як документ, який фіксує факт виникнення зобов'язань за волею його учасників.

Чітке розмежування поняття господарського договору має не тільки теоретичне, але і практичне значення. Адже і до прийняття ГК України в деяких випадках законодавство встановлювало деякі норми для регулювання господарських договорів, не визначаючи точно самого терміна.

Термін «господарський договір» вживається в ГПК України, а також в деяких інших нормативних актах задовго до прийняття ГК України.

На жаль, ГК України не передбачає визначення господарського договору і виходить з того, що господарський договір є підставою для виникнення майново-господарського зобов'язання. Вст. 179 ГК України наводиться поняття господарсько-договірного зобов'язання, що виникає між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами — юридичними особами на підставі господарських договорів.

У зв'язку з цим слід використовувати поняття господарського договору, запропоноване в доктрині. Одним із найбільш вдалих слід визнати визначення, відповідно до якого господарський договір — це зобов'язальні правовідносини між суб'єктами господарювання, які обґрунтовані на згоді сторін і зафіксовані в установленій за­коном формі, змістом яких є взаємні права і обов'язки сторін у сфері господарської діяльності. Однак це визначення вимагає корекції у бік доповнення суб'єктного складу, адже негосподарюючі суб'єкти — юридичні особи можуть виступати однією із сторін господарського договору, враховуючи положення ст. 179 ГК України.

Дискусійним залишається питання про специфіку господар­ського договору. В радянській літературі превалював підхід, згідно з яким для віднесення договору до категорії господарських були необхідними дві ознаки: плановість і розподіл продукції між со­ціалістичними організаціями. Але це не означає, що поняття гос­подарського договору незастосовне в умовах змішаної економіки. Господарський договір— «дитина» економічного ладу суспільства. Від того, яким чином влаштовані економічні відносини, залежить зміст і направленість господарських договорів.

У період існування радянської держави інститут господар­ського договору мав переважно другорядне значення, будучи інструментом стосовно актів планування. Під час становлення ринкової економіки, коли відбулося розширення форм власності і організаційно-правових форм господарювання, акти планування втратили своє пріоритетне значення для економіки. Разом з тим, не можна заперечувати роль планових показників у діяльності суб'єктів господарювання, в особливості державних підприємств і підприємств, що входять до складу господарських об'єднань і промислово-фінансових груп. Адже їхня діяльність підпорядкову­ється державним програмам і масштабним бізнес-проектам.

При визначенні природи господарського договору важливо ви­яснити і оцінити його відмітні ознаки, мету, суб'єктний склад, специфіку його змісту і направленості. Тільки після цього можна відмежувати господарський договір від інших, в тому числі загальноцивільних договірних форм.

Традиційно визнається, що «співвідношення господарських договорів з цивільно-правовими є співвідношення загального і особливого». Однак сказати так сьогодні — значить спростити про­блему. Адже господарські договори часто включають організаційну складову, що не властива цивільно-правовим договорам (приватно­правовим) договорам. Наприклад, контракт на поставку продукції для державних потреб повинен відповідати державному замовлен­ню; про укладення договору банківського рахунка суб'єкт госпо­дарювання зобов'язаний повідомити податкові органи; на підставі господарського договору здійснюється відстрочка або розстрочка податкового боргу; установчий договір повного товариства або дого­вір про спільну діяльність ПФГ серед іншого визначає управлінські відносини учасників; нарешті, господарський договір може бути підставою виникнення самостійних організаційно-господарських зобов'язань тощо.

Традиційно договір належить до сфери приватноправових, оскільки базується на рівності суб'єктів, які його укладають.

Неповна відповідність дій тезі — одна з найважливіших харак­терних ознак господарських договорів. При укладенні договорів, що породжують господарські зобов'язання, сторони не завжди володіють однаковою свободою у визначенні їхнього змісту. Крім того, сторони скуті в визначенні складу існуючих умов договору. Зокрема, згідно з ч. 4 ст. 179 ГК України такі договори укладаються на підставі:

а) вільного волевиявлення, коли сторони на свій розгляд узго­джують будь-які умови, які не суперечать законодавству;

б) при мірного договору, який рекомендований органом управлін­ня, коли сторони за взаємною згодою можуть змінювати його зміст, виключати окремі умови, доповнювати його новими;

в) типового договору, що затверджений урядом або за його до­рученням іншим органом державного управління, коли сторони пов'язані змістом типового договору, але вправі конкретизувати його умови;

г) договору приєднання, що розроблений однією із сторін для можливих контрагентів, які при вступі в договір не вправі напо­лягати на зміні або доповненні його змісту (наприклад, при пере­везенні залізницею).

Таким чином, особливості господарських договорів можна під­креслити шляхом виділення наступних критеріїв:

1. наявність хоча б однієї сторони — суб'єкта господарювання. Негосподарюючі суб'єкти — юридичні особи також можуть бути стороною таких договорів. Однак договори з участю громадян — не- підприємців не належать до категорії господарських;
2. зв'язок з господарською діяльністю, тобто застосування дого­ворів для задоволення економічних потреб суб'єктів економічних відносин, у процесі здійснення господарської діяльності;
3. скутість сторін численними імперативними нормами, вста­новленими в законах і підзаконних актах, що обмежують свободу більшою мірою, ніж при укладенні загальноцивільних договорів;
4. наявність організаційних елементів, що встановлюють зв'язок сторін, які домовляються з державою і суспільством (окремим ко­лективом).

Не зупиняючись детально на класифікації договорів, яка досить детально висвітлена в літературі, підкреслимо лише їхні основні види: двосторонні і багатосторонні; реальні і консенсуальні; попе­редні і основні; генеральні і поточні тощо.

Форма укладення господарських договорів. Договір повинен бути виражений у об'єктивній формі, доступній для сприйняття його умов (змісту) як самими сторонами, так і третіми особами. За загальним правилом — це проста письмова форма. У кількох ви­падках закон передбачає обов'язковість нотаріального посвідчення договорів і/або державної реєстрації.

Наприклад, ст. 65 7 ЦК України передбачає, що договори купівлі - продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, жилого будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладаються в письмовій формі і підлягають нотаріальному посвідченню і дер­жавній реєстрації.

У випадках, коли нормами спеціального закону встановлено особливий порядок укладення господарських договорів, повинні застосовуватись норми такого закону (наприклад, укладення конце­сійного договору здійснюється в порядку, передбаченому розділом II Закону України «Про концесії»).

Загальний порядок укладення господарських договорів, закріп­лений у ст. 181 ГК України, має чимало відмітних особливостей у порівнянні з порядком укладення цивільно-правових договорів, що визначений у главі 53 ЦК, і включає в себе наступні стадії: 1) стадію складання проекту договору; 2) стадію узгодження протоколу роз­біжностей; 3) стадію безпосереднього врегулювання розбіжностей; 4) стадію судового розгляду переддоговірного спору. На будь-якій із цих стадій процес укладення договору може бути завершений, якщо сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов.

Згідно з ч. 7 ст. 179 ГК відносно процедури укладення госпо­дарських договорів підлягають застосуванню норми ЦК України і інших нормативно-правових актів, що стосуються окремих видів договорів, з урахуванням особливостей, передбачених ГК України.

Зокрема, ст.ст. 182-185 ГК України закріплюють особливості укладення попередніх договорів, договорів, заснованих на дер­жавному замовленні, а також таких, що укладаються на біржах, ярмарках і публічних торгах.

У господарських відносинах застосовуються загальнодержавні поняття моменту і місця укладення договору, оферти і акцепту і деякі інші (ст.ст. 638-650 ЦК України). Однак згідно з ГК України діє інший строк для акцепту, інший порядок пропозиції про укла­дення договору на інших умовах, інший склад істотних умов тощо (гл. 20 ГК). Зокрема, ціна є істотною умовою господарських, але не цивільних договорів. ГК України передбачає 20-денний строк для акцепту, а ЦК — негайний акцепт або спеціальний строк, зазна­чений у самій оферті, тощо.

Певна дискусія виникає з питання укладення договорів з викорис­танням засобів електронного зв'язку. Норми ЦК України в ст. 207 прямо передбачають таку можливість. У випадку дотримання особ­ливої процедури угоди, укладені з застосуванням цифрового підпису, прирівнюються ЦК до звичайної письмової форми. Що ж стосується ГК, то він не забороняє укладення таких угод. Хоч у ст. 181 ГК як за­гальне правило вказується на традиційні форми укладення господарського договору: викладення у формі єдиного документа або шляхом обміну листами, факсограмами тощо, — однак тут перелік спрощених способів укладення господарських договорів е невичерпним. Це від­криває можливість для застосування передбачених ст. 207 ЦК форм відтворення підпису, в тому числі електронного цифрового підпису для посвідчення волевиявлення сторін договору.

Новелою ГК України (ст.181) є правило про те, що господар­ський договір у формі єдиного документа за загальним правилом повинен бути не тільки підписаний сторонами, але і скріплений печатками. Це правило кореспондує із загальноцивільним правилом оформлення угод за участю юридичних осіб (ст. 207 ЦК України). Це не що інше, як звичай, який склався в господарській практиці і санкціонований у законі.

Окремо слід виділити випадки укладення господарських до­говорів на підставі рішення суду. Спори, що виникають при укла­денні господарських договорів за держзамовленням, або договорів, укладення яких є обов'язковим на підставі закону, а також в інших випадках, встановлених законом, розглядаються судом. Інші перед- договірні спори можуть бути предметом розгляду суду в випадку, якщо це передбачено угодою сторін, або якщо обов'язок укласти до­говір випливає із раніше укладеного попереднього договору. Згідно з ч. 2 ст. 187 ГК, день набрання чинності рішенням суду, яким було вирішене питання про переддоговірний спір, вважається днем укла­дення відповідного господарського договору, якщо рішенням суду не визначено інше. При цьому додаткового підписання сторонами тексту єдиного документа не вимагається. Згідно з ч. З ст. 84 ГПК, в судовому рішенні у спорі, що виник при укладенні або зміні догово­ру» суд в резолютивній частині рішення зазначає рішення з кожної спірної умови договору, а в спорах про спонукання до укладення договору — умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, із посиланням на поданий позивачем проект договору.

Зокрема, в ситуації, коли орендодавець ухиляється від укладення договору оренди, орендар, що фактично займав приміщення, звернувся до суду з позовом про спонукання до укладення договору. За результатами розгляду даного спору суд виніс рішення, яким задовільним позов орендаря в повному обсязі і постановив рішення, яким зобов'язав відпо­відача укласти договір. При цьому в резолютивній частині рішення суд прямо перелічив всі істотні умови договору оренди, визначені судом на підставі матеріалів переддоговірного спору.

Кабінет Міністрів України, уповноважені ним органи виконавчої влади можуть рекомендувати суб'єктам господарювання орієнтовні умови господарських договорів — примірні договори, а у визна­чених законом випадках —- затверджувати типові договори (п. 2 ст. 179 ГК).

Дана норма покликана спростити оформлення договірних відно­син, оскільки якби сторони були вимушені розробляти самостійно всі проекти договорів, їм прийшлось би зіткнутися із значними труднощами, а це, в свою чергу, потягнуло б затягування в оформленні договірних відносин через необхідність витрачати додатковий час для узгодження окремих умов. При цьому не було б жодної впевне­ності в тому, що в договорі відсутні прогалини, які потім утруднять дії сторін або господарського суду в випадку виникнення спору. Крім того, відсутність таких договорів провокує неконкурентну поведінку економічно сильних суб'єктів.

Примірні договори мають рекомендаційний характер, оскільки визначають лише бажану договірну модель, від якої сторони можуть відступити на свій страх і ризик. Прикладом є Примірний договір купівлі-продажу цілісного майнового комплексу, що підлягає про­дажу за конкурсом; Примірний договір купівлі-продажу цілісного майнового комплексу, що підлягає продажу на аукціоні; Примір­ний договір купівлі-продажу цілісного майнового комплексу, що підлягає продажу шляхом викупу, затверджені наказом Фонду державного майна України від 22.08.2005 р. № 2411.

Типові договори можуть мати форму самостійного нормативного акта або бути додатками до окремих нормативних актів і відобра­жати їхні окремі положення. Типові договори можуть містити два види умов, які: 1) встановлюють права і обов'язки сторін; 2) визна­чають інші умови, які можуть бути визначені сторонами в догово­рі на власний розгляд. Головною ознакою типових договорів є їх обов'язковість, тобто сторони не можуть виключити із договору або змінювати істотні умови, закріплені як обов'язкові для даного виду договорів. Наприклад, Типовий концесійний договір, затверджений постановою КМУ від 12.04.2000 р.

Відмітимо, що в загальноцивільних відносинах згідно з ЦК по­няття «типовий» має дещо інший зміст, ніж у господарських відносинах. У ст. 630 ЦК зазначено: договором може бути передбачено, що його окремі положення визначаються у відповідності з типовими умовами договорів окремого виду, оприлюднених у встановленому законом порядку. Якщо ж в договорі відсутні посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичаї ділового обороту, тобто, правила поведінки, які не встановлені актами ци­вільного законодавства, але є усталеними у певній сфері цивільних відносин, (ст. 7 ЦК).

Ці положення цивільного законодавства слід тлумачити таким чином: у випадку, коли для сторін договору не є обов'язковим типовий договір (наприклад, типовий договір оренди, затвердже­ний постановою КМУ від 03.03.2004 р. № 220, не поширюється на випадки, коли орендодавцем виступає юридична особа), сторони можуть передбачити його обов'язковість в силу договору. В іншому випадку умови типового договору також, як і примірного договору, можуть розглядатися сторонами для таких договірних відносин як діловий звичай.

У деяких випадках закон згадує обов'язковість укладення господарських договорів (договори, засновані на державному за­мовленні. В силу положень ч. 2 ст.15 ГК за умови наявності в угоді (контракті) на розроблення, виготовлення або поставку продукції посилань на державні стандарти і технічні регламенти, їхні поло­ження є обов'язковими для суб'єктів господарювання і виробників товарів. При цьому відповідність продукції встановленим стандар­там у подібних випадках враховується при митному оформленні зовнішньоекономічних операцій.

Особливе значення має поняття істотних умов господарських договорів, оскільки досягнення згоди за даними умовами впливає на виникнення договірних прав і обов'язків сторін.

Істотними умовами господарських договорів є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких за вимогою однією із сторін має бути досягнута згода (ст. 180 ГК України).

При цьому не важко визначити істотні умови, чітко закріплені в законі, або ті, без узгодження яких договір не може бути укладений. ГК України істотними умовами називає предмет договору, ціну і строк дії. Зрозуміло, що укласти договір купівлі-продажу без визна­чення об'єкта угоди неможливо, саме так, як не можна ігнорувати ціну в договорі, якщо цього вимагає норма закону.

Окремі акти законодавства передбачають додаткові істотні умови господарських договорів. Зокрема, при розгляді одного із спорів Вищий арбітражний суд України (ухвала від 01.09.1998 р. в справі 5/55) зазначив, що форма і порядок розрахунків (договір № ЗГУ) є істотною умовою договору купівлі-продажу (ст. 153 ЦК України), «оскільки ст. 14 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяль­ність» (спеціальна норма) надає право суб'єктам зовнішньоеконо­мічної діяльності визначати такі умови на власний розсуд, а, відтак, обов'язково передбачати в контракті.

Що стосується умов, які за вимогою сторони повинні бути узго­джені, то вони залежать від виду договору, намірів сторін і можуть визначати як додаткові способи забезпечення зобов'язань (неустой­ка, утримання, порука), так і конкретизувати особливості вико­нання зобов'язань (умови і строки оплати, порядок відвантаження товару, упаковку, маркіровку тощо). Наприклад, у пропозиції про укладення договору сторона може зазначити, що в договорі має бути чітко зазначений виробник продукції. Тому істотними умовами виступають умови, про які сторони домовились у проекті догово­ру, Протоколі розбіжностей, при укладенні договору відповідно до вимог ст. 181 ГК.

Відсутність згоди сторін з будь-якої із істотних умов означає, що такий договір є неукладеним (не породжує договірні наслідки).

Цю ситуацію не можна плутати із встановленням змісту істотних умов договору в законодавстві, які традиційно звуться звичайними умовами. Зміст таких умов сторони можуть не визначати, передба­чаючи, що такі умови не тільки не потребують, але і не можуть фор­мулюватися іншим чином, ніж це передбачено законом. Наприклад, законодавство встановлює порядок здійснення амортизаційних відрахувань (Закон України «Про оподаткування прибутку підпри­ємств», «Про оренду державного та комунального майна» тощо), а відповідно, сторони договору оренди можуть не встановлювати розмір і порядок відповідних платежів.

Наприклад, розглядаючи одну із справ, Вищий господарський суд України дійшов висновку, що відсутність у тексті договору визначен­ня змісту окремих істотних умов договору оренди державного майна, що вимагаються Законом «Про оренду державного та комунального майна» (сьогодні — також ЦК України), не призводить до визнання факту неукладення договору. Адже це «звичайні умови», тобто такі, що не мають необхідності бути включеними до тексту договору, 11 кільки вважається, що вони є обов'язковими для сторін внаслідок самого факту укладення договору.

Предметом господарського договору є дії (бездіяльність), які по­винна здійснити (утриматись від здійснення) зобов'язана сторона. Майново-господарські зобов'язання між суб'єктами господарю­вання, що виникають на підставі господарських договорів, мають складний предмет, в який входять дії сторін, тобто юридичний об'єкт, і майно (речі, права,обов'язки), які є матеріальним об'єктом.

Більшість авторів наполягають на позитивному характері дого­вірного зобов'язання, тобто активній поведінці боржника, направ­леній на здійснення певних дій. Відносно обов'язку не здійснювати певні дії слід відмітити, що він має, як правило, допоміжний харак­тер до активної дії зобов'язаного суб'єкта.

Наприклад, згідно з ч.2 ст. 299 ГК України, при наявності мо­нопольних агентських відносин договором може бути передбачено заборону для комерційного агента здійснювати комерційне пред­ставництво для інших суб'єктів господарювання в межах, перед бачених агентським договором.

Матеріальний об'єкт у договорі повинен бути чітко визначений (найменування товару, марка, сорт або результат, який має бути досягнуто при виконанні робіт або наданні послуг).

Ціна договору є формою грошового вираження вартості продукції, робіт або послуг, які реалізує суб'єкт господарювання (ч. 1 ст. 189 ГК). Звичайно ціна визначається в специфікаціях, що є невід'ємною частиною договору.

Досить важливим є розмежування категорій «ціна договору» і «ціна товару (робіт, послуг)". У деяких випадках визначити ціну договору недостатньо. Якщо сторони укладають договір підряду на виконання комплексу робіт і зазначають, що ціна договору (тобто за­гальна вартість робіт ) складає 100 грн., це не звільняє їх від обов'язку узгодити кошторис, в якому будуть зазначені ціни конкретних робіт, що підлягають виконанню: ремонт — 8 грн., фарбування — 3 грн., тощо. В іншому разі відсутність проектно-кошторисної докумен­тації може стати підставою для визнання договору не укладеним. Низка проблем може виникнути із застосуванням строку дії гос­подарського договору. Згідно з ч. 7 ст. 180 ГК, строком дії договору є час, впродовж якого існують господарські зобов'язання сторін, що виникли на основі цього договору.

Дану норму не можна тлумачити таким чином, що, якщо після закінчення строку дії, наприклад, договору поставки покупець не виконав своє зобов'язання, постачальник позбавляється права вимоги. В даному випадку мова повинна йти про термін для ви­никнення зобов'язання, до виконання якого сторони не присту­пили. Сторони вважаються такими, що приступили до виконання зобов'язання в момент, коли одна із них виконала свою частину зобов'язання. В цей момент виникає право вимоги кредитора, яке існує протягом строку позовної давності, а не строку дії договору. Якщо ж сторони не приступили до виконання зобов'язання, а строк договору закінчився, сторона, зацікавлена в його виконанні, пови­нна вияснити, чи не втратила інша сторона інтерес до виконання. Необхідно розмежовувати випадки визнання господарських до­говорів недійсними та неукладеними.По-перше, недійсним може бути визнаний лише укладений до­говір. Не випадково, М.ї. Брагинський відмічав, що при визнанні угоди недійсною мається на увазі не відсутність волі, а хибність волевиявлення. Зокрема, Вищий господарський суд України роз'яснив, що недійсним може бути визнаний лише договір, за яким сторони в належній формі досягнуто згоди з усіх істотних умов. Інакше господарському суду слід припинити провадження у справі.

По-друге, позов про визнання договору неукладеним не може ви­ступати предметом самостійних позовних вимог, оскільки «вимога про встановлення факту неукладеного договору не призводить до відновлення порушеного права» і такий спосіб захисту не перед­бачений ані ст. 16 ЦК України, ані ст. 20 ГК України, «однак є до­казом встановлення факту і елементом оцінки фактичних обставин справи».

По-третє, неукладений договір взагалі не породжує договірних наслідків, а недійсний договір припускає застосування наслідків не­дійсності угоди (реституції) згідно з § 2 гл. 16 ЦК України і ст. 207-208 ГК України. Щодо неукладеного договору можливий позов про без­підставне набуття майна, що має позадоговірну природу (інший пред­мет позову), що регламентує гл. 83 ЦК України.

Залежно від того, якому із видів належить конкретний договір, розрізняються і ті наслідки, які настають. За загальним правилом зобов'язання, що суперечить закону, правосуб'єктності учасника, інтересам суспільства і держави може бути визнане судом недійсним (ст. 207 ПС України).

Виконання господарського зобов'язання, визнаного судом не­дійсним, припиняється із дня набрання чинності рішенням суду, як недійсне з моменту його виникнення. Однак у випадку, коли із змісту зобов'язання слідує, що воно може бути визнане недійсним лише на майбутнє, таке зобов'язання визнається недійсним і при­пиняється на майбутнє (ч. З ст. 207 ГК).

Відсутність подібної норми в законі раніше призводило до про­блем, які вирішувались завдяки роз'ясненням Вищого господарського суду України. Зокрема, в одному з них розкрита проблема визнання недійсним договору про надання послуг. Якщо частина послуги вже надана, то повертати її, на відміну від товару, не є можливим. Таке зобов'язання може бути визнано судом недійсним лише на майбутнє. Проблемним є на сьогодні питання визнання недійсними нікчем­них угод у контексті правила, встановленого ст. 215 ЦК України. Ця норма передбачає відсутність необхідності судового рішення про недійсність таких угод, але і наявність права на позов про застосу­вання наслідків недійсності нікчемної угоди. Водночас, виходячи з того, що ЦК України не забороняє подання позову про визнання недійсної нікчемної угоди, а ГК України в ст. 207 передбачає су­довий порядок визнання господарських зобов'язань недійсними, можна констатувати, що господарські суди не вправі відмовляти в прийнятті позовних заяв про визнання недійсними нікчемних угод. За таким шляхом йде практика аналогічних справ в Російській Федерації.

Якщо господарська угода визнана судом недійсною і при цьому був наявний намір обох сторін на її здійснення з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то у випадку виконання такого зобов'язання все отримане сторонами за даною угодою стягується в дохід держави за рішенням суду. У випадку, коли умисел був тільки в однієї сторони, то усе одержане нею по­винно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в дохід держави. Якщо ж підстави визнання зобов'язання інші, закон приписує за загальним правилом проведення двосторонньої реституції (ст. 208 ГК). Тут спостерігається чергова відмінність господарсько-правового від загальноцивільного регулювання — ЦК України не містить норму про стягнення отриманого за угодою в дохід держави.

Що ж стосується «умислу юридичної особи", то сучасна судова практика підходить до нього як до умислу керівника, уповноваже­ного на укладення угод від імені такої юридичної особи.

При виявленні особливостей визнання недійсними господарських договорів слід також враховувати, що на відміну від ЦК України, який у ст. 228 визнає угоди, що порушує вимоги публічного по­рядку, нікчемною (недійсною в силу закону), ГК України в ст. 207 визнає господарське зобов'язання, що вчинено з метою, яка за- відомо суперечить інтересам держави і суспільства, оспорюваним (недійсним в силу рішення суду). Крім того, звертає на себе увагу, що ст. 228 ЦК України обмежує склад загальноцивільної категорії «публічного порядку» (порушення конституційних прав і свобод людини, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, територіальної громади, незаконне заволодіння ним), а господарсько-правова категорія «інтереси суспільства і держави» за ГК України не містить вичерпного переліку елементів, а отже може тлумачитись більш широко.

Підводячи підсумок, відмітимо, що не всі питання регулювання господарських зобов'язань і договорів при застосуванні норм цивіль­ного і господарського права на сьогодні вирішені в повному обсязі. Пов'язано це, передусім, з недостатньою практикою застосування і наукового переосмислення новел ЦК і ГК України. Як критерії розмежування цивільних і господарських договорів на сьогодні найбільш визнаними є такі, як особливість суб'єктного складу, мети

і характеру договорів. Дана позиція дозволяє точно застосовувати особливості норм ГК України в порівнянні з нормами ЦК України. Водночас, слід погодитись з думкою авторів, які звертають увагу на нелогічність наявності в ЦК України норм, що регулюють гос­подарські договори лізингу, підряду на проектні і пошукові роботи, технологічні роботи і деяких інших. Подібні договори, без сумніву, І належать до категорії господарських, нарівні з такими традиційно господарськими, як підряд, перевезення, підряд на капітальне бу­дівництво, комерційна концесія.

З прийняттям ГК України деякі зміни були внесені в регулюван­ня деяких традиційних видів господарських договорів. Зокрема, умови договорів поставки повинні викладатися згідно з вимогами «Інкотермс». Загальна кількість товарів, що підлягають поставці, їх асортимент і номенклатура повинні визначатися специфікаціями. Виходячи зі ст. 267 Кодексу договір поставки може бути укладений на один рік, на строк більше одного року, або на інший строк, визна­чений угодою сторін. Якщо в договорі строк його дії не визначено, він вважається укладеним на один рік.

Визнання договору господарським має принципове значення не тільки у зв'язку з особливим режимом регулювання, але і у зв'язку з особливим порядком розгляду спорів, що виникають при укладенні, виконанні і розірванні договорів. Спори, пов'язані з господарськими договорами, розглядаються в господарських судах згідно з нормами ГК України, а спори, в яких хоча б однією із сторін є громадянин, що не є підприємцем, розглядаються в загальних судах України (за винятком, наприклад, спорів з корпоративних відносин).

Крім того, виконання загальноцивільних і господарських до­говорів тягне, як правило, різні податкові наслідки. Зокрема, ви­трати підприємства з виконання господарської угоди за загальним правилом належать на собівартість продукції, зменшуючи об'єкт оподаткування за податком на прибуток. Напроти, витрати підпри­ємства з використання загальноцивільної (негосподарської) угоди за загальним правилом не відносяться на собівартість і не зменшують базу оподаткування.

Цивільне і господарське договірне право, безперечно, мають низку суміжних інститутів. До них, зокрема, можна віднести ін­ститути права власності, договорів, позадоговірних зобов'язальних відносив. Наявність подібних суміжних інститутів дозволяє при ре­гулюванні окремих господарських відносин обмежитись закріплен­ням в ГК України лише спеціальних норм з посиланням, у випадку необхідності, до положень ЦК України. Багато норм ГК України є загальними і для цивільних, і для господарських відносин.

Контрольні запитання:

1. Назвіть основні характеристики господарського зобов'язання.
2. Які види господарських зобов'язань передбачені законодав­ством України?
3. Як виникають, змінюються і припиняються господарські зобов'язання?
4. В чому полягає особливість законодавчого регулювання госпо­дарських договорів у порівнянні з регулюванням загальноцивільних договорів?
5. Що таке істотні умови господарського договору?
6. Як співвідносяться інститути визнання договору недійсним та неукладеним?

# Розділ 8 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦІНОУТВОРЕННЯ

## § 1. Ціна як економічна категорія

Проблемами формування цін, процесів вибору остаточної ціни залежно від чинників впливу на неї, в тому числі співвідношення попиту та пропозиції, грошового виразу вартості виробленої про­дукції, робіт та послуг, дослідники опікуються від самого початку зародження відносин обміну товарами та опосередкування такого обміну зі стародавніх часів.

Давньогрецький філософ Аристотель вказував у своїх працях, що ціна є категорією справедливого обміну визначених робіт та продукції, фактично замислюючись про мінову вартість та її ви­рази. В різний історичний час дослідження економічних теорій визначення ціни здійснювали X. де Матьєнсо, В. Петті, А. Сміт, Ж.Б. Сей, Д. Рікардо, К. Маркс та ін.

Зважаючи, що в наведеній категорії перетинаються всі основні проблеми розвитку економіки та діалектики суспільних виробничих відносин у цілому, а саме: стосовно реалізації товарів, створення, розподілу та використання валового внутрішнього продукту та національного доходу, — питання ціноутворення, безсумнівно, на­бували та набуватимуть центрального місця серед інших об'єктів наукових пошуків з метою усталеного розуміння цього явища, його сутності та природи, в тому числі задля подальшого встановлення способів ефективного впливу та регулювання відповідних процесів.

Зокрема, засновуючись на першочергових чинниках корисності та суб'єктивності, іспанський юрист та економіст Хуан де Матьєнсо виділяє поняття справедливої ціни, відхиляючи теорію співвідно­шення вартості як кількості праці, витрат виробництва, стверджу­ючи, що речі не мають об'єктивної вартості самі по собі, оскільки існують інші критерії визначення вартості: необхідність, корис­ність, зацікавленість осіб, дефіцит товару, насиченість ринку, тощо. X. де Матьєнсо схиляється до теорії суб'єктивної вартості то­варів і наводить відмінності між початковою вартістю (внутрішньо присутній) та набутою вартістю. Якщо перша і виражає природу створення товару, то друга характеризує структуру ситуативного ринку, яка впливає на ціну.

Іншою концепцією є пояснення ціни товару сумою грошових витрат у найкращому варіанті використання виробничих ресурсів. У цьому випадку ринкова ціна товару залежить не стільки від ви­трат виробника, скільки від оцінки корисності цих витрат покуп­цем. Причому, ціна є самостійною позавартісною величиною, для визначення якої оцінка покупця більш важлива, аніж витрати, зроблені виробником. Інакше кажучи, ціна «звільняється» від вартості, втрачається потреба в поясненні ціни вартістю.

Зокрема, Ж.Б. Сей вважає ціну оцінкою корисності блага, яке будується на власних суб'єктивних уявленнях та розуміннях пе­реваг продукції. Ціна постає як суб'єктивна вартість, вираження альтернативної оцінки. Тобто, фактично, зводиться до того, яку суму грошових коштів покупець готовий сплатити за товар.

Значну підтримку знайшла інша економічна концепція — тру­дової теорії вартості, розвинута В. Петті, А. Смітом, Д. Рікардо, К. Марксом та іншими економістами, які загалом виходили з того, що вартість товару визначається кількістю витраченої праці на його створення.

При цьому, К. Маркс, розвиваючи вчення про вартісну теорію ціни, зазначав, що форма вартості, хоча вона реально й існує, безпо­середньо не сприймається, а виявляється лише у мінових відноси­нах. Товар набуває форми вартості лише при зіставленні з іншими товарами (у співвідношенні один з одним). Вартість будь-якого товару, і, як наслідок, товарів, з яких складається капітал, — ви­значається не тим необхідним робочим часом, який вкладався в нього, а робочим часом, суспільно необхідним для його відтворення, визначаючи абстрактний труд як субстанцію вартості.

На думку К. Маркса та Ф. Енгельса, «ціна є грошовим визна­ченням уречевленої в товарі праці».

Вартість — це втілені в товарі суспільно корисні витрати праці, але не будь-які, а лише відповідні середнім (для даного періоду) умовам, вмінням та інтенсивності праці. Оскільки всякий товар є результатом праці, то це автоматично дозволяє співвідносити всю продукцію, як таку, що є якісно однорідною внаслідок створення її завдяки праці. При цьому підході праця, втілена у товарах, також є якісно однорідною, працею «взагалі», облишеною конкретики. В економічній теорії такий труд прийнято іменувати абстрактним.

Таким чином, співвідношення вартості різноманітних товарів відображує відношення представлених у них величин абстрактної праці. Ці чинники і визначають пропорції обміну товарами (або купівлі-продажу).

Ціна товару є грошовим вираженням його вартості. Ціна окремого товару може відхилятися залежно від існуючих ринко­вих обставин та випадкових факторів впливу. Тим самим теорія К. Маркса убачає в вартості об'єктивну основу ціни, розрізняючи вартість та ціну.

Окрім трудової вартості, до витратних концепцій належать також теорія витрат виробництва і теорія трьох факторів виробництва. Представники теорії витрат виробництва (Р. Торренс, Н. Сеніор, Дж. Мілль) розглядають витрати виробництва як основу мінової вартості і цін, вважаючи, що нова вартість створюється не лише живою, а й минулою, уречевленою працею.

Отже, результатом наукових досліджень є дві основні економіко- теоретичні концепції ціни, які обґрунтовуються критеріями суб'­єктивізму:

* + 1. вартісна теорія ціни, яка розуміється її прихильниками як сукупність об'єктивних витрат праці, здійснених при створенні продукції, наданні послуг, виконанні робіт;
    2. теорія корисності (теорія суб'єктивної оцінки, розробники та захисники якої виходять з розуміння того,'що окрім витратних складових, ціна формується також з інших факторів, як-то необхід­ність, корисність, рівень попиту та пропозиції, дефіцит, насиченість ринку, тощо).

Сучасна економічна теорія намагається об'єднати обидва під­ходи до ціноутворення, поєднуючи в ціні об'єктивну вартість та суб'єктивність (корисність) товару.

У новітніх концепціях ціноутворення домінуюче становище на­лежить викладеному підходу англійського економіста А. Маршалла, згідно з яким теорія вартості вже не займає центральне місце, як це мало місце в XIX ст. На перший план висунуто теорію ціни, яка комплексно враховує вплив різноманітних ціноутворюючих факторів. Вчений, фактично, обґрунтовано синтезує положення доктрини про визначну роль витрат виробництва та теорії граничної корисності, попиту та пропозиції в формуванні та русі цін.

Усвідомлення значення такої категорія, як ціна, повинно здій­снюватися через наступні характеристики, які їй надаються. Отже, ціна це є, зокрема:

* грошове вираження вартості;
* грошове вираження системи ціноутворюючих факторів;
* інструмент ринкової конкуренції.

Треба погодитися з твердженнями Щербини В.С., який вста­новив, що суб'єктивістські та волюнтаристські уявлення щодо

ціноутворення, які мали місце в нашій країні, коли ігнорувалися вимоги об'єктивних економічних законів (передусім закону вар­тості та закону розподілу за працею), зумовили те, що ціни лише фіксували рівень витрат того чи іншого виробництва, що склався. У багатьох випадках цей рівень був досить далеким від суспільно необхідних витрат. Відірвані від об'єктивної вартісної бази, ціни, таким чином, не відповідали суспільно необхідним затратам праці і по суті перетворилися на планово-обліковий вимірювач. Цілком зрозуміло, що така система цін не могла застосовуватися в умовах реформування економіки, фундаментальним моментом якого у сфері ціноутворення є найбільш повне відображення в нових цінах суспільно необхідних затрат.

Отже, звертаючись вже до реалій сьогодення, безспірним є по­ложення про те, що кількісне визначення витрат на виробництво та реалізацію товарів і послуг були та залишаються об'єктивною потребою і дійсністю в будь-якій суспільно-економічній формації. Оскільки очевидно, що об'єктивний процес формування витрат в умовах ринкової економіки відбувається на базі ринкових цін і ви­магає відшкодування всіх втрат, пов'язаних зі здійсненням процесів виробництва та реалізації товарів, за рахунок одержаних доходів.

Поступовий відхід від минулих радянських централізованих планувань, тарифікації та цінового монополізму держави, сприяє актуалізації пошуків та повернення до універсальних нагальних класичних та неокласичних економічних інструментів забезпечення ринкового ціноутворення, яке забезпечує комплексне зростання не лише відокремленого з загальних економічних процесів господа­рюючого суб'єкта, але і усієї сфери господарювання та економіки сучасної України з широким колом учасників відповідних відносин.

## § 2. Ціна як правова категорія

Визначення терміна «ціни» в чинному господарському законо­давстві України виходить здебільшого з вартісної економічної теорії, оскільки за статтею 189 Господарського кодексу України вона ви­значається як «форма грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання.

Ціна, як правова категорія, має наступні значення:

* 1. є істотною умовою господарського договору;
  2. виступає вираженням грошових зобов'язань у сфері господа­рювання;
  3. становить основу податкового обліку, митних процедур;
  4. дозволяє здійснювати контроль та нагляд за додержанням дисципліни цін, застосовуючи (у разі порушення останньої) встановлені законодавством санкції, як наслідок настання юридичної відповідальності.

На підставі ч. 3 ст. 180 ГК України, сторони господарського договору повинні в будь-якому разі погодити між собою ціну, як істотну умову господарського договору. Відсутність домовленості сторін угоди хоча б з однієї його істотної умови має наслідком неукладення такого правочину, що прямо випливає з норми статті 638 Цивільного кодексу України.

Виходячи з логіки спрямування правових положень на захист суб'єктів господарювання від можливого свавілля з боку їхніх контрагентів, забезпечення сталості економічних відносин та захис­ту їхніх учасників від необґрунтованого підвищення ціни, встанов­лена заборона на односторонню зміну погодженої сторонами ціни. Зокрема, частина перша статті 180 ГК України не допускає зміну положень господарського договору в односторонньому порядку, окрім випадків визначених договором або законом, а частина третя статті 632 ЦК України повторює аналогічну заборону, конкретизу­ючи її саме відносно ціни правочину.

Варто зауважити, якщо ціни є державними, то їх дотримання являє собою необхідні умови господарювання, а відступлення від них розцінюється як правопорушення, тобто порушення дисципліни цін, що тягне настання юридичної відповідальності.

Ціна, як правова категорія, виступає засобом вираження грошових зобов'язань у сфері господарської діяльності шляхом й закріплення у правочинах між учасниками відповідних відносин. За загальними нормативними правилами, які виходять зі ст.ст. 189 та 198 ГК України, грошові зобов'язання учасників господарських відносин повинні бути виражені і підлягають оплаті у гривнях. Це правило має певні винятки.

Зокрема, ціни у зовнішньоекономічних договорах (контрактах) можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін (частина 2 ст. 189 ГК України). Здійснення розрахункових операцій за зовніш­ньоекономічними договорами регламентується, зокрема, Законом України від 23.09.94 р. № 185/94-ВР «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті».

Відповідно до ч. 2 ст. 198 ГК України вираження грошових зобов'язань в іноземній валюті можливо у випадках, якщо суб'єкти господарювання мають право проводити розрахунки між собою в іноземній валюті відповідно до законодавства, наприклад при отриманні відповідної ліцензії НБУ.

Ціна сосновою податкового обліку, в ході якого визначається база оподаткували я проведених господарських операцій, за якими мають нараховуватися та виконуватися податкові зобов'язання згідно з профільним законодавством України.

Зокрема, за ц. 4.1. Закону України від 03.04.97 р. М168/97-ВР «Про податок на додану вартість» встановлено: «База оподаткував ця операції з поставки товарів (послуг) визначається виходячи з їх договірної (контрактної) вартості, визначеної за вільними цінами, але не нижче за звичайні ціни, з урахуванням акцизного збору, ввізного мита, інших загальнодержавних податків та зборів (обов'язкових платежів), згідно із законами України з питань опо­даткування (за винятком податку на додану вартість, а також збору на обов'язкове державне пенсійне страхування на послуги стільни­кового рухомого зв'язку, що включається до ціни товарів (послуг)). До складу договірної (контрактної) вартості включаються будь-які суми коштів, вартість матеріальних і нематеріальних активів, що передаються платнику податку безпосередньо покупцем або через будь-яку третю особу в зв'язку з компенсацією вартості товарів (послуг)». Тут же зазначається, що у разі якщо звичайна ціна на товари (послуги) перевищує договірну ціну на такі товари (послуги) більше ніж на 20 відсотків, база оподаткування операції з поставки таких товарів (послуг) визначається за звичайними цінами.

Практичне значення такої категорії, як звичайна ціна, важко переоцінити. Остання має на меті забезпечення фіскальної функції держави при наповненні бюджетів різних рівнів, передусім запо­бігаючи численним зловживанням з боку недобросовісних учасни­ків господарських відносин, які намагаються штучно знизити або завищити існуючі ціни на певний товар (роботи, послуги) з метою подальшої оптимізації податкового навантаження задля уникнення сплати реальних грошових коштів, формально, порушуючи норми права, а фактично, завдаючи шкоди, зокрема, соціальному розвитку суспільства через унеможливлення справедливого розподілу ресур­сів серед малозахищених категорій громадян, якими опікується дер­жава, та зриваючи фінансове забезпечення, розвиток неприбуткових сфер життя населення країни (культура, спорт, мистецтво, тощо).

Звичайна ціна визначається як справедлива ринкова ціна, тобто ціна, за якою товари (роботи, послуги) передаються іншому влас­нику за умови, що продавець бажає передати такі товари (роботи, послуги), а покупець бажає їх отримати за відсутності будь-якого примусу, обидві сторони є взаємно незалежними юридично та фак­тично (не є пов'язаними особами), володіють достатньою інформа­цією про такі товари (роботи, послуги), а також ціни, які склалися на ринку ідентичних (а за їх відсутності — однорідних) товарів (робіт, послуг).

Більш детально стосовно характеристики, особливостей викорис­тання та регулювання питання застосування звичайних цін можна

дізнатися з дисципліни податкового або фінансового права, зокрема чис­ленних роз'яснень (рекомендацій, листів) Державної податкової адміні­страції У країни, в тому числі з Листа ДПА від02.04Л007р. М 6448/7/23- 5017 "Щодо руйнування механізмів мінімізації, що використовуються суб'єктами, які декларують від'ємне значення об'єкта оподаткування (збитковими підприємствами)", яким складені та запропоновані «Ме­тодичні рекомендації щодо особливостей проведення перевірок суб'єктів господарювання, що декларують від'ємне значення об'єктів оподатку­вання (збиткові підприємства)».

Ціна також визнається ключовим елементом при здійсненні митного очищення товару в момент проходження (перетинання) митного кордону держави і формуванні обов'язкових розрахунків розміру податкових зобов'язань та іншого фіскального навантажен­ня суб'єкта зазначених процедурних дій.

Визначення ціни та її фіксація у належний спосіб шляхом закріп­лення в письмових документах дозволяє компетентним держав­ним органам здійснювати контроль та нагляд у сфері додержання суб'єктами господарювання нормативно-правових актів стосовно ціноутворення та державного регулювання цін. Правильність вста­новлення і застосування державних фіксованих та регульованих цін і тарифів має вирішальне значення для забезпечення прав та законних інтересів абстрактного кола осіб, права яких можуть бути порушені протиправними діями, зокрема, монопольних утворень. У даному випадку визначення ціни, як правової категорії, гарантує можливість своєчасного реагування на такі правопорушення, їх по­дальше припинення та профілактику шляхом застосування заходів юридичної відповідальності.

## § 3. Види цін та їх класифікація

Класифікація цін і тарифів здійснюється залежно від багатьох факторів та обставин, які дозволяють виокремлювати деякі їхні групи за нижченаведеними ознаками.

Виходячи з норми частини третьої ст. 189 ГК України, суб'єкти господарювання можуть використовувати у господарській діяльнос­ті вільні, державні фіксовані ціни та регульовані ціни — граничні рівні цін або граничні відхилення від державних фіксованих цін.

Таким чином, за способом встановлення цін і тарифів залежно від впливу держави, останні поділяються на:

* вільні ціни і тарифи;
* державні фіксовані та регульовані ціни і тарифи.

Вільні ціни визначаються на всі види продукції (робіт, послуг), за винятком тих, на які встановлено державні ціни. Вільна ціна це є по суті ціна, яка формується на ринку під впливом попиту та про­позиції незалежно від влади держави.

Вільні ціни можуть бути договірними та такими, що вста­новлюються суб'єктами господарювання самостійно. Договір­ними є ціни, що встановлюються за згодою сторін та які зазвичай фіксуються в письмовій формі. При їх визначенні враховується новизна товару, його корисність, якість, доступність до придбання на ринку (рівень пропозиції), структура ринку, інші обставини.

Ціни, що встановлюються самостійно суб'єктами господа­рювання, інакше називаються ціни виробника. Зокрема, у вну­трішньогосподарських відносинах (відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання; відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами) вільні ціни встановлюються також за рішенням суб'єкта господарювання, що має наслідком необхідність застосування та додержання таким структурним підрозділом встановлених суб'єктом господарювання, в структурі якого діє такий підрозділ, вільних цін на продукцію (роботи, послуги).

Варто сказати, щодо цін, які встановлюються суб'єктами госпо­дарювання за їх самостійним рішенням, можливо віднести випадки встановлення цін суб'єктами господарювання в сфері публічних зобов'язань, які, за правилами ст. 178 ГК України, відповідно до закону та своїх установчих документів зобов'язані здійснювати ви­конання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах, не мають права відмовити у виконанні робіт, наданні послуг, продажу товару за наявності у них такої можливості або надавати перевагу одному споживачеві перед іншими, крім випадків, передбачених законодавством.

Згідно з частиною 3 ст. 178 ГК України визначено, що Кабінет Міністрів України може у визначених законом випадках видавати правила, обов'язкові для сторін публічного зобов'язання, в тому числі щодо встановлення або регулювання цін. Умови зобов'язання, що не відповідають цим правилам або встановленим цінам, є недій­сними. Прикладом такого регулювання в господарських відносинах є Постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.98 р.№ 1998 «Про удосконалення порядку формування цін».

Зазначене стосовно публічних зобов'язань суб'єктів господа­рювання однаковою мірою стосується і державних фіксованих та регульованих цін у тих випадках, коли відповідні зобов'язання виникають вже в сфері дії державних фіксованих і регульованих цін. Для прикладу регламентації відносин, що виникають у межах існування вказаних цін, можливо навести такий нормативний акт, як Постанова КМУ від 08.12.2006 р. № 1697 «Про заходи щодо по­дальшого вдосконалення механізму забезпечення природним газом вітчизняних споживачів».

Державні фіксовані та регульовані ціни встановлюються на ресурси, що справляють визначальний вплив на загальний рівень і динаміку цін, а також на продукцію та послуги, що мають суттєве соціальне значення для населення. Перелік зазначених ресурсів, продукції, послуг затверджує Кабінет Міністрів України.

Державні ціни поділяються на дві групи: фіксовані та регульо­вані ціни.

Фіксовані ціни прямо встановлюються державою в особі строго визначених державних органів, перелік яких встановлений Поста­новою КМУ від 25.12.96р. № 1548 «Про встановлення повноважень органів виконавчої влади та виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів)». Фіксовані ціни не можуть бути збіль­шені або зменшені суб'єктами господарювання.

Регульовані ціни — це граничні рівні цін або граничні відхилен­ня від державних фіксованих цін. Регульовані ціни можуть бути максимально граничними або мінімально граничними.

За частиною другою ст. 191 ГК України державні ціни встанов­люються також на продукцію (послуги) суб'єктів господарюван­ня — природних монополістів. Переліки видів продукції (послуг) зазначених суб'єктів затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Органи, які регулюють діяльність суб'єктів природних моно­полій, при прийнятті рішень щодо регулювання цін у відповідній сфері відносин враховують інформацію про діяльність суб'єкта природної монополії, надану об'єднаннями споживачів та іншими заінтересованими особами. Порядок оприлюднення інформації та відкритих слухань щодо зміни цін (тарифів) на товари суб'єктів при­родних монополій визначається тими органами, на які покладається затвердження або регулювання цін (тарифів).

Зокрема, особливий порядок передбачено в Положенні про державне регулювання цін (тарифів) на продукцію виробничо- технічного призначення, товари народного споживання, роботи і послуги монопольних утворень, затвердженому Постановою КМУ від 22.02.95 р. № 135.

Окрім цього, державні ціни встановлюються на імпортні товари, придбані за рахунок коштів Державного бюджету України. Законом може бути передбачено встановлення комунальних цін на продук­цію та послуги, виробництво яких здійснюється комунальними підприємствами.

Відповідно до частини 5 ст. 191 ГК України, державне регулю­вання цін і тарифів здійснюється шляхом встановлення: - фіксованих державних та комунальних цін;

* граничних рівнів цін;

— граничних рівнів торговельних надбавок і постачальницьких винагород;

* граничних нормативів рентабельності;
* обов'язкового декларування зміни цін.

Відповідно до ст. 8 Закону України «Про ціни і ціноутворення» Урядом України можуть вводитись інші методи державного регу­лювання цін і тарифів.

Отже, узагальнюючи, можна визначити, що державні ціни вста­новлюються на: а) ресурси, які здійснюють визначальний вплив на загальний рівень та динаміку цін; б) продукцію та послуги, що мають суттєве соціальне значення для населення; в) продукцію (по­слуги) суб'єктів господарювання — природних монополістів; г)на імпортні товари, придбані за рахунок коштів Державного бюджету України.

Свої особливості має ціноутворення при здійсненні експортно- імпортних операцій. Зокрема, згідно з ч. 4 ст. 189 ГК України та ст. 11 Закону України «Про ціни і ціноутворення» при здійсненні експортних та імпортних операцій безпосередньо або через зов­нішньоторговельного посередника в розрахунках із зарубіжними партнерами застосовуються контрактні (зовнішньоторговельні) ціни, що формуються відповідно до цін і умов світового ринку та індикативних цін.

Тривалий час регулювання цін при експортно-імпортних опера­ціях здійснювалося із застосуванням індикативних цін відповідно до Указу Президента України від 10.02.96 р. № 124/96 «Про за­ходи щодо вдосконалення кон'юнктурно-цінової політики у сфері зовнішньоекономічної діяльності». Індикативні ціни на товари затверджувалися Мінекономіки України, а їх застосування було обов'язковим для суб'єктів ЗЕД.

Однак, беручи до уваги те, що індикативні ціни не відповідали правилам Світової організації торгівлі (СОТ), членом якої стала Україна, Указом Президента України від 05.08.2008 р. № 686/2008 вказаний вище нормативний акт скасовано. Отже, українські суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності самостійно визначають контрактні ціни, виходячи з договірних засад з урахуванням попиту та пропозиції, а також факторів недопущення застосування до них антидемпінгових санкцій.

Залежно від кола суб'єктів реалізації продукції та обсягів такої реалізації всі ціни поділяються на оптові та роздрібні.

Оптові (відпускні) ціни — ціни виробників продукції, за якими підприємство реалізує вироблену продукцію (оптовими партіями) оптово-збутовим організаціям або іншим підприємствам. Оптова ціна в таких випадках включає в себе собівартість, прибуток і по­даток на додану вартість.

Роздрібні ціни — це ціни, за якими товари реалізуються в роз­дрібній мережі населенню, підприємствам та організаціям, що є кінцевими споживачами товару. За роздрібними цінами продукція вибуває зі сфери обігу та споживається в домашньому господарстві або виробництві. Склад роздрібної ціни характеризується наступ­ними елементами: оптовою ціною промисловості та торговою надбавкою (націнка) чи торговельною скидкою. В свою чергу торгова надбавка складається з витрат торгових організацій та їх прибутку з метою здійснення господарської діяльності. ,

Залежно від сфери обслуговування товарного обігу, ціни поді­ляються на такі основні види:

* оптові ціни на продукцію промисловості;
* ціни на будівельну продукцію;
* закупівельні ціни на сільськогосподарську продукцію;
* тарифи вантажного та пасажирського транспорту;
* роздрібні ціни для населення;
* тарифи на комунальні та побутові послуги;
* ціни, які обслуговують зовнішньоекономічний обіг;
* та інші.

Закупівельні ціни на сільськогосподарську продукцію являють собою оптові ціни, за якими реалізується сільськогосподарська продукція сільськогосподарським підприємствам, фермерам та на­селенню. На практиці закупівельні ціни для окремих господарств трансформуються в середні ціни фактичної реалізації, в яких вра­ховані ціни та кількість продукції, реалізованої різними каналами продажу (заготівельним організаціям, за прямими зв'язками з роздрібною торгівлею, на колгоспному ринку тощо). Закупівельні ціни — договірні (вільні) ціни, які встановлюються залежно від співвідношення попиту та пропозиції.

За своєю структурою закупівельна ціна складається, по-перше, з собівартості, по-друге, з норм прибутку, які необхідні для продов­ження здійснення господарської діяльності в умовах ринкових від­носин не тільки простого, але і розширеного відтворення.

Тарифи вантажного та пасажирського транспорту — це плата за переміщення вантажів та пасажирів, що стягується транспортни­ми організаціями з відправників вантажу та за перевезення населен­ня. Складові елементи тарифу — витрати та прибуток транспортних організацій, а також податкові зобов'язання (в тому числі податок на додану вартість).

Тарифи на комунальні та побутові послуги — це плата за по­слуги, що надаються населенню комунальними та побутовими службами. До них можуть бути віднесені: ціни на послуги за водо­постачання, каналізацію, опалення житла, телефонний зв'язок; ціни на ремонт одягу, послуги хімчистки, прасувальних підпри­ємств, тощо. Наведені ціни, власне, як і вищеперелічені, визнача­ються затратами, які складають собівартість, та рівнем прибутку, необхідного для забезпечення існування таких організацій.

Отже, види цін є вкрай різноманітними та відрізняються залежно від багатьох обставин своєї економічної та правової природи, що і зумовлює подальшу специфіку їхнього нормативного врегулювання, якість, ефективність та обґрунтованість якого в свою чергу має ви­рішальне значення для належного та стабільного розвитку ринкової економіки вашої держави.

## § 4. Державні органи, що здійснюють регулювання цін

Державні органи залежно від обставин існуючих господарських відносин на певно визначений момент їх протікання можуть регу­лювати ціни лише на обмежений перелік товарів та послуг, безпо­середньо визначений у законодавстві.

Це, зокрема, випливає з частини другої статті 19 Конституції України, яка встановила, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. З наведеного вбачається, що державні органи не можуть здійснювати регулювання цін, якщо це не передбачено нормативно-правовими актами та/або не віднесено до їх повноважень.

У будь-якому разі стосовно більшості товарів, які виробляються суб'єктами господарювання, держава визначає загальні правила та принципи ціноутворення, в низці випадків встановлюючи граничні рівні рентабельності або цін, здійснюючи таким чином свої управ­лінські функції.

Державне регулювання цін здійснюється відносно продукції під­приємств, які займають монопольне положення на ринку товарів, а також на товари та послуги, які визначають масштаби цін в еко­номіці та значну соціальну спрямованість щодо окремих категорій громадян суспільства.

Виходячи з цього, в період переходу до ринку в умовах змішаної (багатоукладної) економіки ринковий механізм ціноутворення має не протистояти, а гнучко поєднуватися з механізмом державного регулювання цін на деякі групи товарів. Таке поєднання дозволяє державі за допомогою цін визначати та реалізовувати цілі та пріо­ритети економічного та соціального розвитку.

Одним з основних напрямків державної діяльності в галузі еконо­міки є проведення збалансованої цінової політики, яка є складовою частиною загальної економічної та соціальної політики України і спрямована на забезпечення:

* рівних економічних умов і стимулів для розвитку всіх форм власності, економічної самостійності підприємств, організа­цій і адміністративно-територіальних регіонів республіки;
* збалансованого ринку засобів виробництва, товарів і послуг;
* протидії монопольним тенденціям виробників продукції, товарів і послуг;
* об'єктивних співвідношень у цінах на промислову і сільсько­господарську продукцію, що забезпечує еквівалентність об­міну;
* розширення сфери застосування вільних цін;
* підвищення якості продукції;
* соціальних гарантій у першу чергу для низькооплачуваних і малозабезпечених громадян, включаючи систему компенса­ційних виплат у зв'язку із зростанням цін і тарифів;
* створення необхідних економічних гарантій для виробників;
* орієнтації цін внутрішнього ринку на рівень світового ринку.

Функції з забезпечення цінової політики у відповідності до статті

116 Конституції України та Закону України «Про ціни та ціноут­ворення» покладені на Кабінет Міністрів України, який вчиняє, зокрема, наступні правові дії:

* 1. забезпечує здійснення в країні державної політики цін;
  2. встановлює порядок ціноутворення для казенних підприємств;
  3. визначає перелік продукції, товарів і послуг, державні фіксова­ні та регульовані ціни і тарифи на які затверджуються відповідними органами державного управління, крім телекомунікаційної галузі;
  4. видає правила зі встановлення чи регулювання цін для сторін публічних зобов'язань;
  5. визначає повноваження органів державного управління в галузі встановлення і застосування цін (тарифів), а також щодо контролю за цінами (тарифами).

Вказані повноваження знайшли своє підтвердження в Рішен­нях Конституційного Суду України від 02.03.99 р. № 2-рп/99 за конституційним поданням Президента України щодо відповід­ності Конституції України (конституційності) Закону України «Про тимчасову заборону підвищення цін і тарифів на житлово- комунальні послуги та послуги громадського транспорту, що на­даються громадянам України» (справа про комунальні послуги) та від 10.02.2000 р. № 2-рп/2000 за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (кон­ституційності) положень частини другої статті 5, частини третьої статті 9 Закону України «Про ціни і ціноутворення» і розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про ціни і ціноутворення» (справа про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги).

У своїх рішеннях Конституційний Суд України відзначив, що у відповідності до п. 5 частини першої статті 85 Конституції України до повноважень Верховної Ради України віднесено визначення основ політики ціноутворення та застосування цін (отримало реалізацію через прийняття Закону «Про ціни та ціноутворення»). Однак виключно КМ України забезпечує проведення політики ціноутво­рення, здійснює безпосереднє регулювання цін (тарифів), а також контроль за ними.

Органи державної виконавчої влади та місцевого самоврядування встановлюють ціни та тарифи на окремі види продукції, товарів та послуг у відповідності до повноважень, визначених у Постанові КМ України від 25.12.96 р. № 1548 «Про встановлення повноважень органів виконавчої влади та виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів)».

Зокрема, Міністерство транспорту та зв'язку має наступні повноваження в сфері ціноутворення:

а) за погодженням з Мінекономіки і Мінфіном встановлює тарифи на перевезення вантажів залізничним транспортом у межах України та пов'язані з ними послуги;

б) встановлює за погодженням з Мінекономіки:

-— тарифи на комплекс робіт, пов'язаних з обробленням зовніш­ньоторговельних та транзитних вантажів у морських і річкових пор­тах (на причалах), та збори і плату за послуги, що надаються суднам закордонного плавання у морських портах (на причалах) України;

* тарифи на перевезення пасажирів, багажу і вантажобагажу залізничним транспортом у міжнародному та внутрішньому спо­лученні (крім приміських перевезень);
* аеропортові збори за обслуговування повітряних суден і па­сажирів в аеропортах України (посадка — зліт повітряного судна, обслуговування пасажирів в аеровокзалі, наднормативна стоянка повітряного судна, забезпечення авіаційної безпеки);

в) за погодженням з Мінекономіки та Пенсійним фондом встанов­лює тарифи на оплату послуг, пов'язаних з виплатою і доставкою пенсій та грошової допомоги населенню, що виплачуються з коштів Пенсійного фонду тощо.

Міністерство освіти та науки, Міністерство охорони здоров'я, інші міністерства та центральні органи виконавчої влади, до сфери управління яких належать навчально-виховні заклади, за пого­дженням з Мінфіном встановлюють граничний розмір плати за про­живання в студентських гуртожитках. Міністерство внутрішніх справ за погодженням з Мінфіном встановлює граничні розміри плати за проживання в гуртожитках системи Міністерства.

Національна комісія регулювання електроенергетики регулює тарифи на електроенергію, що відпускається населенню для побуто­вих потреб, єдині тарифи на електричну енергію, що відпускається для кожного класу споживачів, крім тарифів на електричну енергію, що відпускається на побутові потреби населення, населених пунктів та зовнішнього освітлення, і встановлює:

* граничні рівні цін на природний газ для установ та органі­зацій, що фінансуються з бюджетів, а також граничні рівні цін на природний газ для промислових споживачів та інших суб'єктів господарювання за погодженням з Мінекономіки;
* роздрібні ціни на природний газ для потреб населення;

—тарифи на транспортування магістральними трубопроводами газу природного, нафти, нафтопродуктів, аміаку та етилено­вих речовин, що поставляються споживачам України;

* тарифи на закачування, зберігання та відбір природного газу;
* тарифи на розподіл природного газу та його постачання;

— за погодженням з Мінекономіки та Мінфіном граничні рівні цін на природний газ для суб'єктів господарювання, які ви­робляють теплову енергію.

Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні. Київська та Севастопольська міські державні адміністрації регулюють (встановлюють), зокрема:

а) торговельні (постачальницько-збутові) надбавки, нормативи рентабельності на паливно-енергетичні ресурси, що відпускаються населенню для побутових потреб;

б) тарифи на платні послуги, що надають лікувально- профілактичні державні і комунальні заклади охорони здоров'я;

д) тарифи на інвентаризацію нерухомого майна;

е) граничні розміри плати за послуги, що надаються у торговель­них об'єктах, на ринках з продажу продовольчих та непродовольчих товарів; граничні рівні цін, нормативи рентабельності (у розмірі не вище 20 відсотків) за надання в оренду торгових приміщень (площ) у торговельних об'єктах, на ринках з продажу продовольчих та не­продовольчих товарів;

є) граничні торговельні (постачальницько-збутові) надбавки до оптової ціни виробника (митної вартості) на борошно, хліб, мака­ронні вироби, крупи, цукор, яловичину тощо;

ж) тарифи на перевезення пасажирів і багажу автобусами, які працюють у звичайному режимі руху, в приміському та міжмісь­кому внутрішньообласному сполученні;

з) інші ціни та тарифи, визначені в Постанові КМ України від 25.12.96 р. № 1548.

Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, виконавчі органи Львівської і Криворізької міських рад регулюють (встановлюють) тарифи на перевезення пасажирів і вартість проїзних квитків у міському пасажирському транспорті — метрополітені, автобусі, трамваї, тролейбусі (який працює в звичайному режимі руху).

Державний комітет земельних ресурсів за погодженням з Мінфі­ном та Мінекономіки: 1) встановлює ціни (тарифи) на розроблення документації із землеустрою та проведення землеоціночних робіт; 2) визначає граничні розміри плати з виконання землевпорядних робіт у разі безоплатної передачі громадянам України земельних ділянок відповідно до законодавства.

Чинним законодавством встановлені й інші не менш важливі пов­новаження органів державної влади та місцевого самоврядування стосовно здійснення регулювання ціноутворення.

В умовах взаємної економічної залежності країн СНД питання ціноутворення набувають значної актуальності. Вирішуються вони шляхом укладення країнами СНД міжурядових угод про принципи торговельно-економічної співпраці, в яких містяться визначені сторонами формулювання по цінах. Зміст їх складається в тому, що розрахунки за поставки продукції підприємства країн Співдружності в одних випадках здійснюють за договірними цінами, а в інших — для окремих, найважливіших, взаємно погоджених видів продукції — застосовуються світові ціни.

Низкою угод, укладених Україною з державами СНД, передба­чена також необхідність проведення погодженої політики в галузі ціноутворення. Важливими діями є попередження зростання цін за рахунок необґрунтованого включення витрат в собівартість, вико­ристання погоджених принципів та методів калькуляції собівартос­ті продукції. Тому основною метою таких угод є обмін інформацією про застосовані нормативні документи з ціноутворення, які являють собою спільний інтерес, а також про рівень та динаміку вільних цін на найважливіші види продукції.

## § 5. Контроль за додержанням дисципліни цін. Відповідальність у сфері ціноутворення

Державний нагляд (контроль) — діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їхніх територі­альних органів, органів місцевого самоврядування, інших органів у межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення та запобігання порушенням вимог законодавства суб'єктами господа­рювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема належної якості продукції, робіт та послуг, прийнятного рівня небезпеки для населення, навколишнього природного середовища.

Державний контроль за цінами є особливим видом державного контролю і має свої притаманні лише йому аспекти правового регу­лювання. здійснюється при встановленні і застосуванні державних фіксованих та регульованих цін і тарифів. При цьому, як встановле­но в статті 13 Закону «Про ціни та ціноутворення», контролюється правомірність їх застосування та додержання вимог законодавства про захист економічної конкуренції.

Контроль за додержанням державної дисципліни цін здійснюєть­ся органами, на які ці функції покладено Урядом України. Вказані органи здійснюють контроль у взаємодії з профспілками, спілками споживачів та іншими громадськими організаціями.

Основним центральним органом державної влади в сфері здій­снення контролю за додержанням дисципліни цін є Державна інспекція з контролю за цінами (далі — Держцінінспекція), що є урядовим органом, який діє у системі Міністерства економіки України.

Держцінінспекція має територіальні органи — державні інспек­ції з контролю за цінами в АРК, областях, містах Києві та Севасто- полі. Держцінінспекцію очолює начальник, який призначається та звільняється з посади Кабінетом Міністрів України за поданням Міністра економіки.

Деякі повноваження вказаного органу контролю співвіднесені з повноваженнями державної податкової служби відповідно до норм Закону України \* Про державну податкову службу в Україні »(крім повноважень, передбачених пунктами 6—9 статті 11 вказаного За­кону), про що міститься бланкетне посилання в частині третій статті 13 Закону «Про ціни та ціноутворення».

Основними завданнями Держцінінспекції є: 1) організація та здійснення відповідно до законодавства функцій з контролю та нагляду за дотриманням центральними та місцевими органами виконавчої влади, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суб'єктами господарювання вимог щодо формування, встановлення та застосування цін (тарифів); 2) проведення цінових спостережень на споживчому та товарних ринках.

Державна інспекція з контролю за цінами у своїй діяльності керується Конституцією України, Законом України «Про ціни і ціноутворення», Постановою Кабінету Міністрів України від 13.12.2000 р. № 1819 «Питання Державної інспекції з контролю за цінами», та іншими численними нормативно-правовими актами державних органів.

Держцінінспекція уповноважена на застосування заходів від­повідальності за порушення дисципліни цін, що випливає з наве­дених у попередньому абзаці правових актів. У свою чергу порядок застосування економічних та фінансових (штрафних) санкцій органами державного контролю за цінами закріплений у спільному наказі Мінекономіки та Мінфін України від 03.12.2001 р. №298/519 «Про затвердження Інструкції про порядок застосування економіч­них та фінансових (штрафних) санкцій органами державного контр­олю за цінами», зареєстрованого Міністерством юстиції України від 18.12.2001 р. за № 1047/6238.

Зокрема, вся необгрунтовано одержана підприємством сума ви­ручки в результаті порушення державної дисципліни цін та діючого порядку визначення вартості будівництва, що здійснюється із залу­ченням коштів бюджетів, а також коштів державних підприємств, установ та організацій підлягає вилученню в дохід відповідного бюджету залежно від підпорядкованості підприємства, організації. Крім того, в позабюджетні фонди місцевих Рад стягується штраф у двократному розмірі необгрунтовано одержаної суми виручки. Вказані суми списуються з рахунків підприємств і організацій у банківських установах за рішенням суду.

Порушеннями порядку встановлення і застосування цін, зо­крема є:

— нарахування непередбачених законодавством націнок до цін і тарифів, що регулюються;

* застосування цін (тарифів) на продукцію (послуги, роботи) з рентабельністю, рівень якої перевищує встановлений відпо­відно до законодавства граничний;
* застосування цін (тарифів) з порушенням запровадженого порядку обов'язкового декларування їх зміни;
* завищення або заниження розміру передбачених законодав­ством податків та обов'язкових зборів, що включаються в структуру ціни, або їх невключення в структуру ціни, що регулюється;
* включення в структуру регульованих цін (тарифів) не перед­бачених законодавством витрат або витрат понад установлені розміри;
* включення у вартість продукції та послуг, ціни (тарифи) на які регулюються, фактично не виконаних або виконаних не в повному обсязі послуг (робіт);
* застосування торговельних і постачальницько-збутових над­бавок (націнок) понад установлений граничний розмір тощо.

Необґрунтовано одержана суб'єктом підприємницької діяльності сума виручки, що підлягає вилученню в дохід бюджету, обчислю­ється:

а) при порушенні порядку встановлення і застосування цін (та­рифів), що регулюються уповноваженими органами, — як різниця між фактичною виручкою від реалізації продукції (послуг, робіт) та її вартістю за цінами і тарифами, сформованими згідно з вимогами законодавства;

б) при неправомірному застосуванні вільних цін замість фіксова­них або регульованих (декларованих) — як різниця між фактичною виручкою від реалізації продукції (послуг, робіт) і вартістю від реалізації продукції (послуг, робіт) за цінами, які повинні застосо­вуватись згідно з вимогами законодавства;

в) при неправомірному застосуванні цін (тарифів) суб'єктами господарювання за види послуг (робіт), які не передбачені визна­ченими нормативно-правовими актами, що встановлюють для них відповідні переліки платних послуг, — уся сума незаконно стягну­тих коштів;

г) при включенні у вартість продукції та послуг, ціни на які ре­гулюються, фактично не виконаних послуг (робіт) або виконаних не в повному обсязі — як різниця між одержаною виручкою від реалізації і вартістю продукції та послуг, визначеною відповідно до нормативів, з урахуванням фактичних обсягів виконання.

Прийняті рішення стосовно накладення санкцій та застосування заходів відповідальності за порушення дисципліни цін стосовно суб'єктів господарювання можуть бути оскаржені останніми у відповідності до порядку, встановленого чинним законодавством України.

Контрольні запитання:

* 1. Що таке ціна як економічна категорія?
  2. Яке значення має ціна як правова категорія?
  3. Назвіть існуючі види цін?
  4. В чому відмінність державних регульованих цін та державних фіксованих цін?
  5. Як розмежовуються повноваження органів управління в сфері ціноутворення ?
  6. Які санкції передбачені законодавством за порушення порядку ціноутворення?

# Розділ 9

# ОБМЕЖЕННЯ МОНОПОЛІЗМУ ТА ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

## § 1. Загальна характеристика антимонопольно-конкурентного законодавства

Економічна конкуренція є тим рушійним елементом ринкової економіки, який забезпечує баланс особистих і приватних інтересів суб'єктів ринку, формує підвалини соціальної стабільності у су­спільстві» Намагаючись побудувати соціально-орієнтовану ринкову економіку, держава на конституційному рівні визнала необхідність захисту економічної конкуренції та гарантувала цей захист.

У XX ст. в економічній політиці багатьох країн світу почали активно проводитися заходи, спрямовані на стимулювання кон­куренції. В розвинутих країнах світу, таких як США, Німеччина, Японія тощо, було вироблено спеціальне законодавство, спрямоване на захист конкуренції. Накопичений цими країнами досвід слугує основою для проведення іншими державами, в тому числі Україною, політики з захисту економічної конкуренції.

Зокрема, в США основу антимонопольно-конкурентного законо­давства складають Закон Шермана (спрямований на захист торгівлі і промисловості від незаконних обмежень і монополій) 1890 р., Закон Клейтона від 15 жовтня 1914 р., який доповнив закони проти не­правомірних обмежень і монополій, Закон про Федеральну торгову комісію від 26 вересня 1914 р. тощо. При цьому спостерігається певна спеціалізація в об'єктах правового регулювання цих норма­тивних актів. В основу Закону Шермана покладені антитрестівські (антимонопольні) обмеження. В Законі Клейтона суттєву увагу приділено поняттю нечесних методів у конкуренції.

Закон про заборону приватної монополії та забезпечення чесних угод регулює розвиток конкуренції в Японії; спеціальний розділ "Про антиконкурентну практику» містить Ордонанс № 86-1243 від 01.12.86 р. «Про свободу цін і конкуренції» у Франції. До антимонопольно-конкурентного законодавства Німеччини на­лежать: Закон проти недобросовісної конкуренції, прийнятий у 1909 р., Закон про зниження цін 1933 р., Постанова про премії від 1932 р., а також Постанова про спеціальні продажі 1935 р., які і складають основу класичного німецького конкурентного права.

Виходячи із особливостей підходів до регулювання конкурент­них відносин в тих чи інших країнах традиційно виділяють дві мо­делі конкурентного законодавства: американську та європейську. В американській моделі антитрестівське законодавство спрямоване на заборону монополій, включає низку норм щодо захисту від не­добросовісної конкуренції. Основними принципами існування антитрестівського законодавства СТТТА є «принцип заборони» та «принцип розумного під ходу». Від повідно до «принципу заборони» антитрестівським законодавством забороняється вчиняти певні дії, а сам факт вчинення цих дій є підставою для застосування заходів відповідальності. Застосування в антитрестівському законодавстві принципу «розумного підходу» дозволяє суб'єктам господарюван­ня вчиняти дії, які за формальними ознаками порушують умови чесного і добросовісного конкурентного змагання, якщо ці суб'єкти доведуть необхідність та соціально-економічні переваги такої по­ведінки, що будуть значно переважати негативні наслідки.

В європейській моделі основу законодавчого захисту є принцип повної і беззастережної заборони будь-яких проявів недобросовіс­ної конкуренції. На відміну від законодавства про захист від не­добросовісної конкуренції антимонопольне законодавство є більш лояльним. Зокрема, тому що монополія як стан ринку ніколи в європейських країнах не вважалася правопорушенням, а тому не заборонялася. Законодавче обмеження монополістичної діяльності базується на принципі «контролю і регулювання», відповідно до якого будь-яка економічна діяльність визнається законною, якщо не порушує права інших осіб.

Особливість формування конкурентного законодавства України полягає в тому, що процес його розвитку розпочався, коли ще не склалися ринкові відносини, за умови майже повної відсутності конкуренції на ринку, а також панування державних монополій. На першому етапі розвитку конкурентного законодавства в основу його побудови була закладена американська модель антитрестівського законодавства. Але процес формування конкурентного законодав­ства України виявив неефективність використання американської

моделі побудови конкурентного законодавства, тому поступово розпочався перехід до європейської моделі побудови конкурентного законодавства.

Як зазначається в літературі, національне антитрестове пра­во США разом з положеннями і правовими традиціями країя- учасниць Європейського економічного співтовариства сформува­ло правову систему вищого, інтеграційного рівня — конкурентне право ЄС, основні положення, принципи і підходи якого за сво­єю суттю були трансформовані в національну правову систему України. Оновлене антимонопольно-конкурентне законодавство в Україні є третім зрізом правового регулювання конкурентних відносин суб'єктів господарювання — «змішаною, американо- європейською моделлю».

На сьогоднішній день законодавство України, яке регулює суспільні відносини в сфері захисту економічної конкуренції, має на меті не боротьбу з монополізмом, не переслідування крупних фірм — суб'єктів господарювання, а створення і всебічну підтримку конкурентного середовища на ринку, що досягається зокрема шляхом:

* підтримки економічної конкуренції;
* визначення складів правопорушень у сфері захисту еконо­мічної конкуренції та захисту від монопольних зловживань;
* припинення, попередження та державне переслідування не­добросовісних проявів конкуренції тощо.'

Але не можна забувати, що антимонопольно-конкурентне за­конодавство виникло і розвивалося не тільки для захисту конку­ренції, але й для захисту суспільства від зловживань монопольним положенням природних монополій, у яких немає конкурентів за визначенням. Крім того, захищаючи вітчизняного товаровироб­ника та вітчизняного споживача, законодавство повинно сприяти можливості вітчизняних товаровиробників протистояти іноземним та транснаціональним монополіям на світовому ринку, тобто бути антимонопольним на «зовнішньоекономічному фронті».

Розкриття питання про характеристику антимонопольно-конку­рентного законодавства зводиться до того, які законодавчі та інші нормативно-правові акти безпосередньо регулюють конкурентні відносини.

Відповідь на це запитання полягає у визначенні предмета правового регулювання конкурентного законодавства, яким є господарські відносини, що впливають або можуть вплинути на конкуренцію. Конкурентні та антимонопольні норми присутні в законодавстві про підприємницьку діяльність, про ціноутворення, про зовнішньоекономічну діяльність, про рекламу, про цінні папери тощо. Також вони містяться в низці законів та підзаконних актів, присвячених окремим галузям економіки: зв'язку, електроенерге­тиці, автомобільному транспорту тощо.

Правове регулювання захисту економічної конкуренції базується на положеннях Конституції України, яка у ч. 4 ст. 13 передбачає за­безпечення державою соціальної спрямованості економіки України, у ч. З ст. 42 встановлює обов'язок держави захищати конкуренцію в підприємницькій діяльності, забороняє зловживання монополь­ним становищем на ринку, обмеження конкуренції, недобросовісну конкуренцію, визначає, що види та межі монополії встановлюються законом. Відповідно до п. 8 ст. 92 Конституції виключно законами України визначаються правила конкуренції та антимонопольного регулювання, а згідно з п. 24 ст. 85 і п. 14 ст. 106 — голова Анти­монопольного комітету (АМКУ) призначається та звільняється Президентом за згодою Верховної Ради України.

Важливим джерелом правового регулювання конкурентних від­носин виступає ГК України. Зокрема, ст. 18 ГК України регламентує питання обмеження монополізму та сприяння змагальності у сфері господарювання, гл. З присвячена обмеженню монополізму та захис­ту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конку­ренції (ст.ст. 25-41), гл. 28 передбачає «відповідальність суб'єктів господарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства» (ст.ст. 251-257).

Спеціальне законодавство в сфері захисту економічної конку­ренції можна умовно поділити на два блоки.

Перший блок стосується протидії антиконкурентній поведінці з боку суб'єктів господарювання (їхніх груп) та органів управління, які мають ринкову владу. Основними актами законодавства тут виступають положення ст.ст. 25-31 ГК України та Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р., яким був скасований раніше діючий Закон «Про обмеження монополізму та заборону недобросовісної конкуренції в підприємницькій діяль­ності» від 18.02.92 р. До цього блоку входить також Закон «Про природні монополії» від 20.04.2000 р. та інші акти.

Другий блок стосується антиконкурентної поведінки суб'єктів господарювання, які не мають ринкової влади. Основу даного блоку складають положення ст.ст. 32-38 ГК України, Закону України ♦Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.96 р., За­кону «Про рекламу» в редакції від 11.07.2003 р. тощо.

Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.93 р. визначає правове становище антимонопольних органів на чолі з АМКУ, його склад, порядок призначення керівних пра­цівників, його основні функції, компетенцію.

Серед законів, що містять важливі антимонопольно-конкурентні положення необхідно назвати також КУпАП в частині відповідаль­ності за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства згідно зі ст.ст. 164, 166і, 166 166,166.

Кримінальний кодекс України в ст. 228 містить відповідаль­ність за примушення до антиконкурентних узгоджених дій, які заборонені законом, а в ст. 229 передбачається відповідальність за незаконне використання знака для товарів та послуг, фірмового найменування тощо.

Стаття 13 ЦК України встановлює, що межі здійснення цивільних прав включають і необхідність дотримання вимог антимонопольно - конкурентного законодавства.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.91 р., закріплює рівність правового становища вітчизняних та іноземних суб'єктів господарювання на ринках України. З метою захисту інтересів вітчизняних товаровиробників передбачається можливість застосування заходів дискримінаційного характеру щодо нерезидентів у відповідь на аналогічні дії урядів їх країн щодо українських виробників (ст. 29).

Серед міжнародних договорів України в цій сфері, як приклад, можна навести Договір про проведення узгодженої антимовопольної політики між державами-учасниками Співдружності незалежних держав, ратифікований Законом України від 16.01.2003 р.

Також антимонопольно-конкурентне законодавство включає низку підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на реалізацію положень вказаних законів. Це, зокрема, Указ Прези­дента України від 19.11.2001 р. № 1097/2001 «Про Основні напрями конкурентної політики на 2002-2004 роки\*, постанова КМУ від 28.02,2002 р.№ 219 « Про затвердження Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання» тощо.

АМКУ прийняв чимало актів у сфері антимонопольно-конку­рентного регулювання, зокрема: Тимчасові правила розгляду справ про порушення анти монопольного законодавства України, затвер- джені розпорядженням АМКУ від 19.04.94 р. № 5; Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів госпо­дарювання (далі — Положення про концентрацію), затверджене розпорядженням АМКУ від 19.02.2002 р. № 33-р; Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про за­хист економічної конкуренції, затверджене розпорядженням АМКУ від 25.12.2001 р. № 182-р; Положення про порядок подання заяв до органів АМКУ про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів госпо­дарювання (далі — Положення про узгоджені дії), затверджене роз­порядженням АМКУ від 12.02.2002 р. р 26-р; Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затверджена розпорядженням АМКУ від 05.03.2002 р. № 49-р. тощо.

Отже, антимонопольно-конкурентне законодавства — це право­ва форма державного регулювання ринкових відносин, сукупність нормативно-правових актів, спрямованих на встановлення правил господарювання на товарних ринках з метою попередження, недо­пущення та припинення проявів монополізму та недобросовісної конкуренції, розвитку та захисту добросовісної конкуренції, а та­кож регулювання сфери природних монополій з метою підвищення ефективності і збалансованості економічної системи України.

## § 2. Поняття економічної конкуренції

Термін «конкуренція» походить від пізньолатинського слова «сопсигепііа» (від сопсиггеге) — змагання, суперництво.

Конкуренція виникла одночасно із товарним виробництвом, але лише при капіталізмі вона перетворилася в головний важіль рин­кового стимулювання суспільного виробництва. До середини XIX ст. широкий розвиток отримав ринок із вільної конкуренцією, який не регулювався державою. Такий ринок діяв на товаровиробників виключно через механізм попиту і пропозиції та коливання цін, постійно примушуючи рахуватися із вимогами споживачів, вдоско­налювати якість, підвищувати виробництво праці, розширювати ви­робництво, знижувати витрати. Згодом, у зв'язку із накопиченням капіталу виникли монополії, які намагалися отримати економічні переваги за рахунок зловживань своїм становищем. Це обумовило необхідність у державному регулюванні конкурентного середовища.

У науці і практиці існують різні підходи до визначення сутності економічної конкуренції.

Зокрема, Г.Л. Азоєв під конкуренцією розуміє суперництво на будь-якому полі діяльності між окремими юридичними або фізич­ними особами (конкурентами), зацікавленими в досягненні однієї мети. З точки зору підприємства такою метою є максимізація при­бутку за рахунок завоювання переваг споживачів.

А.Ю. Юданов визначає конкуренцію як боротьбу фірм за обме­жений платоспроможний попит споживачів, яка ведеться ними на доступних сегментах ринку.

Американські економісти К.Р. Макконелл та С.Л. Брю розгля­дають конкуренцію як особливу ситуацію на ринку, яка характе­ризується двома факторами:

а) наявністю на ринку великої кількості незалежних покупців і продавців конкретного продукту або ресурсу;

б) свободою для покупців та продавців входити на ті чи інші ринки та залишати їх.

Схожу позицію займають вчені (наприклад, М. Буйі, Н.Г. Мен- кью), які розглядають конкуренцію як:

а) ситуацію, яка сприяє вільному формуванню цін та дії законів попиту та пропозиції на конкретному ринку;

б) умови, коли число виступаючих на ринку осіб та підприємств є настільки великим, що поведінка кожного з них не впливає на рівень цін.

Р. А. Фатхутдінов вказує, що конкуренція — процес управління суб'єктом своєю конкурентною перевагою для одержання перемоги або досягнення іншої мети в боротьбі з конкурентами для задово­лення об'єктивних або суб'єктивних потреб у рамках законодавства чи в природних умовах.

Аналізуючи визначення конкуренції різними фахівцями, можна виділити такі підходи до її розуміння.

Першим є поведінкове тлумачення конкуренції, відповідно до якого конкуренція — це суперництво, боротьба за гроші покупців та інші майнові блага шляхом задоволення потреб споживачів.

Другий підхід зміщує акцент з боротьби фірм на аналіз струк­тури ринку, його стану, тих умов, що панують на ньому. Головним є визначення ступеня монополізації ринку, свободи продавця й покупця.

Третій підхід — функціональний, відображає реалізацію двох найважливіших функцій конкуренції — порівняльної та селектив­ної, Згідно з цим підходом, конкуренція — це елемент ринкового ме­ханізму, пов'язаний в умовах ринку з формуванням господарських пропорцій на основі суперництві комерційних суб'єктів за кращі і економічно більш вигідні умови вкладення капіталу, реалізації товарів та послуг.

В-четверте, управлінський підхід, коли конкуренція зводиться до внутрішнього процесу управління суб'єктом господарювання власними перевагами, прийняття рішень у сфері підприємництва для одержання перемоги в боротьбі з конкурентами для задоволення власних об'єктивних і суб'єктивних потреб.

Недолік цих підходів до поняття «конкуренція» з правової точки зору полягає в тому, що в них не відображено юридичного (право­вого) змісту конкуренції.

По-перше, конкуренція — це різновид соціального регулятора, який визначає поведінку різноманітних суб'єктів. З цієї точки зору конкуренція виконує регулюючі функції, формує економічні та су­спільні пропорції, впливає на поведінку людей. Право як один з еле­ментів системи соціального регулювання взаємодіє з конкуренцією, регулює її. Але право і закон не можуть замінити собою конкурен­цію. Особливо чітко це видно в економіці на прикладі регулювання цін. Саме конкуренція, а не адміністративні приписи в більшості випадків є найбільш ефективним регулятором цін на ринку.

По-друге, юридичною передумовою для конкуренції слугує сво­бода економічної діяльності (рівність всіх суб'єктів права власності і господарювання, свобода підприємництва, свобода конкуренції), гарантована ст.ст. 13, 42 Конституції України. Фундаментальні положення цієї статті розвинуті в ГК України і в законодавстві України про захист економічної конкуренції.

По-третє, в свою чергу, конкуренція є передумовою реалізації прав споживачів (наприклад, права на вибір товарів (робіт, послуг) або на отримання інформації). Відсутність конкуренції на ринку фактично перетворює більшість цих прав у фікцію або суттєво їх обмежує. Поведінка споживачів вважається важливим елементом конкурентної боротьби. Не випадково в ГК України споживач роз­глядається як учасник господарських відносин і конкурентного середовища.

ї в четверте, конкуренцію правомірно розглядати як суспільні відносини, які складаються в процесі здійснення господарської ді­яльності (предмет правового регулювання). Ці майнові відносини врегульовані нормами господарського права та набувають специфіку завдяки своїм суб'єктам, змісту і об'єкта. Зокрема, особливістю об'єктів цих відносин виступає те, що вони виникають з приводу володіння не будь-якими майновими благами, а тільки обмеженими (які використовуються в процесі господарювання). Крім того, необ­хідно підкреслити, що хоча конкурентні правовідносини можуть бути абсолютними (наприклад, з приводу користування власником майном), однак у більшості випадків вони є відносними (наприклад, договір про сумісну діяльність конкурентів), адже виникають вони між певними суб'єктами, які конкурують на конкретному ривку та зобов'язані дотримуватися правил добросовісної конкуренції.

Всі вказані характеристики утворюють юридичний зміст такої економіко-правової категорії, як конкуренція.

Для з'ясування юридичної сутності поняття «конкуренція\* необхідно звернутися до позиції законодавця. Право економічної конкуренції в більшості країн світу, в тому числі і в Україні, ре­алізується на основі спеціального конкурентного законодавства, у відповідності з яким формуються всі норми законодавства про захист економічної конкуренції.

С.С. Валітов зауважує, що в зарубіжному законодавстві не міс­тяться усі необхідні дефініції з цього питання. Наприклад, правила конкуренції в загальноєвропейському законодавстві не мають на рівні Договору ЄС та регламентів Ради ЄС кваліфікуючих понять про явища та суб'єктів ринку. Зокрема, основні статті 81 і 82 Договору ЄС, які є правовими основами конкурентної політики Європейської Спільноти, не містять жодної правової дефініції, в тому числі по­няття « конкуренція », або посилань на такі дефініції в інших актах законодавства.

Що стосується українського законодавства, тост. 1 Закон «Про захист економічної конкуренції\* дає визначення економічної конкуренції як змагання між суб'єктами господарювання з ме­тою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, в результаті чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продав­цями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може ви­значити умови обороту товарів на ринку. Таке визначення найбільш притаманне моделі досконалої конкуренції, яка характеризується станом рівноваги.

Але, як зазначає О.В. Безух, таке визначення конкуренції має логічну суперечливість. Коли суб'єкт господарювання отримує перевагу над іншими суб'єктами, то він отримує ринкову владу та можливість впливати на конкурентів аж до усунення їх з ривку за допомогою економічних важелів. Це ніяким чином не сприяє

наявності вільного вибору між кількома продавцями, той, хто має переваги, надає більш привабливі умови на шкоду конкурентам. Після банкрутства конкурентів зникає можливість вибору серед продавців. їх стає обмежене коло.

У цьому контексті більш вдалим вважається визначення конку­ренції як явища, що підтримується державою, надане у ст. 25 ГК України, де під конкуренцією розуміється змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття ними певних економічних переваг, внаслідок чого спо­живачі та суб'єкти господарювання отримують можливість вибору необхідного товару і при цьому окремі суб'єкти господарювання не визначають умов реалізації товару на ринку.

Певна кількість продавців і покупців, відсутність перешкод для вступу на ринок виступають як умови існування конкурентних від­носин, а не їх змістом.

На конкуренцію в ринковій економіці покладається виконання наступних функцій: регулювання, мотивування, розподілення, контролю, а також селекційна та порівняльна функція.

Функція регулювання полягає в тому, що основні виробничі фак­тори спрямовуються в ті сфери, де в них існує найбільша необхідність і де вони можуть бути використані з максимальною ефективністю. Це пов'язано із необхідністю для підприємця випускати ті товари (на­давати послуги, виконувати роботи), в яких має потребу споживач. Також, як зазначає О.М. Вінник, регулююча функція конкуренції полягає у встановленні таких правил господарювання, що забезпечу­ють виробництво необхідних для суспільства товарів, робіт і послуг.

Функцію мотивації конкуренція виконує шляхом стимулювання підприємців пропонувати на ринку найкращу за якістю та ціною продукцію, знижувати витрати виробництва. Функція розподілення проявляється в тому, що прибуток перерозподіляється на користь найбільш продуктивних підприємців, які використовують свої ре­сурси максимально ефективно. Функція контролю дозволяє обме­жити односторонні дії підприємців та надає споживачу можливість обирати. Конкурентний механізм не дозволяє якомусь підприємцю повновладно господарювати на ринку та диктувати споживачеві свою волю. Селективна функція конкуренції забезпечує вимиван­ня з ринку суб'єктів підприємців, які неспроможні забезпечити не гірший, ніж у суперників, рівень цін та якості продукції. Реалізація цієї функції в результаті підвищує загальний рівень ефективності виробництва. За визначенням Качаліна В.В., порівняльна функція впливає на господарський розвиток у двох основних напрямах. По- перше, конкуренція являє собою універсальний інструмент порів­няння ефективності різних корпорацій, виявлення та стимулювання (як наслідок отримання прибутку від реалізації продукції) найбільш економічно дієздатних підприємств. По-друге, подібна змагальність відповідає інтересам споживача, котрий з усіх підприємств вибирає те, яке надає найбільш вигідні умови придбання товару.

Отже, можна дійти висновку, що конкуренція забезпечує максимізацію отримуваних суспільством у цілому матеріальних благ та оптимізацію міжгалузевих пропорцій та господарських зв'язків. Тому головним завданням антимонопольної та конкурентної політики є підтримка конкуренції як основи ефективності економіки країни.

## § 3. Антиконкурентна поведінка у вигляді зловживання монопольним становищем

Слово «монополія» (mоnороlу, mоnороlе, Mоnоpоl) має грецьке походження (mоnоs — один; єдиний; роlео — продаю). При цьому монополію може мати не лише продавець, як це випливає із самого значення даного слова, а й покупець. В такому випадку одиночному покупцеві протистоїть множина продавців, а ціну диктує не прода­вець, а покупець, дана ситуація в теорії недосконалої конкуренції називається «монопсонією».

При цьому монопольне чи домінуюче становище суб'єкта госпо­дарювання на ринку може виникати внаслідок:

а) безпосереднього регулюючого впливу держави шляхом ви­знання певних сфер підприємництва монополіями з метою захисту інтересів держави і суспільства, зокрема в силу об'єктивних еконо­мічних причин;

б) самостійних дій суб'єктів господарювання, пов'язаних з:

* різноманітними способами концентрації капіталів у одного чи декількох суб'єктів підприємництва (реорганізація, при­дбання акцій (часток, паїв), угоди тощо);
* використання більш ефективних форм організації і здійснення підприємницької діяльності і в результаті цього перемоги в конкурентній боротьбі;
* іншими методами здійснення підприємницької діяльності на основі конкуренції;

в) володіння винятковими правами на результати інтелектуаль­ної діяльності і засоби індивідуалізації суб'єктів підприємництва (на винаходи, корисні моделі, товарні знаки та ін.).

Монополії, що утворюються внаслідок безпосереднього регулю­ючого впливу держави, поділяються на державні і природні.

Під державною монополією розуміється монополія, утворена у відповідності з законодавством відповідної держави, що визна­чає товарні межі монопольного ринку, поняття суб'єкта монополії (монополіста), норми контролю і регулювання його діяльності, а також компетенцію контролюючого органу. Наприклад, в Україні діє державна монополія на виробництво зброї та боєприпасів.

З іншого боку, відповідно до ст. 1 Закону України « Про природні монополії» природна монополія — стан товарного ринку, при якому задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей ви­робництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва), а товари (послуга), що виробляються суб'єктами природних монополій, не можуть бути замінені у споживанні іншими товарами (послугами), у зв'язку з чим попит на цьому товарному ринку менше залежить від зміни цін на ці товари (послуга), ніж попит на інші товари (послуги). Сфера утворення та діяльності природних монополій регулюється як вказаним вище законом, так і законами України «Про транспорт» від 10.11.94р., «Про зв'язок» від 15.06.95 р., «Про трубопровідний транспорт» від 15.05.96р. «Про електроенергетику» від 16.10.97 р. тощо. Подібно з назвами даних законів виділяють сфери економіки, де найбільш очевидне виникнення природних монополій.

Наступний вид монополій — монополії що утворюються вна­слідок самостійних дій суб'єктів господарювання без безпосе­реднього регулюючого впливу держави. Така монополія виникає, коли один суб'єкт або декілька суб'єктів господарювання тимчасово стають єдиними виробниками, постачальниками чи покупцями певного товару, а його конкуренти тимчасово не присутні на дано­му ринку внаслідок об'єктивних причин, або можуть з'явитися на даному ринку пізніше. Це є прикладом добросовісної конкуренції.

Третім видом монополій є монополії, що виникають у резуль­таті володіння винятковими правами. Даний вид монополії пов'язаний з володінням, використанням певним суб'єктом госпо­дарювання, виняткових прав на результати інтелектуальної діяль­ності і засоби індивідуалізації юридичної особи, продукції (робіт, послуг). Доданих виняткових прав належать: права на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, назви місць по­ходження товарів тощо.

Відповідно до ч.1 ст. 12 Закону України від 11.01.2001 р. «Про захист економічної конкуренції», суб'єкт господарювання займає монопольне домінуюче становище на ринку товару якщо:

* на цьому ринку немає жодного конкурента;
* - він не зазнає значної конкуренції.

При цьому, як зазначається в літературі, слід враховувати, що поняття монопольного (домінуючого) становища має два аспекти: індивідуальний і колективний.

Індивідуальний аспект монопольного (домінуючого) становища, може бути поділений на:

— виключний (коли суб'єкт господарювання не мас конкурентів на даному ринку товару);

—• формальний (коли частка одного суб'єкта господарювання на ринку перевищує 35 відсотків, якщо вія не довів, що має конкурента на ринку, зазнає значної конкуренції внаслідок відсутності обмеження можливостей доступу інших суб'єктів господарювання щодо закупівлі сировини, матеріалів і збу­ту товарів, відсутності бар'єрів для вступу на ринок інших суб'єктів господарювання, відсутності пільг або інших обставин);

—допустимий (коли частка одного суб'єкта господарювання на ринку менше 35 відсотків, але органи АМКУ довели, що він не зазнає значної конкуренції, зокрема внаслідок порівняно невеликого розміру часток ринку, належних конкурентам).

Колективний (груповий) аспект домінуючого монопольного становища на ринку має:

* двохскладовий прояв (стосується двох суб'єктів господарю­вання в сфері певного виду товарів при відсутності у них конкурентів чи при наявності тільки незначної конкуренції);
* трьохскладовий прояв (коли сукупна частка не більше трьох суб'єктів господарювання на одному ринку перевищує 50 % );
* п'ятискладовий прояв (коли сукупна частка не більше п'яти суб'єктів господарювання на одному ринку перевищує 70%)'.

Важливо зазначити, що згідно з положеннями Закону України "Про захист економічної конкуренції" та конкурентного права України сама по собі наявність монопольного (домінуючого) ста­новища суб'єкта господарювання не є протиправною поведінкою. Протиправним є зловживання вказаним становищем на ринку. Ця заборона встановлена п. 3 ст. 13 і ст. 50 вказаного Закону.

Під зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку Закон розуміє дії або бездіяльність суб'єкта господарю­вання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умови існування значної конкуренції на ринку.

Недопущення конкуренції передбачає створення такої ситуа­ції, коли підвищуються бар'єри входження на ринок потенційних конкурентів або створюються умови, відповідно до яких суб'єкти господарювання, що працюють на одному ринку з об'єктивних причин, не конкурують. У цьому випадку недопущення конкуренції може мати місце на тому ринку, на якому конкуренції не було.

Під усуненням, конкуренції необхідно розуміти повне або суттєве припинення змагальності між конкурентами, внаслідок чого покупці (продавці) позбавляються можливості вибирати між продавцями (покупцями).

А обмеження конкуренції відбувається у разі зменшення впливу визначених для конкуренції чинників, внаслідок виникнення або посилення у відповідних суб'єктів господарювання ринкової влади, яке характеризується у кожному конкретному випадку відповід­ними якісними і кількісними показниками.

До конкретних видів зловживання монопольним становищем на ринку, серед іншого, належить:

* встановлення таких цін або інших умов придбання або ре­алізації товару, які неможливо було б встановити за умови існування значної конкуренції на ринку;
* застосування різних цін або різних інших умов до рівнознач­них угод із суб'єктами господарювання, продавцями або по­купцями без об'єктивно виправданих на те причин;
* обумовлення укладення угод прийняттям суб'єктом господа­рювання додаткових зобов'язань, які за своєю природою або згідно з торговельними та іншими чесними звичаями в під­приємницькій діяльності не стосуються предмета договору;
* обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку, який заподіяв або може заподіяти шкоду іншим суб'єктам господарювання, покупцям, продавцям;
* часткова або повна відмова від придбання або реалізації то­вару через відсутність альтернативних джерел реалізації або придбання;
* суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин;
* створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) або усунення з ринку продавців, покупців, інших суб'єктів гос­подарювання.

Необхідно враховувати, що перелік заборонених дій, наведений у ч. 2 ст. 13, не є вичерпним. Зловживання монопольним становищем стосується будь-яких дій, що обмежують конкуренцію або обме­жують права споживачів.

Слід зазначити, що заборонені норми ст. 13 Закону про захист економічної конкуренції поширюються не тільки на дії (бездіяль­ність) суб'єкта господарювання, які вже фактично призвели до зловживання монопольним становищем, але і на дії, які можуть заподіяти збиток суб'єктам господарювання, покупцям або про­давцям. Зокрема, ВГСУ визнає, що для кваліфікації дій суб'єкта господарювання як правопорушення, а саме зловживання монополь­ним домінуючим становищем на ринку, не обов'язкове настання наслідків у вигляді обмеження інших суб'єктів господарювання або споживачів, зокрема, заподіяння їм шкоди (збитків), а достатньо встановлення можливості настання таких наслідків.

Перелічені вище види зловживання монопольним (домінуючим) становищем суб'єкта господарювання на ринку мають декілька спеціальних ознак:

по-перше, вони є діяннями, тобто активною чи пасивною поведін­кою господарюючого суб'єкта (групи осіб) на ринку, що наносить чи може нанести шкоду суспільним відносинам у сфері конкуренції;

по-друге, дане діяння повинно оцінюватись компетентними ор­ганами з точки зору його впливу на економічну ситуацію в Україні і на конкретному товарному ринку. Оцінці підлягає вплив цієї по­ведінки на інтереси господарюючих суб'єктів і споживачів.

Відповідний компетентний орган у кожній конкретній справі повинен встановити, чи втрачаються (або можуть бути втрачені) найважливіші ознаки конкурентного ринку в результаті зловживан­ня господарюючим суб'єктом своєю ринковою владою. При цьому вказаний орган аналізує ринкову ситуацію, виходячи з загального визначення економічної конкуренції, яке дано в ст. 1 Закону Укра­їни «Про захист економічної конкуренції».

При реалізації заборон, встановлених державою, що полягають у можливості застосування заходів державного примусу до суб'єкта, який порушив правові приписи в цій сфері, компетентним органам держави важливо попередньо встановити наявність монопольного (домінуючого) становища.

Особливості порядку визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку встановлені Методи­кою визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затвердженою розпорядженням АМКУ № 49-р від 05.03.2002 р.

Необхідно зазначити, що встановлення монопольного (домі­нуючого) становища, де факто несе певні негативні організаційні наслідки для суб'єкта господарювання. Зокрема, встановлюється необхідність спеціального інформаційного обміну монополіста із органами АМКУ, діяльність відповідного суб'єкта знаходиться під

загрозою застосування спеціальних санкцій за антиконкурентну поведінку.

Об'єктами аналізу при визначенні монопольного (домінуючого) становища є: суб'єкт господарювання, група суб'єктів господарю­вання або конкретний товар (продукція, роботи, послуги), який випускається, постачається, продається, придбавається (викорис­товується, споживається).

Перелік товарів, стосовно яких повинне визначатися монопольне (домінуюче) становище суб'єкта господарювання, складається а товарів (товарних груп), які мають оборот в Україні або на відповід­ній частині її території і які мають для продавців (постачальників, виробників), покупців (споживачів, користувачів) ознаки одного (подібного, аналогічного) товару (товарної групи).

Таким чином, чинне законодавство про захист економічної конкуренції намагається надати економічному аналізу сфери моно­полізму і конкуренції чіткі правові рамки.

Цьому сприяє і судова практика. Зокрема, Вищий господарський суд України звертає увагу на те, що при вирішенні спору зі справи, обставини якої пов'язані з визначенням меж товарного ринку та або монопольного становища суб'єкта господарювання на ньому, господарський суд не повинен знову визначати такі межі та/або монопольне становище після того, як це зробив орган АМКУ, і та­ким чином перебирати на себе повноваження зазначеного органу, а має перевірити відповідність прийнятого у зв'язку з цим рішення органу АМКУ вимогам чинного законодавства.

## § 4. Антиконкурентні узгоджені дії

Держава гарантує всім суб'єктам господарювання, незалежно від їхніх організаційних форм діяльності або форми власності, рівні права і створює їм рівні можливості при користуванні при­родними, матеріально-технічними, трудовими, фінансовими та іншими ресурсами, але поряд із цим саме держава у відповідності зі ст. 42 Конституції України забезпечує захист конкуренції у під­приємницькій діяльності.

Будь-яка змагальність суб'єктів господарювання на товарних ринках несе в собі ризик негативних фінансових результатів для кожного окремого господарюючого суб'єкта. Іноді на практиці суб'єкти ринку здійснюють таку координацію своєї діяльності (узгоджені дії), завдяки якій виключають ризики, пов'язані з кон­куренцією, узгоджуючи свою економічну поведінку в різних сферах господарської діяльності.

Вказана координація (узгодження дій) суб'єктів господарювання може здійснюватися в будь-якій узгодженій формі поведінки (дії, бездіяльності) суб'єктів ринку.

Зокрема, відповідно до ст. 5 Закону України «Про захист еконо­мічної конкуренції» (далі — Закон), узгодженими дія ми є укладен­ня суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша по­годжена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання. Узгодженими діями є також створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарюван­ня, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання. Відповідно, особи, які чинять або мають намір чинити узгоджені дії, є учасниками даних узгоджених дій.

Критерії узгоджених дій уточнюються розпорядженням АМК України «Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів гос­подарювання» від 12.02.2002 р. № 27-р. Цим актом виділяютсья го­ризонтальні, вертикальні, конгломератні та змішані узгоджені дії.

Горизонтальні узгоджені дії пов'язуютсья із випадком, коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узго­джених дій, конкурують або можуть конкурувати між собою яа одному ринку товарів.

Вертикальні узгоджені дії — коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів, і при цьому перебувають або можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (про­давець — покупець, постачальник — споживач).

Конгломератні узгоджені дії—коли суб'єкти господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому не перебувають або не можуть перебува­ти у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (продавець — покупець, постачальник — споживач).

Змішані узгоджені дії — коли частина суб'єктів господарюван­ня, до складу яких входять учасники узгоджених дій, конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому перебувають або можуть перебувати у відносинах купівлі- продажу на відповідних товарних ринках (продавець — покупець, постачальник — споживач), а інші частини не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів і при цьому не перебувають або не можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках (про­давець — покупець, постачальник — споживач).

Згідно з вищевказаним Законом, вчинення узгоджених дії, так само як і зайняття монопольного становища на ринку, про що за­значалось вище, не є правопорушенням.

Правопорушенням є антиконкурентні узгоджені дії. Відповідно до ч. 1 ст. 6 вказаного Закону, антиконкурентними узгодженими діями визнаються узгоджені дії, які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення або обмеження конкуренції.

Поняття недопущення, усунення та обмеження конкуренції, що застосовується в цьому випадку аналогічне встановленому для зловживання монопольним становищем.

У ч. 2 ст. 6 Закону «Про захист економічної конкуренції» визна­чено перелік заборонених видів антиконкурентних узгоджених дій, які, серед іншого, стосуються:

* встановлення цін або інших умов придбання або реалізації товарів;
* обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними;
* розподіл ринків або джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації або придбання, за колом продавців, покупців або споживачів або за іншими ознаками;
* спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тен­дерів;
* усунення з ринку або обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців;
* застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх в невигідне становище в конкуренції,
* укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами гос­подарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними традиціями в під­приємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод;

- суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправ­даних на те причин.

Цей перелік не є вичерпним. Антиконкурентні узгоджені дії можуть визначатися за загальним критерієм узгоджених дій, які можуть призвести або призвели до недопущення, усунення чи об­меження конкуренції.

Наприклад, у листопаді 2009р. Львівське обласне відділення АМКУ порушило справу проти АТ «Краснянський КХП», ДП ДАК «Хліб України» .Стрийського комбінату хлібопродуктів №2.АТ «Бродівське хлібоприймальне підприємство» та ПП «Зернопромтрейд" за озна­ками антиконкурентних узгоджених дій. Як з'ясувало відділення, хлібоприймальні підприємства встановили на однаковому рівні еконо­мічно необгрунтовану вартість послуг з переоформлення документів на право власності на зерно від одного власника на іншого. Загалом, порівняння зловживання монопольним становищем та антиконкурентні узгоджені дії можна помітити, що останнє є колективною антиконкурентною практикою та вчинюється з боку осіб, що не визнані монополістами.

Узгоджені дії можуть бути дозволені органами АМКУ, якщо їх учасники зможуть довести, що ці дії сприяють:

* вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації то­вару;
* техніко-технологічному, економічному розвитку;
* розвитку малих або середніх підприємців;
* оптимізації експорту чи імпорту товарів;
* розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов або стандартів на товари ;
* раціоналізації виробництва (ст. 10 Закону).

Вказані узгоджені дії не можуть бути дозволені органами АМКУ, якщо конкуренція суттєво обмежується на всьому ринку чи в знач­ній його частині.

Крім цього КМУ може дозволити узгоджені дії, на які АМКУ не було надано дозволу, якщо учасники узгоджених дій доведуть, що позитивний ефект для суспільних інтересів переважає негативні наслідки обмеження конкуренції.

Дозвіл на вказані вище узгоджені дії не може бути наданий у будь-якому разі, якщо:

* учасники узгоджених дій застосовують обмеження, які не є необхідними для реалізації узгоджених дій;
* обмеження конкуренції становить загрозу системі ринкової економіки.

Порядок отримання дозволу від АМКУ чи КМУ на узгоджені дії суб'єктів господарювання передбачений у наведеному Розпо­рядженні АМКУ від 12.02.2002 р. № 27-р.

Не потребують будь-якого дозволу узгоджені дії малих або середніх підприємців щодо спільного придбання товарів, які не призводять до суттєвого обмеження конкуренції та сприяють під­вищенню конкурентоспроможності малих або середніх підприємців (ст. 7 Закону).

## § 5. Антиконкурентні дії органів влади, місцевого самоврядування, адміністративно - господарського управління і контролю

Державна політика у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності полягає у здійсненні заходів щодо демонополізації економіки, фінансової матеріально-технічної, інформаційної, консультативної та іншої підтримки суб'єктів господарювання, які сприяють розвитку конку­ренції. Реалізація вказаної політики покладена на органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи адміністративно- господарського управління та контролю.

До даних органів влади відповідно до Закону України «Про за­хист економічної конкуренції» (далі Закон) належать: міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Авто­номної Республіки Крим та органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринку цінних паперів, державні органи приватизації. Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення та місцеві органи виконавчої влади.

До органів адміністративно-господарського управління та контролю належать: суб'єкти господарювання, об'єднання, інші особи в частині виконання ними функцій управління або контролю в межах делегованих їм повноважень органів влади чи органів міс­цевого самоврядування.

Надані законом повноваження центральних органів влади, міс­цевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління дозволяють приймати рішення, які можуть мати нега­тивні наслідки для конкуренції. Законодавець, намагаючись перед­бачити їх настання, статтею 15 вказаного Закону встановив перелік заборон на дії даних органів, які можуть обмежувати конкуренцію на товарних ринках.

Відповідно до легального визначення, антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління і контролю, є прий­няття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), дача письмових або усних вказівок, укладення угод або будь- які інші дії або бездіяльність органів влади, органів місцевого само­врядування, органів адміністративно-господарського управління і контролю (колегіального органу чи посадової особи), які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження або спотворення конкуренції. Дане визначення вказане у ч.1 ст.15 За­кону України «Про захист економічної конкуренції».

У ч. 2 ст. 15 вказаного Закону передбачено перелік антиконкурентннх дій органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління і контролю, яким, зокрема, визнаються:

* заборона або перешкоджання створенню нових підприємств або здійснення підприємництва в інших організаційних фор­мах в будь-якій сфері діяльності, а також встановлення обме­жень на здійснення окремих видів діяльності, на виробництво, придбання або реалізацію певних видів товарів;
* пряме або опосередковане примушення суб'єктів господа­рювання до вступу до асоціацій, концернів, міжгалузевих, регіональних або інших форм об'єднань або здійснення кон­центрації суб'єктів господарювання в інших формах;
* пряме або опосередковане примушення суб'єктів господарю­вання до пріоритетного укладення договорів, першочергового постачання товарів певному колу споживачів або першочер­гового їх придбання у певних продавців;
* будь-яка дія, спрямована на централізований розподіл товарів, а також розподіл ринків між суб'єктами господарювання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації або закупівель або за колом споживачів або про­давців;
* встановлення заборони на реалізацію певних товарів з одно­го регіону країни в інший або надання дозволу на реалізацію товарів з одного регіону в інший за визначеного обсягу або при виконанні певних умов;
* надання окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільг або інших переваг, що став­лять їх у привілейоване становище відносно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження або спотворення конкуренції;
* дія, в результаті якої окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання створюються несприятливі або дискримінаційні умови діяльності в порівнянні з конку­рентами;
* дія, якою встановлюються не передбачені законами України заборони і обмеження самостійності підприємств, у тому числі з придбання або реалізації товарів, ціноутворення, формуван­ня програм діяльності і розвитку, розпорядження прибутком.

Варто підкреслити, що наведений у ч. 2 ст. 15 Закону «Про захист економічної конкуренції» перелік заборонених дій органів влади не має вичерпного характеру, оскільки генеральна заборона, що міститься в ч. 1 ст. 15 Закону, стосується будь-якого обмеження, усунення або спотворення конкуренції.

Також у законодавстві, а саме в ст. 16 вказаного Закону, містить­ся заборона — органам влади та органам місцевого самоврядування делегувати окремі владні повноваження об'єднанням, підпри­ємствам та іншим суб'єктам господарювання, якщо це призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спо­творення конкуренції.

Під заборону також підпадають дії чи бездіяльність органу влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чипосадової особи), що полягають у схиленні суб'єктів господарюван­ня, інших органів до порушень законодавства про захист економічної конкуренції, створенні умов для вчинення таких порушень чи їх легітимації.

Як свідчить практика та аналіз теоретичних позицій науковців що займалися дослідженням даної проблеми, головною причиною антиконкурентних дій є об'єднання в особі одного органу функцій державного управління та господарської діяльності. За таких умов природним є бажання цих органів створити своїм підрозділам привілейовані умови в порівнянні з іншими підприємцями, які зай­маються аналогічною діяльністю. Антиконкурентні дії органів вла­ди, місцевого самоврядування та адміністративно-господарського управління і контролю залишаються одним із найпоширеніших видів порушень антимонопольного законодавства. Це пояснюється повільними темпами відходу частини державних органів, особливо регіонального і місцевого рівня, а також різних об'єднань, від адмі­ністративних методів керування, їх прагненням перекласти труд­нощі економічної кризи на плечі підприємців. Традиції командно- адміністративної системи, бажання частини керівників тримати під безпосереднім контролем діяльність підприємств незалежно від форм власності, правовий нігілізм, рецидиви якого все ще мають місце, призводить до обмеження законних прав деяких підприємців і наданню неправомірних переваг іншим, невиправданих заборон і обмежень підприємницької діяльності. І як доречно зазначається, що вказане вище об'єднання в особі одного органу владних повно­важень і господарських функцій, яке закріплене законодавчими актами і має об'єктивну основу в перехідний період — на сьогодні не може бути швидко усунене державою.

## § 6. Контроль за концентрацією суб'єктів господарювання

Характерною особливістю переходу України до ринкової еконо­міки є те, що даний етап тісно пов'язаний із створенням ефектив­ного конкурентного середовища, попередженням монополізації товарних ринків як при приватизації, так і при придбанні часток, паїв (акцій) на первинному або вторинному ринку. Також даний етап характеризується створенням та реорганізацією цілої низки суб'єктів господарювання та їх об'єднань, в тому числі отриманням одними з них контролю над іншими.

Для попередження і припинення негативних наслідків у процесі ринкових перетворень у державі була створена система контролю за економічною концентрацією. Антимонопольний контроль за еко­номічною концентрацією поділяють на попередній та поточний. Тобто про те, що контроль за концентрацією здійснюється державою не лише на стадії створення і реорганізації суб'єкта гос­подарювання (попередній), а й на стадії подальшого перерозподілу його часток, паїв, акцій чи активів між різноманітними особами, включаючи правовідносини, пов'язані з призначенням та суміщенням керуючих посад у декількох юридичних особах (поточний).

Метою даного державного контролю є виявлення і попереджен­ня монополізації ринків, що здатні зруйнувати досягнутий рівень конкуренції.

Відповідно до ч. 2 ст. 40 ХК України, з метою попередження монопольного становища окремих суб'єктів на ринку створення, реорганізація та ліквідація суб'єктів господарювання, придбання їх активів, часток (акцій, паїв) господарських товариств, а також створення об'єднань підприємств чи перетворення органів влади у вказаних об'єднаннях у випадках, передбачених законодавством, здійснюються при умові отримання на це згоди Антимонопольного комітету України. Підстави для видачі дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання визначаються законом.

Стаття 22 Закону України «Про захист економічної конкурен­ції» (далі Закон) виділяє та регулює наступні види концентрації суб'єктів господарювання:

* 1. злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;
  2. придбання безпосередньо або через інших осіб контролю од­ним або декількома суб'єктами господарювання над одним або декількома суб'єктами господарювання або частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом:

а) безпосереднього або опосередкованого (через інших осіб) придбання, отримання у власність іншим способом активів у ви­гляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, отримання в управління, оренду, лізинг, концесію або отримання іншим способом права користування ак­тивами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, зокрема придбання активів суб'єкта господарювання, який ліквідовується;

б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника ке­рівника спостережної ради, правління, іншого наглядового або вико­навчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже займає одну або кілька з перерахованих посад в інших суб'єктах господарюван­ня, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, інших наглядових або виконавчих органів двох або більше суб'єктів господарювання займають одні й ті самі особи;

в) створення суб'єкта господарювання двома і більше є суб'єктами господарювання, який тривалий період самостійно здійснюватиме

господарську діяльність, і при цьому вказане створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, які створили цей суб'єкт господарювання, або між ними і новоутвореним суб'єктом господарювання;

3) безпосереднє або опосередковане (через інших осіб) придбаная отримання у власність іншим способом або отримання в управлінь часток (акцій, паїв), які забезпечують досягнення або перевищену 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Таким чином, як доречно вказується в літературі, поняття концентрації визначається корпоративним і посадовим аспектом. Корпоративний аспект включає випадки злиття, приєднання придбання активів, колективного засновництва, придбання часток (паїв, акцій) суб'єктів господарювання. Посадовий аспект передба­чає сумісництво керуючих посад у різних суб'єктах господарювання.

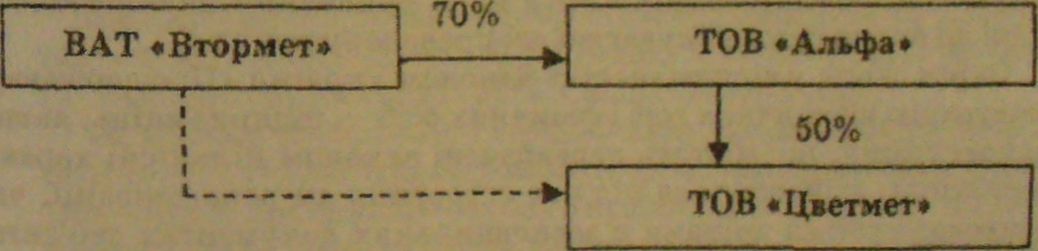
Частиною 3 ст. 22 вказаного Закону окреслено випадки, які не підпадають під концентрацію:

* + 1. створення суб'єкта господарювання, метою або наслідком ство­рення якого є здійснення координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, які створили вказаний суб'єкт господа­рювання, або між ними і новоутвореним суб'єктом господарювання. Таке створення, а також внесення змін в установчі документи, на підставі яких створюються суб'єкти господарювання, об'єднання, розглядаються як узгоджені дії відповідно до ст. 5 Закону;
    2. придбання часток (акцій, паїв) суб'єкта господарювання особою, основним видом діяльності якої є проведення фінансових операцій або операцій з цінними паперами, якщо це придбання здійснюється з метою їх подальшого перепродажу за умови, що вказана особа не бере участі в голосуванні у вищестоящому органі або інших органах управління суб'єкта господарювання. У такому разі подальший перепродаж повинен бути здійснений протягом одного року з дня придбання часток (акцій, паїв). За клопотанням вказаних осіб з обґрунтуванням неможливості здійснення подаль­шого перепродажу, органи АМК України можуть прийняти рішення про продовження цього терміну;
    3. дії, які здійснюються між суб'єктами господарювання, пов'я­заними відносинами контролю, у випадках, передбачених попе­реднім пунктом, крім випадків придбання такого контролю без отримання дозволу АМКУ, якщо необхідність отримання такого дозволу передбачена законом;
    4. придбання контролю над суб'єктом господарювання або його частиною, у тому числі завдяки праву управління і розпорядження Його майном арбітражним керуючим, службовою або посадовою особою органу державної влади.

Валітов С.С. вказує на існування у конкурентному праві поняття опосередкованого (через інших осіб) придбання іншим способом у власність, отримання в управління часток (акцій, паїв), активів (майна) у вигляді цілісного майнового комплексу суб'єкта госпо­дарювання або його структурного підрозділу, яке є придбанням однією юридичною або фізичною особою можливості впливати на реалізацію прав, які випливають з володіння або управління (ко­ристування) частками (акціями, паями), активами (майном) іншої юридичної особи завдяки:

по-перше, наявності контролю над особами, які набувають у влас­ність або отримують в управління (користування) зазначені частки (акції, паї), активи (майно);

по-друге, наявності або появі контролю над тими юридичними особами, які володіють або управляють (користуються) зазначеними частками (акціями, паями), активами (майном); по третє, завдяки об'єднанню вказаних умов. Як приклад, автором наводиться наступна схема (схема 6.1) та пояснення, щодо неї. ВАТ «Втормет» володіє пакетом акцій у розмірі 70% ТОВ «Альфа», яке володіє пакетом акцій ТОВ «Цветмет» у роз­мірі 50%. Таким чином, ВАТ «Втормет» опосередковано здійснює контроль над ТОВ «Цветмет».

Схема 6.1 Опосередкований контроль можливий у різних видах концен­трації, зокрема за рахунок об'єднання посад. 

В економіці постійно здійснюються сотні, тисячі різних видів концентрації. Проте не всі з них мають істотний вплив на структуру товарних ринків або можуть призвести до монополізації. Саме тому ст. 24 Закону «Про захист економічної конкуренції» передбачає конкретні випадки, за яких необхідна згода на концентрацію, а саме попереднє отримання дозволу АМКУ (далі Комітету) або ад­міністративної колегії Комітету на концентрацію є обов'язковим, коли сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації това­рів учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, зокрема за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 12 млн евро, визначену за курсом Національного банк України, який діяв в останній день фінансового року. При цьому повинні дотримуватися дві умови:

По-перше, вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів, у тому числі за кордоном, не менше ніж у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю перевищує суму, еквівалентну 1 млн евро, визначену за курсом Національного банку України, що діяв в останній день фінансового року- По-друге, вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів в Україні хоча би одного учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує суму, еквівалентну 1 млн євро, визначену за курсом Національного банку України, який діяв в останній день фінансового року.

Відповідно до частини 2 ст.24 Закону, при розрахунку обсягів реалізації товарів учасників концентрації використовується сума доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за вирахуванням суми податку на додану вартість, акцизного збо­ру, інших податків або зборів, базою для оподаткування в яких є оборот, за останній фінансовий звітний рік, що передував поданню заяви. Кошти, отримані від реалізації товарів у межах однієї групи суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю, якщо такий облік ведеться, не враховуються.

Отже, для здійснення суб'єктом господарювання дій, які підпада­ють під ознаки концентрації з певними кількісними параметрами, потрібен попередній дозвіл АМКУ на їх здійснення. Інакше відпо­відні дії будуть кваліфікуватись як правопорушення.

Окрім цього, у відповідності з Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців», якщо концентрація, що містить передбачені законом кількісні харак­теристики, здійснюється під час створення чи реорганізації, чи супроводжується змінами в засновницьких документах суб'єкта господарювання — юридичної особи, дозвіл на концентрацію суб'єкта господарювання є обов'язковим документом для надання державному реєстратору.

Основним підзаконним актом, що регулює діяльність органів АМКУ щодо здійснення контролю за концентрацією капіталів на товарних ринках, є «Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію)», затверджене розпорядженням АМКУ України № 33-р від 19.02.2002 р.

Якщо у видачі дозволу па концентрацію суб'єкту господарювання відмовлено АМКУ, то суб'єкт господарювання може звернутися за отриманням дозволу до КМУ відповідно до Порядку надання Кабі­нетом Міністрів дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженого постановою КМУ від 28.02.2002 р.

## § 7. Поняття та прояви недобросовісної конкуренції

Підтримка та захист конкурентного середовища є важливою складовою економічної функції держави, зацікавленої в гармо­нійному розвитку ринкових відносин, забезпеченні їхньої сталої динаміки задля балансування публічних та приватних інтересів учасників ринку, в тому числі громадян такої держави.

Економічна конкуренція дозволяє досягати високого рівня якості виробленої продукції за найменшими цінами для споживачів, тим самим стабільно стимулюючи суб'єктів господарювання до покра­щення своїх показників у наведених категоріях.

Нечесна та недобросовісна конкурентна боротьба за отримання контролю над новими ринками збуту, одержання домінуючого ста­новища в певній галузі господарювання, нанесення шкоди суб'єктам такого протистояння, а також порушення інших торговельних традицій, є недобросовісною конкуренцією.

Термін «недобросовісна конкуренція», власне, як і взагалі зако­нодавство в цій сфері, є досить новим для нашої держави з огляду на історичні та політико-правові фактори розвитку території Укра­їни. Концентрація владою СРСР усіх виробничих потужностей у державній власності автоматично унеможливлювала застосування ринкових механізмів конкурентної боротьби, останнє суперечило соціалістичній ідеології.

Вивченням питання недобросовісної конкуренції займалися такі вчені, як О.В. Бузух, П.П. Білик, С.С. Валітов, О.М. Вінник, 1.1. Дахно, С.Б. Мельник, Н.О. Саніахметова тощо.

На відміну від більшості європейських країн, наша держава отри­мала змогу оперувати правовою категорією «недобросовісна конкурен­ція» лише із прийняттям Закону України від 18.02.1992 р. « Про обме­ження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції». Згідно з цим актом під недобросовісною конкуренцією розумілися дії зі) неправомірного використання товарного знака, фірмового найменування або маркування товару, а також копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, імітації, копіювання, прямого відтворення товару іншого підприємця, самовільного використан­ня його імені; 2) умисного поширення неправдивих або неточних відомостей, які можуть завдати шкоди діловій репутації або май­новим інтересам іншого підприємця; 3) отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також конфіденційної інформації з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця. Пізніше цей зміст був доповнений ще однією умовою стосовно дій з замовлення, виготовлення, розміщення чи поширення юридичними або фізичними особами реклами, яка не відповідає вимогам чинного законодавства України і може завдати шкоди громадянам, установам, організаціям або державі.

З розростанням видів економічної діяльності, появою багато­гранних та різноманітних наукових і науково-технічних розробок, що спричинило виникнення великої кількості нових напрямків торгівлі, пропонованих послуг та робіт, почали «вдосконалювати­ся» методи нечесної боротьби за ринки збуту відповідної продукції.

Просте узагальнено-емпіричне викладення основних способів недобросовісної конкуренції в законодавстві вже не встигало за розширенням негативних явищ позаконкурентної боротьби і по­требувало більш комплексного охоплення останніх для можливості їхньої подальшої кваліфікації як правопорушень, що має наслідком застосування заходів юридичної відповідальності.

Як відповідь сучасним економічним викликам законодавчі норми про недобросовісну конкуренцію були виокремлені в Законі України "Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.96 р.

Відповідно до ст. 1 наведеного Закону недобросовісна конку­ренція визначена як будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Таким чином, таке застосування юридичної техніки зробило ви­значення терміна «недобросовісна конкуренція» всеохоплюючим за обсягом можливих правопорушень у досліджуваній галузі відносин.

На думку вчених-правознавців, у вітчизняній літературі під недобросовісною конкуренцією розуміють порушення правил по­ведінки, які склалися, широко застосовуються в господарській ді­яльності та визнаються підприємцями як обов'язкові ділові норми. Недодержання цих норм наносить шкоду відносинам добросовісної конкуренції та свободі в підприємницькій діяльності.

Виходячи з терміна «недобросовісна конкуренція» чіткого пе­реліку дій, що можуть бути віднесені до такої категорії, не може існувати. Законодавець у частині другій ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» підкреслює: «Недобросовіс­ною конкуренцією є дії у конкуренції, зокрема визначені главами 2-4 цього Закону», тобто наступні:

неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господа­рювання;

створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конку­ренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції;

неправомірне збирання, розголошення та використання комер­ційної таємниці.

Таке розуміння відповідає підходу, викладеному в Паризькій конвенції про охорону промислової власності від 1883 року. Остання визначає актом недобросовісної конкуренції будь-який акт конку­ренції , що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах, конкретизуючи, що це є, зокрема: (і) всі дії, здатні яким би то не було способом викликати змішування відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента; (2) неправильні ствердження при існуванні комерційної діяльності, що здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або торговельну діяльність конкурента; (3) вказівки чи стверджен­ня, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлен­ня , властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів.

Сам по собі термін «недобросовісна конкуренція» вже несе не­гативну інформацію про те, що дії конкурентів суперечать певним категоріям, найчастіше етичним, які не регулюються правовими приписами. Однак законодавство багатьох країн, на який би концеп­ції не базувався його розвиток (влади над ринком чи владою ринку), використовує дані категорії як правові критерії, за допомогою яких визначаються межі правомірності дій, що виходять за рамки цих етичних категорій. Морально-суб'єктивна оцінка методів здійснен­ня конкурентних дій є важливим елементом правової конструкції акта про недобросовісну конкуренцію.

Розкриття явища недобросовісної конкуренції найбільш вдало здійснюється через вивчення його конкретних проявів та законо­давчо встановлених актів, що прямо кваліфікуються як такі, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Отже, дії з неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання можуть мати наступні вирази: неправомірне використання позначень;

* неправомірне використання товару іншого виробника;
* копіювання зовнішнього вигляду виробу; порівняльна реклама.

Неправомірним використанням позначень є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використову­вати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.

Неправомірним використанням товару іншого виробника є введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи.

Копіювання зовнішнього вигляду виробу являє собою відтво­рення зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання і введення його у господарський обіг без однозначного зазначення

виробника копії, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

У разі визнання вчинення порушень з неправомірного вико­ристання позначень або копіювання зовнішнього вигляду виробу, органи Антимонопольного комітету України або особи, права яких порушені, мають право звернутися до суду із позовом про вилучення відповідних товарів з неправомірно використаним позначенням, копій виробів іншого суб'єкта господарювання і у виробника, і у продавця.

Втім, при вирішенні відповідних спорів, господарські суди, до підвідомчості яких віднесені спори за участю Антимонопольно­го комітету України, повинні з'ясовувати можливість усунення змішування продукції в інший, ніж вказаний тут, спосіб, і лише у разі відсутності останньої, застосовувати відповідні заходи відпо­відальності.

Порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого суб'єкта господарю­вання. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фак­тичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів.

Варто зауважити, що для покладення відповідальності за порів­няльну рекламу не вимагається доведення факту зниження попиту на товари господарюючого суб'єкта, стосовно якого проведено не­правомірне порівняння, тобто самого факту наявності акту недобро­совісної конкуренції достатньо для визнання його правопорушення.

Створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції спрямовано на досягнення найбільш вигідних ринкових позицій за рахунок наступних проявів.

Дискредитацією суб'єкта господарювання е поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, у тому числі щодо його товарів, які завдали або могли завдати шкоди ді­ловій репутації суб'єкта господарювання.

Захист порушених прав, у разі встановлення факту дискредита­ції суб'єкта господарювання, може відбуватися у спосіб прийняття рішень про офіційне спростування за рахунок порушника пошире­них ним неправдивих, неточних або неповних відомостей у строк і спосіб, визначені законодавством або рішенням Антимонопольного комітету України (його територіального відділення).

Схиленням до бойкоту суб'єкта господарювання єспонукання його конкурентом іншої особи, безпосередньо або через іншу особу, до відмови від установлення договірних зв'язків із цим суб'єктом господарювання, до невиконання (розірвання) або виконання неналежним чином договірних зобов'язань перед цйм суб'єктом господарювання.

Схиленням постачальника до дискримінації покупця (за­мовника) є спонукання постачальника конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через іншу особу, до застосування постачальником до покупця (замовника) невигідних умов у гос­подарській діяльності порівняно з цим чи іншими конкурентами покупця (замовника).

Підкуп працівника, посадової особи постачальника ~ це на­дання або пропонування йому конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через іншу особу, матеріальних чи інших вигод за неналежне виконання або невиконання працівником, посадовою особою постачальника службових обов'язків, що випливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і по­купцем (замовником) договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, іншого договору або за неукладення договору. До працівника постачальника прирівнюється й інша особа, яка згідно з своїми повноваженнями приймає рішення від імені постачальни­ка про поставку товару, виконання робіт, надання послуг, впливає на прийняття такого рішення або якимось чином пов'язана з ним.

Підкуп працівника, посадової особи покупця (замовника) це надання або пропонування йому конкурентом постачальника, безпосередньо або через іншу особу, матеріальних чи інших вигод за неналежне виконання або невиконання працівником, посадовою особою покупця (замовника) службових обов'язків, що випливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і по­купцем (замовником) договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, іншого договору або за неукладення договору. До працівника покупця прирівнюється й інша особа, яка згідно з своїми повноваженнями приймає рішення від імені покупця про придбання товару, виконання робіт, надання послуг, впливає на прийняття такого рішення або якимось чином пов'язана з ним.

При цьому здійснення таких дій не ставиться в залежність від того, чи отримав би конкурент конкретні блага. Даний прояв недо­бросовісної конкуренції може мати місце разом із діями стосовно бойкоту суб'єкта господарювання та іншими діями, що загалом становитиме певну сукупність правопорушень.

Досягненням неправомірних переваг у конкуренції є отриман­ня таких відносно іншого суб'єкта господарювання шляхом пору­шення чинного законодавства, яке підтверджено рішенням органу державної влади, органу місцевого самоврядування, наділеного відповідною компетенцією.

Поширенням інформації, що вводить в оману, є повідомлення суб'єктом господарювання, безпосередньо або через іншу особу, одній, кільком особам або невизначеному колу осіб, у тому числі в рекламі, неповних, неточних, неправдивих відомостей, зокрема внаслідок обраного способу їх викладення, замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цього суб'єкта господарювання.

Інформацією, що вводить в оману, є, зокрема, відомості, які:

- містять неповні, неточні або неправдиві дані про походження товару, виробника, продавця, спосіб виготовлення, джерела та спосіб придбання, реалізації, кількість, споживчі власти­вості, якість, комплектність, придатність до застосування, стандарти, характеристики, особливості реалізації товарів, робіт, послуг, ціну і знижки на них, а також про істотні умови договору;

* містять неповні, неточні або неправдиві дані про фінансовий стан чи господарську діяльність суб'єкта господарювання;
* приписують повноваження та права, яких не мають, або від­носини, в яких не перебувають;

містять посилання на обсяги виробництва, придбання, про­дажу чи поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, яких фактично не було на день поширення інформації. Треба уточнити, що визначення недобросовісної конкуренції в українському законодавстві не передбачає бездіяльності суб'єктів господарювання. Необхідно враховувати, що зовсім не обов'язково, аби суб'єкт господарювання, який чинить протиправні «дії у конку­ренції», та особа, права якої порушені такими діями, здійснювали господарську діяльність на одному товарному ринку, тобто, щоб товари і послуги були взаємозамінними або конкуруючими.

У судовій практиці Німеччини були випадки встановлення факту конкурентних відносин між суб'єктом господарювання, чий бізнес по­лягав у підсмажуванні кавових зерен, та торговцями квітами. Прий­маючи рішення, суд виходив з того, що підприємець, використовуючи для реклами вислів "Замість квітів кава" своїми діями поклав початок конкурентним відносинам.

До моменту набуття чинності Заковом України 18.12.2008р. №689- VI «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобро­совісної конкуренції» одним з проявів недобросовісної конкуренції вважалися купівля-продаж товарів, виконання робіт, надання по­слуг із примусовим асортиментом, що створювали неможливість отримання певної продукції (робіт, послуг) без додержання таких примусових умов. Втім дана норма була виключена з Закону, оскіль­ки зазвичай такі дії є можливими лише за умови монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на відповідному ринку і в такому разі вони кваліфікуються як зловживання монопольним (домінуючим) становищем відповідно до статті 13, пункту 2 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції".

Для кваліфікації дії суб'єктів господарювання як недобросо­вісної конкуренції не є обов'язковим настання наслідків у формі відповідно недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема через заподіяння їм шкоди (збитків) або іншого реального порушення їхніх прав чи інтересів, чи настання інших відповідних наслідків. Достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, визначених як зловживання монополь­ним (домінуючим) становищем, або як антиконкурентні узгоджені дії, або як недобросовісна конкуренція.

Неправомірне збирання, розголошення та використання ко­мерційної таємниці є наступним окремим блоком дій з вчинення антиконкуретних дій суб'єктами господарювання та складається з наступних проявів:

* неправомірне збирання комерційної таємниці та розголошення комерційної таємниці;
* схилення до розголошення комерційної таємниці;
* неправомірне використання комерційної таємниці.

За режимом доступу інформація поділяється на відкриту ін­формацію та інформацію з обмеженим доступом. У свою чергу інформація з обмеженим доступом за своїм правовим режимом поді­ляється на таємну і конфіденційну. До таємної інформації належить інформація, що містить відомості, які становлять державну та іншу передбачену законом таємницю, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі, а тому доступ до неї здійснюється від­повідно до законів про цю інформацію.

До таємної інформації належить, зокрема, секретна інформація, що визнається державною таємницею в установленому законом по­рядку. Конфіденційна інформація — це відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов. Особи, які володіють конфіденційною інформацією, самостійно визначають режим доступу до неї, вклю­чаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють для неї систему (способи) захисту. До кола конфіденційної інфор­мації у сфері господарської (підприємницької) діяльності належить інформація, що визнається такою відповідно до законодавства.

Відповідно до статті 505 ЦК України комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легко­доступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію.

Комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці.

Постановою КМУ № 611 від 09.08.93 р. «Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» визначено відповідний обсяг інформації, що не може вважатися комерційною таємницею, зокрема:

* 1. установчі документи, документи, що дозволяють займатися підприємницькою діяльністю та її окремими видами;
  2. дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів;
  3. відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату в цілому та за професіями й посадами, а також наявність вільних робочих місць;
  4. документи про сплату податків і обов'язкових платежів;

5) відомості, що відповідно до чинного законодавства підлягають оголошенню.

Суб'єкт господарювання, що є володільцем технічної, організа­ційної або іншої комерційної інформації, має право на захист від незаконного використання цієї інформації третіми особами, за умов, що ця інформація має комерційну цінність у зв'язку з тим, що вона невідома третім особам і до неї немає вільного доступу інших осіб на законних підставах, а володілець інформації вживає належних заходів до охорони її конфіденційності.

Неправомірним збиранням комерційної таємниці вважається добування протиправним способом відомостей, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.

Розголошенням комерційної таємниці є ознайомлення іншої особи без дозволу особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до законодавства України становлять комерційну та­ємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.

Схиленням до розголошення комерційної таємниці є спону­кання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання.

Під неправомірним використанням комерційної таємниці розуміється впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.

Особа, яка протиправно використовує комерційну інформацію, що належить суб'єкту господарювання, зобов'язана відшкодувати завдані йому такими діями збитки відповідно до закону. Особа, яка самостійно і добросовісно одержала інформацію, що є комерційною таємницею, має право використовувати цю інформацію на свій розсуд.

Вчинення усіх актів, визначених вище як недобросовісна кон­куренція, тягне за собою відповідальність, передбачену Законом "Про захист від недобросовісної конкуренції".

Застосування заходів відповідальності за порушення правил конкурентної боротьби здійснюється, зокрема, через систему штра­фів, які визначаються за рішеннями АМКУ та його територіальних відділень на підставі законодавства (зокрема, згідно з Положенням про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції, затвердженого Розпорядженням АМКУ від 25.12.2001 р. № 182-р).

Для збалансування інтересів суб'єктів господарювання та за­безпечення рівності усіх перед законом нормативно-правовими актами, які регламентують питання захисту від недобросовісної конкуренції, визначена можливість оскарження наведених рішень органів АМКУ.

Контрольні запитання:

* + 1. Дайте загальну характеристику законодавства про захист економічної конкуренції.
    2. Які концепції державного впливу на конкуренцію ви знаєте?
    3. Що таке економічна конкуренція з позиції чинного законо­давства?
    4. Які складові антиконкурентної поведінки у вигляді зловжи­вання монопольним положенням?
    5. Що таке антиконкурентиі узгоджені дії?
    6. Назвіть прояви антиконкурентних дій органів влади, міс­цевого самоврядування і органів адміністративно-господарського управління і контролю.
    7. Яка концентрація суб'єктів господарювання вимагає згоди

органів АМКУ?

* + 1. Що таке недобросовісна конкуренція і які її прояви?
    2. Яке значення мають ділові звичаї для правового регулювання добросовісної конкуренції?

# Розділ 10 ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

## § 1. Поняття господарсько-правової відповідальності

Категорія відповідальності виступає не тільки індикатором ді­євості норм права, але і вказує на самостійність галузі права.

До прийняття ГК України поняття господарсько-правової від­повідальності залишалося вельми дискусійним. Навіть у науці господарського права воно було визнане лише в середині 80-х років XX століття.

Зокрема, в одному з перших підручників з господарського права обережно застосовувався термін «відповідальність за результати господарської діяльності». Згодом вчені говорили про «санкції в господарському законодавстві», про «відповідальність у господар­ських відносинах» Нарешті, в підручнику 1985 року за редакцією професора І.Г. Побірченка з'явилося поняття господарсько-правової відповідальності, розроблене професором В.К. Мамутовим.

Сучасні підручники з господарського права одностайні у визнан­ні самостійності господарсько-правової відповідальності стосовно інших видів відповідальності.

Господарсько-правова відповідальність — це несення суб'­єктами господарювання несприятливих економічних і (або) пра­вових наслідків у результаті застосування до них передбачених законодавством санкцій за господарські правопорушення.

Окремі вчені заперечують самостійність господарсько-правової відповідальності. Як правило, їх доводи ґрунтуються на неприй­нятній у сучасних умовах позиції про заперечення самостійності господарського права як галузі права (див. розд. 1 цієї книги).

Крім того, як аргумент наводяться положення п. 22 ч, 1 ст. 92 Конституції України, де згадуються лише цивільно-правова, ад­міністративна, кримінальна і дисциплінарна відповідальність. Із таким обмежувальним тлумаченням Конституції погоджуватися не можна. Ст. 92 Основного закону передбачає види відносин, які можуть регулюватися виключно законами України. Ця норма не дає вичерпного переліку видів відповідальності. На цю обставину, зокрема, прямо вказується у рішенні Конституційного Суду Украї­ни від 30.05.2001 р. у справі про відповідальність юридичних осіб.

Прийняття ГК України, який у розділі V передбачив поняття господарсько-правової відповідальності, остаточно підтвердило вірність підходів щодо виділення такого виду юридичної відпо­відальності. Адже не можна не зважати на прямі вказівки закову.

Виділення господарсько-правової відповідальності як само­стійного виду відповідальності було продиктоване, насамперед, практичною необхідністю. Саме життя підказало, що в сучасній економіці необхідні нові, комплексні і «нестандартні» заходи впливу на правопорушників, які не властиві традиційним видам відповідальності.

Взяти, наприклад, санкцію у вигляді застосування індивідуаль­ного режиму ліцензування. Ця санкція з'явилася як реакція дер­жави на початку 90-х років XX ст. щодо правопорушень суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які допускали незаконне ви­везення капіталу, порушення митних процедур тощо. Цивільно- правові заходи впливу виявилися тут безсилими, кримінальні й адміністративні — надмірно жорсткими, не дозволяли попередити подальші правопорушення і одночасно зберегти можливість для наступних експортно-імпортних операцій. В результаті з'явилася вказана санкція організаційно-господарського характеру, що по­повнила арсенал заходів господарсько-правової відповідальності.

Господарсько-правова відповідальність знаходить у законодав­стві своєрідне регулювання. Зокрема, в гл. 24 ГК України наводить­ся її самостійне поняття, перелік санкцій, принципи, підстави, межі і порядок реалізації.

Поза сумнівом, господарсько-правова відповідальність поєднує в єдиний «кулак» приватноправові та публічно-правові заходи впли­ву на правопорушника. Проте це поєднання не повторює існуючі цивільно-правові і адміністративно-правові інститути.

Порівняння приватноправових санкцій господарсько-правової відповідальності і санкцій цивільно-правової відповідальності виявляє їх суттєві відмінності. Відшкодування збитків у сфері господарювання (гл. 25 ГК України) піддане докладнішій регла­ментації, ніж в ЦК України (гл. 51 ЦК); згідно з ч. 5 ст. 225 ГК України сторони мають право за взаємною згодою завчасно визна­чити узгоджений розмір збитків — ЦК України таку можливість не передбачає. ГК України виходить з презумпції залікової неустойки, передбачаючи штрафну неустойку лише для грошових та окремих видів зобов'язань (ст.ст. 229, 232 ГК), а ЦК України говорить про штрафну неустойку для всіх видів зобов'язань (ст. 624 ЦК). ГК України передбачає можливість застосування пені в будь-яких зобов'язаннях (ст.ст. 230, 231 ГК), а ЦК України — тільки в гро­шових зобов'язаннях (ч. З ст. 549 ЦК) тощо.

У порівнянні з КУпАП в ГК України передбачений особливий суб'єкт адміністративно-господарських санкцій — суб'єкт господа­рювання, під яким розуміються не тільки громадяни — підприємці, але й юридичні особи. ГК України передбачає такі адміністративно - господарські санкції, як припинення експортно-імпортних опе­рацій, скасування державної реєстрації та інші санкції, не перед­бачені в КУпАП. ГК України передбачає інші строки застосування адміністративно-господарських санкцій (як правило, 6 місяців) у порівнянні з строком притягнення до адміністративної відповідаль­ності за КУпАП (як правило, 2 місяці). Нарешті, в цих кодексах передбачаються різні процедури і органи, що застосовують відпо­відні санкції.

При реалізації господарсько-правової відповідальності застосову­ються окремі інститути ЦК України та інших законів, але в рамках і межах, що не суперечать ГК України.

Це дозволяє вибудовувати таку систему засобів відповідальнос­ті у сфері господарювання, яка не тільки відображає специфіку, складність і об'ємність господарської діяльності, але і дозволяє погоджувати в єдиному акті приватні і публічні заходи державного впливу в цій сфері, що особливо цінно.

Важливо встановити співвідношення господарсько-правової відповідальності з санкціями, заходами захисту і охорони прав та інтересів учасників господарських відносин.

У ч. 1 ст. 216 ГК України передбачено, що учасники господар­ських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених ГК, іншими законами та договором.

Отже, на відміну від вищезгаданого наукового визначення господарсько-правової відповідальності ГК України обмежується вказівкою на шляхи реалізації цієї відповідальності, пов'язуючи їх а господарськими санкціями.

Питання про співвідношення санкцій і відповідальності є пред­метом дискусій правознавців.

Загальновідомо, що санкція є структурною частиною правової норми (разом з гіпотезою і диспозицією). Санкціями називають і негативні наслідки, передбачені в цій частині норми. Проте не всяка санкція правової норми вказує на несприятливі наслідки для правопорушника. Санкція норми права може вказувати і на інші на- слідки, передбачені на випадок її порушення. Наприклад, такими наслідками може бути визнання права, розділ майна співвласників.

У більшості випадків санкція — попереджувальна інформація про відповідальність. Для виникнення відповідальності, окрім наяв­ності санкції в законодавстві або договорі, необхідний ще комплекс процедурно-процесуальних відносин, здатних викликати неспри­ятливі наслідки для правопорушника. Спрощено це виглядає так: вказівка на штраф в договорі — санкція, а фактичне стягнення його у разі правопорушенні — відповідальність.

Згідно зі ст. 217 ГК України у сфері господарювання застосову­ються такі види господарських санкцій, як відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативно-господарські та адміністративно - господарські санкції. Перші три застосовуються за ініціативою учасників господарських відносин, а адміністративно-господарські санкції — за ініціативою уповноважених органів державної влади і місцевого самоврядування. Порядок реалізації санкцій визна­чається законом чи договором і може бути різним — судовим, адміністративним або ґрунтуватися на власних діях суб'єкта госпо­дарювання (наприклад, банк може списати пеню з рахунка клієнта при простроченні виконання кредитного договору, якщо в договорі передбачено таке право).

Санкція як захід господарсько-правової відповідальності імену­ється в теорії ще і формою господарсько-правової відповідальності.

При характеристиці поняття господарсько-правової відповідаль­ності необхідно вказати на його співвідношення з поняттями захисту і охорони прав суб'єктів господарських відносин.

Заходи примусу, які застосовуються до правопорушника, не завжди означають для нього несприятливі наслідки в юридичному сенсі, тобто не завжди можуть бути визнані заходами відповідаль­ності. Зокрема, обов'язок правопорушника виконати зобов'язання в натурі не може розглядатися як виникнення для нього негатив­них наслідків, оскільки такий захід спрямовано на виконання того обов'язку, який раніше прийняв на себе правопорушник. Проте примус боржника до виконання зобов'язання в натурі забезпечує права і законні інтереси кредитора.

Тому в законодавстві і теорії виділяється ширше поняття — за­ходи захисту прав і законних інтересів, які включають і заходи відповідальності, і засоби самозахисту, і інші засоби захисту.

Зокрема, в ст. 20 ГК виділяються основні способи захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання і споживачів:

1. визнання наявності або відсутності права;
2. визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади і органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, які суперечать законодавству, ущемлюють права і законні інтереси суб'єктів господарювання або Споживачів;
3. визнання недійсними господарських правочинів (угод) з під­став, передбачених законом;
4. відновлення положення, яке існувало до порушення права і законних інтересів суб'єктів господарювання;

б) припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення;

* 1. присудження до виконання обов'язку в натурі;
  2. відшкодування збитків;
  3. застосування штрафних санкцій;
  4. застосування оперативно-господарських санкцій;
  5. застосування адміністративно-господарських санкцій;
  6. встановлення, зміна і припинення господарських правовідно­син (наприклад, шляхом дострокового розірвання договору оренди згідно зі ст.ст. 188, 291 ГК і ст.ст. 782-784 ЦК);
  7. інші способи, передбачені законом.

Із вказаних способів захисту тільки чотири: відшкодування збитків, застосування штрафних, оперативно-господарських і адміністративно-господарських санкцій, — можуть бути названі заходами господарсько-правової відповідальності (господарсько - правовими санкціями).

Перелік способів захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання і споживачів не є вичерпним. Додаткові способи захисту можуть передбачатися ЦК України (наприклад, ст. 16) та іншими законами, але не підзаконними актами.

Наприклад, у постанові Верховного Суду України від 22.04.2002 р. у справі № 25/188 був зроблений висновок про те, що не відповідають матеріально-правовим способам захисту порушеного права, визначеним у законі, позовні вимоги про примушення податкових органів до надання державному казначейству висновку про відшкодування бюджетної за­боргованості платникові податків (на виконання пункту 5 Порядку відшкодування податку на додану вартість, затвердженого наказом Державної податкової адміністрації України і Головного управління Державного казначейства України від 02.07.97 р. № 209/72). У цих обставинах у відповідності з п. 7.7.3 Закону «Про податок на додану вартість» платник податків має право після виникнення бюджетної заборгованості звернутися до суду з позовом про стягнення коштів з бюджету.

На підставі ст. 32 Конституції України, ст. 1167 ЦК України, ст. 49 Закону «Про інформацію» можливий захист прав суб'єктів господарювання, порушених розповсюдженням недостовірної ін- формації» шляхом відшкодування моральної (немайнового) шкоди. Закон України «Про захист економічної конкуренції» передбачав такі додаткові способи захисту, як отримання дозволу на узгоджені дії (ст. 10), блокування цінних паперів, визнання суб'єкта госпо­дарювання монополістом, публікація правопорушником рішення АМКУ про виявлені порушеная антимонопольно-конкурентного законодавства (ст. 48) тощо. Ст. 16 ЦК України допускає визнання незаконним бездіяльності органу управління, що порушує майнові права юридичних осіб. Ст.ст. 219,220,221,226 ЦК містять вказівку на такий спосіб захисту, як визнання правочину дійсним. На під­ставі ст. 4 Закони «Про захист іноземних інвестицій» можливий позов про усунення перешкод в перерахуванні за кордон прибутку, одержаного іноземним інвестором, тощо.

Як правильно відзначає Н.О. Саніахметова, для захисту своїх прав суб'єкти господарювання можуть використовувати одночасно два або більше способи захисту. Зокрема, при виданні державним органом акта, що порушує права суб'єкта господарювання, він має право вимагати визнання недійсним такого акта, а також стяг­нення в судовому порядку збитків, заподіяних йому в результаті виконання вказівок державних чи інших органів або посадових осіб, що призвели до порушення прав суб'єкта, а також унаслідок неналежного здійснення такими органами або їх посадовими осо­бами передбачених законодавством обов'язків стосовно суб'єкта господарювання.

У теорії юридичної відповідальності разом із заходами захисту виділяються також заходи охорони прав та інтересів суб'єктів правовідносин.

Тут спостерігається статична (пасивна) функція правового ре­гулювання. Охорона прав та інтересів суб'єктів здійснюється, по суті, за допомогою всієї сукупності правових норм, що забезпечують нормальний і безперешкодний розвиток відносин. Фраза «охоро­няється законом» може бути поширена на будь-які правовідносини і закріплюється в законодавстві, коли необхідно підкреслити за­гальну спрямованість правового регулювання.

Водночас, захист прав та інтересів припускає активну діяльність, направлену на застосування правових норм. Захист має декілька аспектів. У матеріально-правовому сенсі — це правовий інститут, що входить до складу відповідної галузі права і поєднує сукупність норм, які регулюють певний вид діяльності (суспільних відносин). У процесуально-правовому сенсі — це діяльність, за допомогою якої досягається необхідний економіко - правовий ефект: відновлення мож­ливості учасника відношення діяти в рамках його правосуб'єктності, володіти, користуватися, розпоряджатися майном, вступати у від­носини і реалізовувати права, що випливають з них, тощо. Слід по­годитися з О.П. Загнітком, що в процесуальному розумінні захист прав та інтересів — вужче поняття, ніж поняття охорони прав та інтересів суб'єктів господарювання, і є сукупністю способів (заходів), які застосовуються уразі порушення цих прав та інтересів. Основні ознаки господарсько-правової відповідальності:

1) така відповідальність є реакцією держави або уповноваженої ним особи на протиправну поведінку суб'єкта господарювання, яке може виражатися в порушенні договору (недостача продукції, прострочення поставки тощо) або правил здійснення господарської діяльності (порушення ліцензійних умов, порушення вимог еконо­мічної конкуренції тощо);

* + 1. передбачається юридично в законі або договорі;
    2. застосовується переважно до суб'єктів господарювання, хоча не виключається можливість її застосування і до інших учасників відносин у сфері господарювання у випадках і порядку, передбаче­них ГК України. Наприклад, господарсько-правова відповідальність громадян, що не є підприємцями, виникає, якщо вони виступають засновниками суб'єктів господарювання в порядку, встановленому установчими документами і законом (наприклад, при несвоєчасному внесенні внесків до статутного фонду господарського товариства згідно з ч. 3 ст. 88 ГК, при реалізації додаткової відповідальності засновника згідно з ч. 4 ст. 80 ГК і в інших випадках);
    3. полягає в зменшенні благ учасника господарських відносин, але направлена не на самого правопорушника, а переважно на його майнову базу (безпосередньо або в кінцевому результаті). Ви­няток можуть становити випадки застосування адміністративно- господарських санкцій організаційного характеру, наприклад, у вигляді примусового припинення суб'єкта господарювання за порушення закону згідно зі ст. 247 ГК України і ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15.05.2003 р.;
    4. забезпечується державним примусом, яке виявляється по- різному: явно або приховано. У першому випадку реалізація заходів відповідальності покладається на судові або інші державні органи (стягнення збитків, штрафні та адміністративно-господарські санк­ції), а в другому — на самих суб'єктів господарювання (оперативно- господарські санкції);

6) застосовується як з урахуванням вини правопорушника (на­приклад, відшкодування збитків, адміністративно-господарські санкції), так і без урахування її наявності (оперативно-господарські санкції, проценти за порушення грошових зобов'язань тощо).

Важливу роль в організації господарської діяльності відіграють принципи господарсько-правової відповідальності.

Ці принципи можуть розумітися в широкому і вузькому зна­ченнях. У першому випадку йдеться про основоположні засади, закріплені в розділі 24 ГК «Загальні принципи відповідальності учасників господарських відносин», та інших статтях ГК. У вузь­кому сенсі можна говорити про принципи, спеціально названі в ст. 216 ГК.

У широкому значенні можна виділити наступні принципи господарсько-правової відповідальності:

— захист прав і законних інтересів громадян, організацій і дер­жави і забезпечення правопорядку у сфері господарювання

(ч. 2 ст. 216 ГК);

* наділення потерпілої сторони правом на відшкодування збит­ків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
* застосування передбаченої законом відповідальності вироб­ника (продавця) за недоброякісність продукції незалежно від того, чи є застереження про це в договорі;
* неприпустимість застереження в господарському договорі щодо виключення або обмеження (у порівнянні із законом) відпо­відальності виробника (продавця) продукції (ч. З ст. 216 ГК);
* необхідність виконання зобов'язань в натурі, навіть після сплати штрафних санкцій і відшкодування збитків (ч. З ст. 216, ч. 7 ст. 226 ГК);
* презумпція вини особи, що допустила порушення господар­ського зобов'язання (ч. 2 ст. 218 ГК);
* перевага законодавчих меж господарсько-правової відпові­дальності перед договірними (ст. 219, ч. 1 ст. 231 ГК);
* обов'язковість для правопорушника процедури досудового порядку реалізації господарсько-правової відповідальності (ст. 222 ГК);
* необхідність застосування своєчасних заходів щодо усунення наслідків правопорушення (ч. 1 ст. 222, ст. 226 ГК) тощо.

## § 2. Підстави господарсько-правової відповідальності

У літературі розрізняються юридичні і фактичні підстави господарсько-правової відповідальності.

Юридичні підстави — це той правовий документ, який харак­теризує певну поведінку суб'єкта господарювання як протиправне і передбачає за неї форму і розмір відповідальності. Такими під­ставами в господарському праві є акт законодавства, договір, а також адміністративний акт (наприклад, статут підприємства, положення про філію, вирішення Кабінету Міністрів про створення ПФГ і т. п).

У широкому сенсі юридичні підстави охоплюють всю сукуп­ність правового матеріалу, що існує у сфері господарювання. Адже норми законів або умови договорів, які не забезпечені заходами відповідальності за їх порушення, часто є «мертвими», фактично позбавляються своєї сили.

У вузькому сенсі юридичні підстави господарсько-правової від­повідальності зачіпають лише господарські санкції, що настають за здійснення певного правопорушення.

Характеристиці таких санкцій присвячені нерідко окремі акти законодавства. Наприклад, Закон України «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги і утримання прибудинкових територій» від 20.05.99 р., «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ і організацій за правопорушення у сфері місто­будування» від 14.10.94 р.

У господарських договорах санкції передбачаються, як правило, в спеціальному розділі «Відповідальність сторін».

Підзаконні акти не можуть встановлювати адміністративно- господарські санкції згідно з ч. 2 ст. 238 ГК України. Проте закон не забороняє встановлювати інші санкції в підзаконних актах або індивідуальних актах управління, які є обов'язковими для сто­рін. Наприклад, у статуті господарського об'єднання може бути передбачений вигляд і розмір санкцій, вживаних одним учасни­ком об'єднання відносно іншого при порушенні господарських зобов'язань.

Фактичні підстави господарсько-правової відповідальності слід розрізняти за суб'єктом та об'єктом.

У першому випадку йдеться про відповідність правосуб'єктності осіб, що беруть участь у правовідносинах, тим критеріям, які ви­суваються законом стосовно правопорушника і потерпілої сторони.

Наприклад, не можуть бути застосовані санкції до громадянина - підприємця згідно з Законом «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ і організацій за правопорушення у сфері міс­тобудування» від 14.10.94 р.

У другому випадку маються на увазі фактичні дії, які харак­теризуються законом, договором або адміністративним актом як протиправні. Йдеться про господарське правопорушення.

Винятком е норми-дефініції, норми-принципи та деякі інші.

Склад господарського правопорушення слід розглядати як сукупність елементів, за наявності яких та чи інша поведінка у сфері господарювання вважається правопорушенням.

Необхідно відзначити, що в теорії і практиці господарського пра­ва, так само як в цивільному праві, традиційно не виділяються такі елементи складу правопорушення, як об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона, які властиві адміністративним і кри­мінальним правопорушенням. І справа тут не тільки в традиціях.

У господарському і цивільному праві немає яскраво виражено­го законодавчого поділу санкцій залежно від області посягання; суспільна небезпека діяння може лише теоретично визнаватися критерієм відповідальності; застосовується принцип презумпції вини правопорушника, а у низці випадків — особливо часто в гос­подарському праві — вина взагалі не враховується при застосуванні заходів відповідальності.

Склад господарського правопорушення залежить від форми господарсько-правової відповідальності і складається з чотирьох елементів:

* 1. факт протиправної господарської поведінки, тобто порушення норми закону, умови договору, обов'язкового для учасника госпо­дарських відносин планового завдання тощо, внаслідок чого запо­діюються збитки чи інша шкода правам або Інтересам потерпілого учасника господарських відносин. Це може бути дія або бездіяль­ність (наприклад, прострочення поставки товарів);
  2. наявність збитків чи інших негативних наслідків для потер­пілого (наприклад, неможливість доступу підприємцем на ринок, підрив репутації підприємства тощо);
  3. причинний зв'язок між протиправною поведінкою порушника і заподіяним потерпілому збитками;
  4. вина правопорушника, про яку в господарському праві свід­чать два елементи: по-перше, наявність у суб'єкта господарських відносин реальної можливості діяти правомірно і попередити на­стання негативних наслідків (збитків) і, по-друге, неприйняття ним усіх необхідних заходів для недопущення протиправної поведінки і запобігання настання збитків1.

Повний склад господарського правопорушення необхідний для застосування господарських санкцій у формі відшкодування збит­ків, спростування недостовірних відомостей, а також для деяких адміністративно-господарських санкцій, які вимагають наявності негативних наслідків для кваліфікації правопорушення (напри­клад, для застосування штрафу за дискримінацію суб'єктів госпо­дарювання необхідно довести неможливість здійснення підприєм­цем господарської діяльності), і якщо про це прямо обумовлено в договорі чи законі. Повний склад господарського правопорушення застосовується як виняток.

У багатьох випадках для застосування господарсько-правової відповідальності досить встановити усічений склад господарського правопорушення. Наприклад, один лише факт протиправної пове­дінки презумується як достатній елемент застосування оперативно- господарських санкцій.

Таке положення не випадкове — складність і багатоаспектність господарської діяльності, набуття прав і обов'язків суб'єктами господарювання переважно опосередковано — через свої органи, відсутність почасти реальної можливості встановити наслідки пра­вопорушення і вину правопорушника роблять невиправданим за­стосування повного складу господарського правопорушення до всіх протиправних дій. Подібне застосування утруднило б, а в більшості випадків навіть зробило б неможливим притягання правопорушни­ка до відповідальності.

Наприклад, якщо необхідний елемент правопорушення у сфері містобудування — зробити настання шкідливих наслідків, то факти порушення будівельних норм і правил повсюдно виявилися б без­карними, оскільки негативні наслідки таких порушень в основному виявляються не відразу, а через певний час.

Найважливішим елементом складу більшості господарських правопорушень виступає вина правопорушника.

При визначенні поняття вини сіїід ураховувати правило ч. З ст. 614 ЦК України згідно з яким особа вважається невинною, якщо доведе вжиття всіх залежних від неї заходів щодо належ­ного виконання зобов'язання. Аналогічна характеристика винної поведінки може бути дана на підставі ч. 2 ст. 218 ГК України, хоча й іншими словами: «Учасник господарських відносин від­повідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської ді­яльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення».

Стосовно суб'єктів господарювання, як різновиду учасників гос­подарських відносин, встановлюються спеціальні вимоги: «суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилося неможливим внаслідок дії не­переборної сили». ГК України уточнює, що таким обставинами не можуть вважатися, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку певних товарів, відсутність у боржника необхідних коштів.

Вищий господарський суд України в своєму Інформаційному листі від 07.04.2008 р. «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України», роз'яснюючи положення ст. 218 ГК України, вказав: «Учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання за відсутності його вини лише у ви­падках, встановлених договором або законом. Таке регулювання відповідає правовідновлювальному, компенсаційному характеру приватноправової відповідальності. У частині відповідальності за порушення правил здійснення господарської діяльності виключень з правила частини другої статті 218 ЦК Україна не передбачено. Адміністративно-господарські санкції згідно з частиною першою статті 238 ЦК України застосовуються за порушення правил здій­снення господарської діяльності, є публічно-правовими, конфіскаційними санкціями і не можуть застосовуватися за відсутності вини особи».

Слід розрізняти презумпцію вини правопорушника і відсутність врахування його вини при застосуванні господарсько-правових санкцій.

Презумпція вини господарського правопорушника характерна для застосування більшості господарських санкцій. Але особа має право довести відсутність своєї вини в скоєнні протиправного діяння і звільнитися від відповідальності.

У більшості випадків, особливо при застосуванні адміністративно- господарських санкцій, правила здійснення господарської діяльнос­ті сформульовані таким чином, що фактично відсутні обставини, які можуть зробити особу невинною в здійсненні господарського правопорушення. Наприклад, при застосуванні адміністративно- господарського штрафу згідно зі ст. 16 Декрету КМУ « Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.93 р. За­кон пов'язує застосування заходів відповідальності з одним лише фактом здійснення розрахунків в іноземній валюті без одержання відповідної ліцензії НБУ. За такої заборони неможливо навести об'єктивну обставину, що перешкоджає суб'єктові господарювання отримати ліцензію внаслідок «непереборної сили».

У низці випадків у законі вказуються обставини, які підтвер­джують відсутність вини правопорушника, що є підставою для незастосування до нього санкцій.

Наприклад, згідно з п. 16.5.1 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. за порушення строків зарахування податкових платежів до бюджетів (цільових фондів) з вини банку такий банк сплачує пеню за кожен день про­строчення в розмірах, встановлених для відповідного податку, збору (обов'язкового платежу). В цьому випадку вина банку є не тільки підставою застосування до нього адміністративно-господарських санкцій, але і підставою звільнення від таких санкцій безпосеред­нього платника податків.

У випадку відсутності обліку провини господарського право­порушника останній не може звільнитися від відповідальності, довівши відсутність своєї провини. Зокрема, провина правопо­рушника за загальним правилом не враховується при застосуванні оперативно-господарських санкцій згідно з ч. З ст. 235 ГК України. Підставою для застосування таких санкцій є один лише факт гос­подарського правопорушення (ч. 1 ст. 237 ГК).

При застосуванні господарських санкцій у вигляді стягнення збитків або штрафних санкцій відсутність обліку провини допус­кається як виняток, вказаний у законі або договорі.

Наприклад, при застосуванні відповідальності за порушення грошових зобов'язань правопорушник позбавляється можливості доводити відсутність своєї провини. Адже виконання грошового зобов'язання завжди об'єктивно можливе, завдяки замінності грошей як їх юридичній властивості. Згідно зі ст. 229 ГК (ст. 625 ЦК) учасник господарських відносин при порушенні ним грошових зобов'язань не звільняється від відповідальності зважаючи на не­можливість виконання.

ЦК України також передбачає у низці випадків відсутність об­ліку провини при застосуванні заходів відповідальності за ті або інші правопорушення. Зокрема, у сфері деліктних зобов'язань (ст.ст. 1173-1176 ЦК) шкода, заподіяна особі незаконними рішен­нями, дією або бездіяльністю публічного органу відшкодовується незалежно від провини цього органу або його посадової особи; спільне завдання шкоди в результаті взаємодії джерел підвищеної небезпеки (ст.ст. 1178,1179) тощо.

Це орієнтує на загальну тенденцію розширення в нових ЦК і ГК України тих складів правопорушень, відповідальність за які настає за відсутності обліку провини правопорушника.

## § 3. Порядок реалізації господарсько-правової відповідальності

Порядок реалізації господарсько-правової відповідальності — сукупність заходів і обставин, які необхідно здійснити і з'ясувати для застосування до правопорушника господарських санкцій.

Зокрема, при реалізації заходів відповідальності, окрім з'ясу­вання підстав і складу господарського правопорушення, суд повинен ураховувати терміни реалізації господарсько-правовОї відповідаль­ності, межі господарсько-правової відповідальності, можливість зменшення розміру відповідальності, можливість звільнення від відповідальності, дотримання правопорушником досудового по­рядку реалізації господарсько-правової відповідальності.

Терміни реалізації господарсько-правової відповідальності (термін давності) знаходять віддзеркалення в ст.ст. 223, 250, 322 ГК України і ст.ст. 257, 258 ЦК України, ст. 42 Закони «Про захист економічної конкуренції». Для застосування господарських санкцій у горизонтальних гос­подарських відносинах у вигляді відшкодування збитків і штрафних санкцій ГК України відсилає до застосування загальної і скороче­ної позовної давності, передбачених ст.ст. 257, 258 ЦК України. Водночас, окремі автори висловлюють думку про можливість за­стосування у сфері господарювання тривалішої позовної давності, передбаченої ч.ч. З і 4 ст. 258 ЦК України (п'ятирічна позовна давність стосовно вимог про визнання правочинів недійсними під впливом обману і насильства, і десятирічний — щодо вимог про за­стосування наслідків нікчемного правочину). Слід ураховувати, що триваліші терміни позовної давності можуть бути передбачені саме ГК України. Наприклад, позовна давність для вимог замовника за договором підряду на капітальне будівництво визначається в ст. 322 ГК від одного року до тридцяти років.

Скорочена позовна давність в один рік, застосовна в господар­ських відносинах, встановлюється для вимог:

1. про стягнення неустойки (штрафу, пені);
2. про спростування недостовірної інформації, поміщеної в засо­бах масової інформації;
3. про переклад на співвласника прав і обов'язків покупця при порушенні переважного права покупки частки в праві загальної пайової власності;
4. у зв'язку з недоліками проданого товару;
5. у зв'язку з перевезенням вантажу, пошта.

Для адміністративно-господарських санкцій ст. 250 ГК Укра­їни передбачає особливі строки застосування. Адміністративно- господарські санкції можуть бути застосовані до суб'єкта госпо­дарювання протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше ніж через один рік з дня порушення цим суб'єктом встановлених законодавчими актами правил здійснення господар­ської діяльності, окрім випадків, передбачених законом.

Зокрема, ст. 42 Закону України «Про захист економічної конку­ренції» від 11.01.2001 р. встановлений п'ятирічний строк давності застосування адміністративно-господарських санкцій за порушен­ня законодавства про захист економічної конкуренції, а за дії, що перешкоджають АМКУ в здійсненні його функцій, — трирічний.

ГК України передбачає межі господарсько-правової відпові­дальності і порядок зменшення розміру і звільнення від відпові­дальності. Зокрема, в ст. 219 встановлено, що за невиконання або неналежне виконання господарських зобов'язань або порушення правил здійснення господарської діяльності правопорушник відпо­відає належним йому на праві власності або закріпленим за ним на праві господарського відання або оперативного управління майном, якщо інше не передбачене ГК України та іншими законами.

Зокрема, згідно з ч. 7 ст. 77 ГК казенні підприємства несуть відповідальність за своїми боргами лише в межах належних їм ко­штів. При недостатності цих коштів держава в особі органу, в сферу управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства.

Засновники суб'єкта господарювання не відповідають за зобов'язаннями цього суб'єкта, окрім випадків, передбачених за­коном або установчими документами цього суб'єкта.

Наприклад, додаткова відповідальність учасників товариства з додатковою відповідальністю, повного і командитного товариства, членів виробничого кооперативу встановлена ст.ст. 80, 108 ГК Укра­їни. Аналогічна відповідальність виникає у холдингової компанії у випадку, якщо діями чи бездіяльністю такої компанії дочірнє підприємство доведене до банкрутства (п. 6 ст. 126 ГК України).

Обмеження, зменшення розміру або звільнення від відповідаль­ності господарського правопорушника допускається як виняток, який має бути передбачений у законі або договорі.

Поняття обмеження і зменшення відповідальності розрізня­ються.

Обмеження відповідальності є закріпленими в законі чи договорі зниженим обсягом відповідальності, який не залежать від обставин правопорушення.

Наприклад, перевізник відповідає за загибель вантажу в ме­жах його вартості, а упущена вигода потерпілого не враховується (ст. 314 ГК). Аналогічним чином обмежено стягнення упущеної вигоди за договорами на виконання науково-дослідних і дослідно - конструкторських робіт (ст. 900 ЦК). Хоча перший із вказаних випадків обмеженої відповідальності гостро критикується в літера­турі, то з другим більшість правознавців погоджується — творчий пошук наукової діяльності завжди пов'язаний з ризиками і повна відповідальність тут стримувала б наукові розробки.

Проте не допускається угода між сторонами договору про обме­ження їхньої відповідальності, якщо цей розмір визначений законом (ч. 5 ст. 225 ГК України).

Наприклад, за невиконання зобов'язання щодо своєчасного при­йому сільськогосподарської продукції безпосередньо у виробника контрактант сплачує виробникові штраф у розмірі п'яти відсотків вартості неприйнятої продукції, а також відшкодовує заподіяні збитки, а щодо продукції, яка швидко псується — повну її вартість (ч. 2 ст. 274 ГК). В даному випадку сторони договору не мають права пом'якшити негативні наслідки санкцій у порівнянні з вказаними в законі. В умовах економічної слабкості сільського господарства це служить державною гарантією прав сільгоспвиробників.

На відміну від даних положень ГК України для загально цивільних відносин ЦК України передбачає в аналогічній ситуації

нікчемність лише того правочину, який скасовує або обмежує відповідальність за умисне порушення зобов'язання (ч. З ст. 614 ЦК).

Зменшення розміру відповідальності (звільнення від відпові­дальності) правопорушника можливе у разі порушення будь-якого зобов'язання, але за наявності певних, вказаних у законі обставин.

Згідно з ч. З ст. 219 ГК України, якщо правопорушенню сприяли неправомірні дії (бездіяльність) іншої сторони зобов'язання, суд має право зменшити розмір відповідальності або звільнити відповідача від відповідальності.

Правила ст. 226 ГК України допускають зменшення розміру збитків. Зокрема, сторона, яка порушила своє зобов'язання або безумовно знає, що порушить його при настанні строку виконання, повинна негайно повідомити про це іншу сторону. У такому разі вона наділяється правом посилатися на неприйняття іншою стороною за­ходів щодо запобігання збиткам і вимагати відповідного зменшення розміру їх відшкодування.

Положення ст. 233 ГК України уточнюють порядок зменшення розміру штрафних санкцій. По-перше, суд має право зменшити розмір штрафних санкцій у випадку, якщо вони надмірно високі у порівнянні із збитками кредитора. При цьому повинно бути взято до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, що беруть участь у зобов'язанні; не тільки майнові, але й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу. По-друге, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір штрафних санкцій, що належать до сплати, якщо порушення зобов'язання не заподіяло збитки іншим учасникам господарських відносин.

Сторони зобов'язання можуть передбачити певні обставини, які, зважаючи на надзвичайний і невідворотний їхній характер, є під­ставою для звільнення правопорушника від господарсько-правової відповідальності (форс-мажорні обставини), а також порядок по­свідчення факту виникнення таких обставин (наприклад, шляхом надання висновку торговельно-промислової палати).

Підставою звільнення боржника від відповідальності є простро­чення кредитора, коли останній не виконав дії, до здійснення яких боржник не міг виконати своє зобов'язання, згідно зі ст.ст. 220 і 221 ГК України. Наприклад, пред'явлення векселя до платежу необхідне для здійснення платежу за векселем.

Слід ураховувати, що застосування господарських санкцій не звільняє правопорушника від виконання зобов'язання в натурі, крім випадків, передбачених законом чи договором, або відмови уповноваженої сторони від прийняття виконання (ч. З ст. 193 ГК).

ГК України передбачає вимоги до досудового порядку реалізації господарсько-правової відповідальності (ст. 222 ГК). На відміну від порядку, що існував раніше, чинний досудовий порядок врегулю­вання спору — право, а не обов'язок потерпілої сторони. Навпаки, для правопорушника — це обов'язок. Тобто, пред'явлена претензія має бути розглянута одержувачем в місячний строк з дня її одержан­ня. Інакше при поданні позову до суду сторона, що потерпіла, має право вимагати перекладення на іншу сторону держмита за подання позову, незалежно від результатів розгляду спору, керуючись по­ложеннями ч. 4 ст. 49 ГПК України.

## § 4. Господарські санкції приватноправового характеру

Господарська санкція у формі відшкодування збитків — най­важливіший захід господарсько-правової відповідальності.

Важко не погодитися з думкою професора В.С. Щербини про те, що відшкодування (компенсація) збитків, яке застосовується традиційно «за правом справедливості», є найбільш юридично уні­версальним і дієвим способом правового захисту потерпілої сторони в господарських правовідносинах.

Суть цієї санкції відбита в ст. 224 ГК України, яка передбачає, що учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або встановлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушено. Під збитками в цьому разі розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втра­та або пошкодження Ті майна, а також не одержані нею доходи, які управнена сторона отримала б у разі належного виконання зобов'язання або дотриманні правил здійснення господарської ді­яльності іншою стороною.

Вітчизняна і зарубіжна науково-правова література, присвя­чена питанням стягнення збитків, майже неосяжна. Відповідні дослідження проводилися представниками науки господарського, цивільного, адміністративного, фінансового та інших галузей права.

Як правило, стягнення збитків не є майновою санкцією завчасно визначеного розміру (хоча сторони і можуть його заздалегідь пого­джувати згідно з ч. 5 ст. 225 ГК України). Саме з цим пов'язується універсальність її застосування в горизонтальних і у вертикальних відносинах, в договірних і в позадоговірних зобов'язаннях. Будучи закріпленою в законі, така санкція не потребує договірного встанов­лення. Тим часом це непроста в застосуванні форма господарсько- правової відповідальності: складно довести факт заподіяння збитків і їх розмір (збитки можуть виникнути через значний проміжок часу, відсутня досконала методика розрахунку розміру збитків); необхідно довести наявність всіх чотирьох елементів складу право­порушення — протиправну поведінку особи, що заподіяла збитки, їх наявність, склад і розмір, причинний зв'язок між протиправною

поведінкою і заподіяними збитками, вину порушника (якщо інше не передбачене законом або договором).

Слід ураховувати, що поняття «збитки», яке вживається в юри­спруденції, дещо відрізняється від аналогічного поняття, яким оперує економічна наука і реальна господарська практика. На це звертав увагу, зокрема, В. І. Кофман, відзначаючи, що збитки як економічна категорія не обов'язково виникають в результаті право­порушення, наразі як категорія юридична збитки є негативними наслідками в майновій сфері потерпілого, що викликаються певною неправомірною поведінкою2. Іншою мовою, сума збитків у договір­ному праві відображає негативну різницю не у вартості майна (фі­нансовий результат діяльності) на кінець і початок певного періоду (що має місце в економіці), а у вартості майна, яке належить стороні, потерпілій від порушення контрагентом умов договору, в реальній дійсності, і очікуваною вартістю майна, яка могла б мати місце, якби боржник належним чином виконав свої договірні зобов'язання.

Особливості стягнення шкоди в сфері господарювання у порів­няння із положеннями ЦК загалом окреслені у Роз'ясненні «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшко­дуванням шкоди» від 01.03.94 р. в редакції Рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 29.12.2007 р. Зокрема, зазначається на необхідність «враховувати особливості стягнення збитків за завдану неправомірними діями шкоду, передбачені спе­ціальними нормами ГК України (частина третя статті 249, частіша перша статті 39, частина перша статті 163, частина перша статті 159, частина третя статті 162, частина друга статті 178, частина друга статті 216)», використання відповідних методик тощо.

Докладно питання особливостей стягнення збитків як господар­сько-правового делікту розглянуто в науковій літературі О.П. Под- церковним, С.Борвено, С. Теньковим тощо.

ГК України дає більш розгорнену характеристику складу і роз­міру збитків, ніж це робить ЦК України. Зокрема, ст. 225 ГК перед-

бачає, щодо складу збитків, які підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються:

* вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства;
* додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єк­там, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитки внаслідок порушення зобов'язання іншою стороною;
* неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, що зазнала збитки, мала право розраховувати у разі належного ви­конання зобов'язання другою стороною;
* матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, перед­бачених законом.

ГК України виходить із загального правила про повне відшко­дування збитків. Виняток з цього правила може бути передбачено законом або договором.

ГК України допускає затвердження Кабінетом Міністрів Укра­їни методики визначення розміру відшкодування збитків у сфері господарювання. Наприклад, така методика встановлена Постано­вою КМУ «Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству» від 05.12.96 р. № 1464. У разі відсутності відповідного акта КМУ може застосовуватися Тимчасова методика визначення розміру шкоди (збитків), заподіяна порушеннями госпо­дарських договорів, схвалена Держкомісією з економічної реформи Ради Міністрів СРСР 21.12.90 р.

Склад збитків, які підлягають відшкодуванню у внутрішньо­господарських відносинах, визначається відповідними суб'єктами господарювання — господарськими організаціями з урахуванням специфіки їхньої діяльності.

У ст. 226 ГК України визначаються умови і порядок відшкоду­вання збитків у сфері господарювання.

Зокрема, не підлягають відшкодуванню збитки, заподіяні право­мірною відмовою зобов'язаної сторони від подальшого виконання зобов'язання.

При невиконанні зобов'язання про передачу індивідуально- » визначеної речі (речей, визначених родовими ознаками) управнена сторона має право вимагати відбирання цієї речі (речей) у зобов'язаної сторони або відшкодування збитків. При невиконанні зобов'язання виконати певну роботу (надати послугу) управнена сторона має право виконати цю роботу само­стійно або доручити її виконання (надання послуги) третім особам, якщо інше не передбачене законом або зобов'язанням, і вимагати відшкодування збитків, заподіяних невиконанням зобов'язання. У разі заподіяння збитків одночасно декількома учасниками господарських відносин кожен з них зобов'язаний відшкодувати збитки суб'єктові, якому заподіяні збитки, в солідарному порядку відповідно до вимог ЦК України та інших законів.

Учасник господарських відносин, який відшкодував збитки, має право стягнути збитки з третіх осіб у порядку регресу. Державні (комунальні) підприємства за наявності підстав не тільки мають право, але і зобов'язані вжити заходи щодо стягнення збитків у порядку регресу з інших суб'єктів господарювання або стягнути збитки з винних працівників підприємства відповідно до вимог за­конодавства про працю.

Особливі правила передбачені в ст. 229 ГК України для відшко­дування збитків у разі порушення грошових зобов'язань. Учасник господарських відносин у цьому разі не звільняється від відповідаль­ності через неможливість виконання і зобов'язаний відшкодувати потерпілому збитки, а також сплатити штрафні санкції. У ст. 625 ЦК розмір відповідних збитків спеціально визначений — інфляційні втрати і три проценти річних від суми боргу, якщо інший розмір процентів не встановлено договором або законом. Для негрошових господарських зобов'язань закон передбачає загальне правило про те, що сплата штрафних санкцій зменшує розмір збитків.

Штрафні санкції у сфері господарювання є найпоширенішою формою господарсько-правової відповідальності.

Інститут штрафних санкцій є новелою ГК України (гл. 26). Як і багато інститутів господарського права, цей інститут виник завдя­ки особливій модифікації цивільно-правових (приватноправових) норм стосовно умов господарювання і їх послідовного насичення своєрідними публічно-правовими характеристиками. 6 даному ви­падку в понятті штрафних санкцій поєднуються спеціальні норми щодо цивільно-правової неустойки (штрафу, пені) для майново- господарських зобов'язань і своєрідні норми щодо штрафів (пені) для організаційно-господарських зобов'язань.

Поширеність штрафних санкцій пояснюється тим, що довести їх розмір, чітко визначений у законі або договорі, набагато простіше, ніж довести розмір збитків.

Штрафними санкціями згідно зі ст. 230 ГК України визна­ються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконанні або неналежному виконанні господарського зобов'язання.

Поняття штрафних санкцій уданому випадку ширше за поняття неустойки, оскільки в господарських відносинах зустрічаються штраф або пеня, які не можна віднести до такої договірної форми відповідальності. Наприклад, згідно зі ст. 52 Закону «Про госпо­дарські товариства» учасник зобов'язаний повністю внести свою

частку не пізніше року після реєстрації товариства. У разі неви­конання цього зобов'язання учасник, якщо інше не передбачене установчими документами, сплачує за час прострочення 10 відсотків річних із суми прострочення. Ці санкції на відміну від неустойки мають позадоговірну природу, оскільки покладаються на учасника господарського товариства адміністративним актом — статутом.

ГК України не дає визначення неустойки, пені і штрафу — від­повідні поняття передбачені в ст. 549 ЦК України. У свою чергу, поняття пені, наприклад, співвідноситься в ЦК з порушенням грошових зобов'язань. Проте, в ч. З ст. 6 ЦК передбачається, що сторони можуть відступити в договорі від положень цивільного законодавства, а, крім того, згідно зі ст. 231 ГК, де наведені за­гальні принципи обчислення штрафних санкцій, допускається використання пені для негрошових господарських зобов'язань. У результаті можна констатувати, що в господарських відноси­нах допускається застосування пені за прострочення виконання будь-яких зобов'язань, а не тільки грошових.

Поняття штрафних санкцій (ст.ст. 230-234 ГК) не співпадає з поняттям адміністративно-господарського штрафу (ст. 241 ГК).

Штрафні санкції є приватноправовою санкцією, а адміністра­тивно-господарський штраф — публічно-правовою санкцією. Ад­міністративно-господарський штраф застосовується уповноваже­ними органами державної влади або місцевого самоврядування, а штрафні санкції — за ініціативою інших учасників відносин у сфері господарювання. Адміністративно-господарський штраф стягується в дохід державного або місцевих бюджетів, а штрафні санкції — в дохід приватних бюджетів учасників господарських відносин.

Крім того, адміністративно-господарський штраф застосовується виключно за порушення тих правил здійснення господарської ді­яльності, які встановлені в законах України. Наразі штрафні санкції можуть застосовуватися, передусім, за порушення господарських зобов'язань, встановлених у договорах, і лише в окремих випадках — за порушення правил здійснення господарської діяльності у вну­трішньогосподарських і організаційно-господарських відносинах, встановлених у локальних актах і законодавстві.

Наприклад, Професійна футбольна ліга України накладає штрафні санкції на клуби, що входять до складу цього об'єднання за порушення положень локальних актів ліги, зокрема Регламенту Всеукраїнських змагань з футболу серед команд професійних клубів 2006/2007 років. Аналогічним чином штрафною санкцією, що ви­ходить за рамки неустойки, є штраф, що стягується господарським об'єднанням з підприємства — учасника об'єднання за порушення порядку узгодження цін, встановленого локальними актами госпо­дарського об'єднання.

Законом для окремих видів господарських зобов'язань може бути визначений розмір штрафних санкцій, зміна якого за погодженням сторін не допускається. Це правило ч. 1 ст. 231 ГК України означає, що сторонам заборонено змінювати в договорі розмір штрафних санкцій, вказаний у законі. Правильність такої точки зору підтвер­джується правилом ч. 4 ст. 231 ГК України про те, що «у випадку якщо розмір штрафних санкцій законом не визначений, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором». Виходить, що розмір штрафних санкцій, точно визначений у законі, не може бути не тільки зменшений, але навіть збільшений за угодою сторін. Це положення відрізняє штрафні санкції від інших заходів відпо­відальності згідно з ч. 6 ст. 225 ГК України.

Наприклад, згідно з ч. б ст. 29 Закону України «Про приватиза­цію державного майна» у разі недодержання покупцем обов'язку зі збереження впродовж визначеного у приватизаційній угоді періоду профілю діяльності приватизованого об'єкта покупець сплачує штраф у розмірі 10 відсотків вартості придбаного майна.

Але нерідко, у разі встановлення законом конкретних штрафних господарських санкцій, одночасно передбачається можливість їх перегляду в договорі. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 231 ГК України штрафні санкції за порушення грошових зобов'язань встановлю­ються у відсотках, розмір яких визначається обліковою ставкою НБУ, за весь час користування чужими грошовими коштами, якщо інший розмір відсотків не передбачений законом або договором.

При застосуванні цієї диспозитивності господарсько-правових норм, не можна виходити за рамки імперативних положень ч. 5 ст. 225 ГК України — штрафні санкції можуть бути лише збіль­шені у порівнянні із вказаним у законі розміром.

У свою чергу тут не виключається верхня межа розміру відпо­відальності. Зокрема, ч. 2 ст. 343 ГК України обмежує розмір пені, що стягується за порушення грошових зобов'язань, подвійною об­ліковою ставкою НБУ, що діяла в період прострочення.

Наведені обмеження на встановлення штрафних санкцій у гос­подарських відносинах істотно відрізняються від правил, встанов­лених для нарахування законної неустойки в загальноцивільних відносинах, — згідно з ч. 2 ст. 651 ЦК України сторони, як правило, можуть вільно змінювати розмір неустойки, встановлений в акті цивільного законодавства. Сторони можуть вільно збільшувати розмір неустойки, встановлений у законі, а обмеження договірної можливості на зменшення такого розміру вимагає спеціальної вказівки в законі.

У зв'язку з обмеженням верхньої межі пені, що стягується, за порушення грошових зобов'язань, слід ураховувати зміну облікової ставки НБУ в період прострочення для цілей розрахунку позовних вимог.

Наприклад, в 2007-2008 роках розмір облікової ставки НБУ не­одноразово змінювався. З 1 червня 2007 року по 1 січня 2008 року вона встановлювалася на рівні 8% (Лист НБУ від 17.05.2007р. №14-011/1150-5118). З 1 січня 2008 по 30 квітня 2008 року—на рівні 10% (Постанова НБУ від 29.12.2007 р. № 492), а з 1 травня 2008 — 12% (Постанова НБУ від 21.04.2008 р. № 107). Відповідно — розрахунок позову повинен містити розбиття сум пені, що стягуються, окремо за кожним періодом зміни облікової ставки НБУ впродовж усього пері­оду прострочення (про період стягнення йдеться нижче).

Цей порядок обчислення розміру пені відрізняється від поряд­ку розрахунку пені в податкових зобов'язаннях. Зокрема, згідно з п. 16.4.1. Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. пеня нараховується на суму податкового боргу із розра­хунку 120 відсотків річної ставки НБУ, що діяла на день виникнення податкового боргу або на день його погашення, залежно від того, яка з величин таких ставок є більшою, за кожен день прострочення в сплаті боргу. Тут при обчисленні пені її розмір не враховує динаміку зміни облікової ставки НБУ, а лише ґрунтується на максимальній обліковій ставці НБУ, що діяла в період прострочення.

Законодавчі обмеження щодо максимального розміру пені, що підлягає стягненню, стосуються тільки грошових зобов'язань і не розповсюджуються на санкції за невиконання інших договірних зобов'язань (передача продукції, виконання робіт тощо).

Розмір штрафних санкцій у сфері господарювання може бути встановлений договором у процентному відношенні до суми неви­конаної частини зобов'язання або в деякій, певній грошовій сумі, або в процентному відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або в кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг). При цьому може змінюватися період нарахування штрафних санкцій: бути одноразовим або періодичним.

ГК встановлює конкретні розміри штрафних санкцій лише для деяких правопорушень. Наприклад, у разі порушення господар­ського зобов'язання суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або виконання зобов'язання, що фінансується за рахунок Державного бюджету України, штрафні санкції застосовуються, якщо інше не передбачене законом або до­говором, в наступних розмірах (ст. 231 ГК):

* за порушення умов зобов'язання щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг) стягується штраф у розмірі 20 відсотків їх вартості;
* за порушення строків виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг) за кожний день прострочення, а за прострочення понад тридцять днів додатково стягується штраф у розмірі 7 відсотків їхньої вартості.

ГК України (ст. 232) встановлює презумпцію застосування замкових штрафних санкцій (залікової неустойки) в господар­ських відносинах, на відміну від штрафної неустойки в загальноцивільних відносинах згідно з положенням ЦК України (ч. 2 ст. 552). Тобто в господарських відносинах за загальним правилом збитки відшкодовуються в частині, не покритою неустойкою. У законі або господарському договорі визначаються випадки, коли допускається стягнення тільки штрафних санкцій (виняткова неустойка), або стягнення збитків понад штрафні санкції (штрафна неустойка), або стягнення штрафних санкцій або збитків за вибором кредитора (альтернативна неустойка). Прикладом служать штрафні санкції, що нараховуються за порушення грошових зобов'язань, де штрафні санкції стягуються понад збитки (ст. 229 ГК).

Нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання господарського зобов'язання, якщо інше не встановлене законом або договором, припиняється через шість місяців з дня, коли зобов'язання повинне було бути виконане (ч. б ст. 232 ГК України).

У даному випадку йдеться не про термін позовної давності — вона встановлюється ЦК України (ст. 258) в 1 рік для стягнення неустой­ки і 3 року для стягнення інших штрафних санкцій (наприклад, штраф із засновника за невчасне внесення внеску до статутного фонду підприємства). Йдеться про строки, які застосовуються в господарському праві для розрахунку суми штрафних санкцій. Ця сума, обчислена одного разу, розглядається як борг, який має ско­рочену позовну давність стягнення. У відносинах загальноцивільного характеру неустойка стягується за весь період прострочення в межах позовної давності.

Наприклад, у постанові колегії ВГСУ від 06.03.2007р. в справі № 5/206 витлумачено порядок обчислення пені за п. 6 ст. 232ГК України. По­чатком для нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання буде день, наступний за днем, коли воно мало було бути виконане. Нарахування штрафних санкцій продовжується впродовж шести місяців. За змістом п. 1 ч.2 ст. 258 ЦК України щодо вимог зі стягнення неустойки (штрафу, пені) передбачена спеціальна позовна давність в один рік. Частина 6 ст. 232 ГК України передбачає строк, в межах якого нараховуються штрафні санкції, а строк, впродовж якого особа може звернутися до суду за захистом порушеного права, встановлюється ЦК України.

Законні проценти за користування чужими коштами необхідно відрізняти від штрафних санкцій. Перші є платою за користування чужим капіталом. Нарахування законних процентів здійснюється за правилами ч. 2 ст. 625 ЦК України (раніше ст. 214 ЦК УРСР): боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Більшість учених дійшли висновку, що проценти, передбачені в ст. 625 ЦК, — особливого роду збитки кредитора від неправомірного користування іншою особою належними йому грошовими коштами. Розмір цих збитків заздалегідь встановлений у законі. Тому їх на­зивають законними процентами. Сплата боржником цих процентів неминуче зменшує збитки кредитора. Проте особа не позбавлена права доводити, що його збитки перевищують розмір законних процентів. Розмежування процентів і штрафних санкцій необхідно проводити зважаючи на різний їхній правовий режим — різна позо­вна давність, різні строки нарахування, різний порядок зменшення за рішенням суду тощо.

На відміну від неустойки проценти за неправомірне користування чужими коштами згідно з ч. 4 ст. 232 ГК, так само як і в загально- цивільних відносинах, стягуються по день сплати суми боргу креди­торові, якщо інше не встановлено законом чи договором.

Враховуючи вищезгадані особливості норм ГК України щодо грошових зобов'язань, можна навести наступну загальну формулу притягнення суб'єктів господарювання до відповідальності за по­рушення грошових зобов'язань: сума боргу плюс збитки (зокрема, проценти за ст. 625 ЦК України) за весь період прострочення плюс штрафні санкції за перші 6 місяців прострочення.

У практиці господарювання виникло запитання — як розра­ховувати проценти за статтею 625 ЦК України — нараховувати З відсотки річних на основну суму боргу або ж на суму боргу з урахуванням інфляційних втрат. Це запитання було вирішене на користь першого варіанта зважаючи на несправедливість нараху­вання санкції на санкції. До того ж це значно спрощує розрахунок відповідної грошової вимоги.

Зокрема, в постанові колегії Вищого господарського суду України від 19.07.2005р. М 43/1 за позовом ТОВ «Аверс» до Державного підпри­ємства «Укрпромводчормет» вказано, що «інфляційні і три проценти річних за своєю природою є різновидами цивільної відповідальності, внаслідок чого нарахування інфляції і трьох відсотків річних на суму збитків, тобто застосування одного виду відповідальності на підставі іншого, є неправомірним».

Вимогу щодо сплати штрафних санкцій за господарське право­порушення може заявити учасник господарських відносин, права або законні інтереси якого порушені, а у випадках, передбачених законом, — уповноважений орган, наділений господарською ком­петенцією»

Слід ураховувати можливість зменшення судом розміру неустой­ки, що стягується в господарських відносинах.

До прийняття нового ЦК і ГК України при реалізації судом по­ложень ст. 205 ЦК УРСР, п. З ст. 83 ГПК про зменшення розміру неустойки, яка підлягає стягненню з правопорушника, ситуація оцінювалася виходячи з низки критеріїв, вказаних Вищим арбі­тражним судом України. Зокрема, підлягало з'ясуванню, чи є даний випадок винятковим, виходячи з інтересів сторін, що заслуговують на увагу, ступінь виконання зобов'язання, причини неналежного ви­конання, чи відповідає розмір пені наслідкам правопорушення або добровільно усунено винною стороною його наслідки тощо (п. 2.4. роз'яснень ВАСУ № 02-5/293 від 29.04.94 р.).

Новий ГК України в ст. 233 майже в незмінному вигляді відтво­рює положення ст. 205 ЦК УРСР: «У разі якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредито­ра, суд має право зменшити розмір санкцій. При цьому повинно бути взято до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не «лише майнові, але й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу. Якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам гос­подарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій».

Водночас, важливо підкреслити низку новел. По-перше, об­ставина винятковості вже не є вирішальною при визначенні права суду на зменшення штрафних санкцій. По-друге, якщо в результаті правопорушення відсутні збитки учасників господарських відносин, то для зменшення розміру штрафних санкцій, що стягуються, до­статньо врахування інтересів одного ляше боржника.

Загалом такі новели повинні бути оцінені прогресивно. Гос­подарська сфера повинна слідувати принципам справедливості і розумної відповідальності, адже за «плечима» правопорушників суб'єктів господарювання не тільки майнові інтереси бізнесменів, але і виплати заробітних плат працівникам підприємств, зайнятість населення і соціальний спокій у країні загалом. Тому застосування штрафних санкцій у сфері господарювання завжди повинно мати зважений характер, не призводити до банкрутства суб'єктів підпри­ємництва. Даний аспект господарсько-правової відповідальності сповна вписується в специфічний у порівнянні із загальноцивільним регулюванням механізм.

Оперативно-господарські санкції як самостійний інститут права є новелою ГК України.

Згідно зі ст. 235 ГК України за порушення господарських зобов'язань до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин можуть застосовуватися оперативно- господарські санкції — заходи оперативного впливу на право­порушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку.

Оперативно-господарські санкції є винятком із загального пра­вила про неприпустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язання, закріпленого в ч. 7 ст. 193 ГК України.

Чи слід включати оперативні санкції в систему заходів юридичної відповідальності? На думку частини правознавців — В.П. Грібанова, М.С. Малеіна, М.О. Абрамова, С.М. Братуся та ін. — ці санкції не мають ознак державного примусу, обов'язкового для юридичної відповідальності, оскільки застосовуються самими суб'єктами господарювання.

Проте, більш прийнятною в сучасних умовах є точка зору О.М. Садікова, Г.В. Пронської, В.С. Щербини та інших, які оперативно-господарські санкції визнають формою господарсько- правової відповідальності. І ось чому.

Оперативні санкції наділені державним примусом у тому сенсі, що вони дозволяють потерпілому суб'єкту в односторонньому по­рядку, передбаченому договором, з мовчазної згоди держави засто­совувати до правопорушника заходи несприятливого характеру, не вдаючись до судових та інших державно-владних процедур. Це свого роду "делегований" примус, право на застосування якого охороня­ється державою. Таким чином, у порівнянні з іншими юридичними санкціями змінюється суб'єкт стягнення, але не природа самої санкції. Тому ці санкції не тільки за характером, але і за сутністю слід відносити до заходів юридичної відповідальності. Така точка зору набула ще більшу переконливість в умовах, коли ГК України в розділі V і ст. 217 прямо закріпив оперативно-господарські санкції серед заходів господарсько-правової відповідальності.

Оперативно-господарські санкції мають власні межі. До суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативно-господарські санкції, які передбачені догово­ром. Згідно зі ст. 237 ГК України у разі незгоди з застосуванням оперативно-господарських санкцій зацікавлена сторона може звернутися до суду із заявою про скасування таких санкцій і від­шкодування збитків. Оперативно-господарські санкції можуть за­стосовуватися одночасно з відшкодуванням збитків і стягненням штрафних санкцій.

У господарських договорах сторони можуть передбачити засто­сування різних видів оперативно-господарських санкцій. Деякі з них називає ст. 236 ГК України, а саме:

а) одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управненою стороною, із звільненням її від відповідальності за це — у разі порушення зобов'язання іншою стороною;

б) відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконане неналежним чином або достроково виконане боржником без згоди іншої сторони;

в) відстрочення відвантаження продукції або виконання робіт унаслідок прострочення виставлення акредитиву платником, при­пинення видачі банківських кредитів тощо;

г) відмова управненої сторони зобов'язання від прийняття по­дальшого виконання зобов'язання, або повернення кредитором в односторонньому порядку виконаного за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в безакцентному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо);

д) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додат­кових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, що порушила зобов'язання: зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг), переклад платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг) або на оплату після перевірки їх якості тощо;

е) відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, що порушує зобов'язання: наприклад, відмова від про­довження договору оренди.

Перелік оперативно-господарських санкцій, встановлений ГК України, не є вичерпним. Сторони можуть передбачити в договорі також інші оперативно-господарські санкції.

Зокрема, такою санкцією може виступити невигідна для право­порушника зміна іншою стороною умов зобов'язання. Наприклад, у кредитному договорі може бути передбачене право кредитора змен­шити чергову суму кредиту (траншу), якщо боржник несвоєчасно відзвітує про використання попереднього траншу тощо.

Підставою для застосування оперативно-господарських санкцій є лише факт господарського правопорушення. Вони застосову­ються стороною, потерпілою від правопорушення, в позасудовому порядку і без попереднього пред'явлення претензії порушнико­ві зобов'язання. Порядок застосування сторонами конкретних оперативно-господарських санкцій визначається договором.

Закон допускає застосування оперативно-господарських санкцій лише у тому випадку, коли на управненій стороні лежить певний обов'язок, який вона може відмовитися виконати, змінити або вимагати додаткових гарантій від боржника при порушенні ним своєї частини зобов'язання. Тому, коли зобов'язання управненою стороною вже виконано, вона має право застосувати тільки інші способи захисту.

Не є оперативними санкціями заходи з охорони свого майна, відмова від укладання договору, стосовно якого відсутні попередні домовленості, перевірка платоспроможності контрагента та інші заходи, які пов'язані із зобов'язанням управненої сторони.

Оперативно-господарські санкції слід розглядати як різновид самозахисту прав, які проголошені ст. 19 ЦК України.

Ця норма знаходить віддзеркалення у відповідних транспортних кодексах, статутах тощо. Для автомобільного перевізника такі об­ставини передбачені п. 133 САТ УРСР, а для пароплавства — п. 191 Статуту внутрішнього водного транспорту СРСР. До них належать: а) провина вантажовідправника (вантажоодержувача); б) особливі природні властивості вантажу, що перевозиться; у) дефекти тари або упаковки, які не могли бути виявлені за зовнішнім виглядом при прийнятті вантажу до перевезення; г) здача вантажу до перевезення без вказівки в товарно-транспортних документах його особливих властивостей, що вимагають особливих умов або запобіжних засобів для збереження вантажу при перевезенні або зберіганні; д) здача до перевезення вантажу, вологість або температура якого перевищують встановлені норми.

Відповідно до ст. 92 Повітряного кодексу України, перевізник несе відповідальність за втрату, нестачу або пошкодження вантажу з часу прийняття його для перевезення і до видачі одержувачу або передачі його відповідно до правил іншій установі (особі), якщо не доведе, що ним було вжито всіх необхідних заходів для запобігання заподіянню шкоди або що таких заходів неможливо було вжити. До того часу поки перевізник не доведе інше, вважається, що втрата, нестача чи пошкодження вантажу сталися під час перевезення.

Згідно з п. 113 Статуту залізниць України, залізниці несуть відповідальність у розмірі фактично заподіяного збитку, якщо не доведуть, що втрата, недостача, псування, пошкодження виникли з незалежних від них причин. Обов'язок зберігання, супроводу і охорони коштовних і небезпечних вантажів, перелік яких встанов­люється відповідними правилами, покладаються на відправника.

Підстави звільнення від відповідальності морського перевізника встановлені ст. 176 КТМ України. Перевізник відповідає за втра­ту, нестачу і пошкодження прийнятого для перевезення вантажу, якщо не доведе, що втрата, нестача або пошкодження сталися не з його вини, зокрема, внаслідок: дії непереборної сили; виникнення небезпеки і випадковостей на морі та інших судноплавних водах; пожежі, що виникла не з вини перевізника; рятування людей, су­ден, вантажів; дій або розпоряджень властей (затримання, арешт, карантин тощо); дій або упущень відправника або одержувача; прихованих недоліків вантажу, його властивостей або природних втрат, що не перевищують, однак, встановлених норм тощо. Під­ставою звільнення від відповідальності морського перевізника за незбереження вантажу слід визнати навігаційну помилку (ст. 177 КТМ): перевізник не відповідає за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, якщо доведе, що вони сталися внаслідок дій або упущень капітана, інших осіб суднового екіпажу і лоцмана в судноводінні або управлінні судном (навіть за наявності провини цих осіб). Від навігаційної помилки слід відрізняти комерційну помилку, яка не є підставою для звільнення перевізника від відповідальності за

незбереження вантажу. Під комерційною помилкою розуміють дії або упущення вказаних осіб, які спричинили втрату, нестачу або пошкодження вантажу, під час вантаження, розміщення, вивантаження або здачі вантажу.

Таким чином, перевізник відповідно до законодавства України повинен довести відсутність своєї провини для звільнення від від­повідальності за втрату, нестачу, пошкодження вантажу шляхом посилання на одну з вказаних обставин, передбачених транспорт­ним законодавством. Але в окремих випадках діє презумпція невинуватості перевізника, тобто тягар доведення провини перевізника покладений на вантажоодержувача або вантажовідправника. Такі випадки передбачені, наприклад, у ст. 178 КТМ: нестача вантажу, що прибув у порт призначення. Перевізник не відпо­відає за нестачу вантажу, що прибув у порт у справних суднових приміщеннях, ліхтерах, контейнерах із справними пломбами відправника, у цілій і справній тарі, у супроводі провідника, від­правника або одержувача, якщо тільки одержувач не доведе, що нестача вантажу сталася з вини. Аналогічні положення містяться в п. 111 Статуту залізниць України, розд. 20 Правил повітряних перевезень вантажів, п. 134 САТ УРСР, п. 192 Статуту внутріш­нього водного транспорту СРСР.

Особливістю відповідальності перевізника вантажу, встанов­леної в ст. 314 ГК, є її обмежений характер, тобто відшкодуванню підлягають лише фактичні збитки, які виникли підчас перевезен­ня (реальний збиток). Відповідальність перевізника обмежується розміром вартості втраченого або бракованого вантажу - в разі втрати або нестачі вантажу; розміром суми, на яку зменшилася його вартість, — в разі пошкодження вантажу; розміром оголошеної цінності, якщо не буде доведено, що вона нижча за дійсну вартість вантажу — в разі втрати вантажу, наданого до перевезення з оголо­шенням його цінності.

Відповідно до ч. 6 ст. 306 ГК України, відносини, пов'язані з перевезенням пасажирів та багажу, регулюються Цивільним ко­дексом України та іншими нормативно-правовими актами. Відпо­відно до статті 908 ЦК України перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти здійснюється за договором перевезення, укладення якого є обов'язковим. Якщо із закону, інших нормативно-правових актів або ліцензії, виданої юридичній особі, випливає, що воно повинне здійснювати перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти за зверненням будь-якої особи, таке перевезення вважа­тиметься перевезенням транспортом загального користування. Договір перевезення транспортом загального користування є пу­блічним договором.

## § 3. Договори фрахтування та транспортної експедиції

Суб'єкти господарювання, що беруть участь у правочинах постав­ки, зазвичай не мають у своєму розпорядженні власних транспортних засобів, аби самостійно виконувати доставлення вантажів. Як прави­ло, покупці вдаються до послуг професійних перевізників — власни­ків транспортних засобів, купуючи у них послуги з доставки товару (транспортні послуги). Правочин купівлі-продажу транспортних послуг, в широкому сенсі, прийнято називати фрахтуванням.

Ця операція оформляється особливими документами: договором фрахтування ( Contract of Affreightment;), який зазвичай називається чартером (Сharter Раrtу), якщо наймається ціле судно; договором перевезення вантажу (Contract of Carriage of Goods), що підтвер­джено коносаментом (Вill of Lading), якщо йдеться про несудову (невелику) партію вантажу, або транспортною накладною.

Умови перевезення вантажів окремими видами транспорту визначаються транспортними кодексами, статутами та іншими нормативно-правовими актами (ч. 5 ст. 307 ГК)

Відповідно до ст. 912 ЦК, за договором чартеру (фрахтування) одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати другій стороні (фрахтувальникові) за плату всю або частину місткості в одному чи кількох транспортних засобах на один або кілька рейсів для переве­зення вантажу, пасажирів, багажу, пошти або з іншою метою, якщо це не суперечить закону та іншим нормативно-правовим актам.

Відповідно до ст. 203 КТМ України за договором чартеру (фрахту­вання) судна на певний час судновласник зобов'язується за обумов­лену плату (фрахт) надати судно фрахтувальнику для перевезення пасажирів, вантажів та для інших цілей торговельного мореплавства на певний час.

Чинне законодавство встановлює два види фрахтування мор­ських суден:

1. тайм-чартер — це фрахтування судна, за умовами якого судно може бути укомплектоване екіпажем;
2. бербоут-чартер — фрахтування, за умовами якого судно не споряджається і не укомплектовується екіпажем.

Договір фрахтування судна на певний час має бути укладений у письмовій формі. Наявність і зміст договору фрахтування судна на певний час можуть бути доведені виключно письмовими доказами. У договорі фрахтування судна на певний час мають бути вказані: найменування сторін договору, назва судна, його технічні і експлу­атаційні дані (вантажопідйомність, вантажомісткість, швидкість тощо), район плавання, мета фрахтування, розмір фрахту, строк дії договору, місце прийому і здача судна.

Відповідно до ст. 61 Повітряного кодексу України, чартерне повітряне перевезення виконується на підставі договору чартеру (фрахтування повітряного судна), за яким одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати іншій стороні (фрахтувальнику) за плату всю місткість одного чи кількох повітряних суден на один або кілька рейсів для повітряного перевезення пасажирів, багажу, вантажу і пошти або для іншої мети, якщо де не суперечить чинному законо­давству України.

Також чинним законодавством України передбачена можливість укладення договору оренди транспортного засобу (ст.ст. 283-292 ГК, 798-805 ЦК).

У чому ж відмінність договору чартеру (фрахтування) від дого­вору оренди транспортного засобу?

При укладенні договору оренди наймодавець передає наймачеві транспортний засіб, а в разі договору чартеру (фрахтування), відпо­відно до ст. 912 ЦК, фрахтувальник отримує не транспортний засіб, а лише всю або частину місткості в одному або декількох транспорт­них засобах на один або декілька рейсів. Проте, за договором фрах­тування морських суден фрахтувальникові надається на певний час саме судно для цілей торговельного мореплавства (ст. 203 КТМ).

Як і в договорі фрахтування, договором оренди транспортного засобу може бути встановлено, що воно передається в оренду з екі­пажем, який його обслуговує, або без екіпажа. Крім того, сторони договору найму можуть домовитися про надання наймодавцем комп­лексу послуг наймачеві для забезпечення належного використання транспортного засобу.

Статтею 799 ЦК України встановлена обов'язкова письмова форма договору найму (оренда) транспортного засобу. Крім того, у випадку, якщо стороною такого договору є фізична особа, договір підлягає нотаріальному посвідченню.

Договором, який сприяє перевезенню вантажів, є договір тран­спортної експедиції. Відповідно до ст. 316 ГК, ст. 9 Закону України "Про транспортно-експедиційну діяльність» від 01.07.2004 р., за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) ви­конати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу.

Договір транспортної експедиції є консенсуальним, двосторон­нім; оплатним; укладається у письмовій формі. Конкретні умови, види транспортно-експедиторських послуг встановлюються дого­вором транспортної експедиції.

За договором транспортної експедиції експедитор може надавати як основні, так і додаткові послуги. До основних послуг входять: організація перевезення вантажу транспортом і за маршрутом, вибраним клієнтом або самим експедитором; укладення договору перевезення вантажу; забезпечення відправлення і одержання вантажу тощо. Причому, при укладенні договору перевезення екс­педитор може діяти як від свого імені, так і від імені клієнта. До додаткових послуг за договором транспортної експедиції входить перевірка кількості і стану вантажу, його завантаження і виван­таження, сплата митних платежів, зборів і витрат, покладених на клієнта, зберігання вантажу до його одержання в пункті призна­чення, отримання необхідних для експорту і імпорту документів, виконання митних формальностей і т. д.

У ст. 8 Закону України «Про транспортно-експедиторську ді­яльність» передбачені види експедиторських послуг. Експедитори за дорученням клієнтів:

1. забезпечують оптимальне транспортне обслуговування, а також організовують перевезення вантажів різними видами транспорту територією України та іноземних держав, окрім трубопровідного транспорту відповідно до умов договорів (контрактів), укладених відповідно до вимог Міжнародних правил щодо тлумачення термінів «Інкотермс»;
2. фрахтують національні, іноземні судна та залучають інші транспортні засоби і забезпечують їхню подачу в порти, на залізничні станції, склади, термінали або інші об'єкти для своєчасного відправлення вантажів;
3. здійснюють роботи, пов'язані з прийманням, накопиченням, подрібненням, доробкою, сортуванням, складуванням, збері­ганням, перевезенням вантажів;
4. ведуть облік надходження та відправлення вантажів з портів, залізничних станцій, складів, терміналів або інших об'єктів;
5. організовують охорону вантажів під час їх перевезення, пере­валки та зберігання;
6. організовують експертизу вантажів;
7. здійснюють оформлення товарно-транспортної документації та її розсилання за належністю;
8. надають в установленому законодавством порядку учасникам транспортно-експедиторської діяльності заявки на відправ­лення вантажів та наряди на відвантаження;
9. забезпечують виконання комплексу заходів з відправлення вантажів, що надійшли в некондиційному стані, з браком, у пошкодженій, неміцній, нестандартній упаковці або такій, що не відповідає вимогам перевізників;
10. здійснюють страхування вантажів та своєї відповідальності;
11. забезпечують підготовку та додаткове обладнання транспорт­них засобів і вантажів згідно з вимогами нормативно-правових актів щодо діяльності відповідного виду транспорту;
12. забезпечують оптимізацію руху матеріальних потоків від ван­тажовідправника до вантажоодержувача з метою досягнення мінімального рівня витрат;
13. здійснюють розрахунки з портами, транспортними організа­ціями за перевезення, перевалку, зберігання вантажів;
14. оформляють документи та організовують роботи відповідно до митних, карантинних та санітарних вимог;
15. надають підготовлений транспорт, який має додаткове об­ладнання згідно з вимогами, передбаченими законодавством;
16. надають інші допоміжні та супутні перевезенням транспортно- експедиторські послуги, що передбачені договором транспорт­ного експедирування і не суперечать законодавству.

Якщо експедитор виступає перевізником вантажу, то він пови­нен мати відповідну ліцензію на надання послуг з перевезення, крім випадків, коли експедитор здійснює перевезення не самостійно, а залучає транспортні організації.

До основних обов'язків клієнта входять надання експедиторові документів та іншої інформації про властивості вантажу, умови його перевезення, інформацію, яка необхідна для виконання екс­педитором обов'язків, передбачених договором, а також довіреності, якщо вона є необхідною для виконання обов'язків експедитором.

У свою чергу, експедитор має право залучати для виконання своїх обов'язків інших осіб, відкласти виконання своїх обов'язків договору до надання документів і інформації в повному обсязі тощо.

## § 4. Публічно-правові вимоги до транспортної діяльності та перевізника

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» надання послуг з перевезення ван­тажів автомобільним транспортом (з врахуванням особливостей, визначених Законом України «Про автомобільний транспорт»), а також надання послуг з перевезення вантажів повітряним транспор­том, річковим транспортом, морським транспортом, залізничним транспортом, транспортування нафти і нафтопродуктів магістраль­ним трубопроводом, транспортування природного і нафтового газу трубопроводами і його розподіл, підлягають ліцензуванню.

Іншими словами, ліцензується не в цілому транспортна діяль­ність, а лише надання послуг у сфері перевезення і транспортної діяльності. Тому у разі, коли суб'єкт господарювання здійснює транспортування власних вантажів, така діяльність не вимагає ліцензування.

Оскільки основною дійовою особою в господарській діяльності з перевезення вантажів є перевізник, зупинимося детальніше на особ­ливостях його правового статусу, які залежать від виду транспорту.

Перевізник автомобільного вантажного транспорту. Особли­вість правового статусу перевізника автомобільного вантажного транспорту визначена Законом України «Про автомобільний тран­спорт» . Відповідно до ст. 59 цього Закону вантажним перевізником є суб'єкт господарської діяльності, який відповідно до законодавства і отриманої ліцензії надає послуги згідно з угодою про перевезення вантажу автомобільним транспортом загального користування який використовується ним на законних підставах. Вантажні пере­візники на внутрішніх перевезеннях здійснюють також комплекс допоміжних операцій. До вантажного перевізника ставляться певні вимоги.

При перевезенні вантажів автомобільним транспортом загально­го користування у внутрішньому повідомленні перевізник повинен мати при собі наступні документи:

1. вантажний перевізник — ліцензію і документ, що засвідчує використання автомобільного транспортного засобу на за­конних підставах, а вантажний перевізник, який є одночасно водієм, — також визначені законодавством документи на вантаж, реєстраційні документи на автомобільні транспортні засоби, посвідчення водія, документ встановленого зразка про проходження медичного огляду;
2. водій, який працює на умовах найму, — визначені законодав­ством документи на вантаж, посвідчення водія, реєстраційні документи на транспортний засіб, дорожній лист, документ встановленого зразка про проходження медичного огляду, страховий поліс про страхування цивільно-правової відпо­відальності перед третіми особами.

Автомобільні транспортні засоби, які використовуються для надання послуг з перевезення вантажів, повинні мати ліцензійну картку.

Перевізник вантажного залізничного транспорту має особ­ливий правовий статус, визначений Законом «Про залізничний транспорт», Статутом залізниць України, Ліцензійними умовами здійснення господарської діяльності за поданням послуг з перевезен­ня пасажирів, вантажів залізничним транспортом, затвердженими спільним наказом Держкомпідприємництва і Мінтрансу № 85/363 від 08.06.2001р.

Вантажним перевізником залізничного транспорту є залізни­ця. Відповідно до ст. 1 Закону «Про залізничний транспорт» за­лізниця — статутне територіально-галузеве об'єднання, до складу якого входять підприємства, установи та організації залізничного транспорту і яке, при централізованому управлінні, здійснює пере­везення пасажирів та вантажів у визначеному регіоні транспортної мережі. На сьогоднішній день встановлено шість залізниць: Пів­денна, Південно-західна, Львівська, Донецька, Одеська, Придні­провська.

Таким чином, залізничним вантажним перевізником є суб'єкт господарської діяльності, який відповідно до законодавства Укра­їни, сертифіката відповідності (виданим органом по сертифікації Міністерства транспорту і зв'язку України, який визначений у Положенні про сертифікаційну діяльність на залізничному

транспорті України, затвердженому наказом Мінтрансу України від 01.06.98 р.) і отриманої ліцензії надає послуги відповідно до договору перевезення вантажу залізничним транспортом, який використовується ним на законних підставах.

Перевізник морського вантажного транспорту і вантажного внутрішнього флоту. Особливості правового статусу перевізника морського вантажного транспорту і вантажного внутрішнього флоту визначені КТМ, Ліцензійними умовами здійснення господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів річковим, морським транспортом, які затверджені спільним на­казом Держкомпідприємництва і Мінтрансу України № 11/50 від 30.01.2002 р.

Морським і водним вантажоперевізником є судновласник. Суд­новласником (відповідно до ст. 20 КТМ) є юридична або фізична особа, яка експлуатує судно від свого імені, незалежно від того, чи є вона власником судна, чи використовує на інших законних під­ставах (наприклад, на підставі договору бербоут-чартера судна).

Перевізник авіаційного вантажного транспорту. Згідно зі ст. 59 Повітряного кодексу України, повітряним перевізником визна­ється будь-яка юридична чи фізична особа, яка виконує повітряні перевезення, має права експлуатанта авіаційної техніки. Права експлуатанта авіаційної техніки підтверджуються сертифікатом експлуатанта. Сертифікат експлуатанта — юридичний документ, який видається відповідно до Правил сертифікації експлуатантів, що затверджені наказом Мінтрансу України від 29.05.98 р., і свідчить про те, що експлуатант відповідає вимогам Повітряного кодексу, вимогам вказаних правил і рекомендаціям Міжнародної організації цивільної авіації, Ліцензійним умовам здійснення гос­подарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів, вантажів повітряним транспортом, затвердженим наказом Держ­компідприємництва і Мінтрансу від 26.11.2001 р.

Відносно іноземних повітряних перевізників права експлуатан­та визнаються за документами, які видані компетентним органом відповідної зарубіжної держави і які відповідають вимогам між­народних договорів і угод, учасницею яких є Україна.

Ці вимоги не поширюються на перевезення, які здійснюються державними повітряними суднами.

Таким чином, повітряним вантажоперевізником є суб'єкт госпо­дарської діяльності, який відповідно до законодавства і отриманої ліцензії, сертифіката експлуатанта (окрім випадків, передбачених законодавством) надає послуги відповідно до договору перевезення вантажу авіаційним транспортом, який використовується ним на законних підставах.

Перевізник трубопровідного транспорту. Особливості пра­вового статусу перевізника трубопровідного транспорту визначаються Законом України «Про трубопровідний транспорт» та іншими нормативно-правовими актами України. Перевізником трубопровідного транспорту є суб'єкт господарської діяльності, який відповідно до законодавства надає послуги відповідно до до­говору про транспортування вуглеводнів, хімічних продуктів, води та інших продуктів і речовин з місць їх знаходження, видобутку, виготовлення або зберігання до місць їх переробки або споживання, перевантаження і подальшого транспортування трубопроводами, які використовуються ним на законних підставах. Для здійснення транспортування нафти, нафтопродуктів магістральним трубопро­водом, транспортування природного і нафтового газу трубопровода­ми і його розподілу перевізник повинен мати ліцензію згідно з п. 18 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності».

Контрольні запитання:

1. Дайте визначення транспорту і транспортної діяльності.

2. Які джерела правового регулювання транспортної діяльності і перевезення вантажів?

* 1. Охарактеризуйте договір перевезення вантажів і визначте його правову природу.
  2. Які документи підтверджують перевезення вантажів?
  3. У чому полягають публічно-правові обмеження відносно по­слуг з перевезення вантажів.
  4. Назвіть особливості правового статусу перевізників окремих видів транспорту.

# Розділ 16

# ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА

## § 1. Капітальне будівництво і його нормативно-правове регулювання

Будівельна галузь є однією з ключових галузей господарського комплексу країни. У її розвитку переплітаються виробничі, інвести­ційні, посередницькі, податкові та інші інтереси, вимоги до безпеки робіт і тісний взаємозв'язок з інститутами фінансових послуг. Все це зумовлює необхідність системного законодавчого забезпечення капітального будівництва. Між тим, незважаючи на значну кіль­кість нормативного матеріалу, що регулює капітальне будівництво, залишаються не визначеними терміни, які вживаються у будівель­ній галузі, присутня неоднозначність правових категорій, а в деякій мірі суперечливість закріплених правових дефініцій.

При цьому, значення правових термінів будівельного законодав­ства випливає із їхньої властивості відображати найбільш важливі сторони об'єктів та явищ дійсності. Будучи закріпленими на рівні законів та підзаконних нормативно-правових актах у формі слів, словосполучень, розкриваючи поняття за допомогою визначень, що являють собою логічну операцію, за допомогою якої ілюструється їх зміст, дефініції будівельного законодавства також є результатом текстової конструкції. Наприклад, у Законі України «Про основи містобудування» визначено, що «містобудування (містобудівна діяльність) — цілеспрямована діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, органі­зацій, громадян, об'єднань громадян зі створення та підтримання повноцінного життєвого середовища, яка включає прогнозування розвитку населених пунктів і територій, планування, забудову та інше використання територій, проектування, будівництво об'єктів містобудування, спорудження інших об'єктів, реконструкцію іс­торичних населених пунктів при збереженні традиційного харак­теру середовища, реставрацію та реабілітацію об'єктів культурної спадщини, створення ынженерної та транспортної інфраструктури. (ст 1.) В Законі України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.99 р. знаходимо: «Архітектурна діяльність — діяльність по створенню об'єктів архітектури, яка включає творчий процес пошуку архітектурного рішення та його втілення, координацію дій учасників розроблення всіх складових частин проектів з пла­нування, забудови і благоустрою територій, будівництва (нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту) будівель і споруд, здійснення архітектурно-будівельного контро­лю і авторського нагляду за їх будівництвом, а також здійснення науково-дослідної та викладацької роботи у цій сфері». Ці поняття та визначення стали базовими для будівельного законодавства.

Однак насиченість нормативно-правових актів дефініціями позбавляє їх гнучкості, заважає належному застосуванню, а між тим є ключові поняття, які взагалі не визначаються будівельним законодавством України. Наприклад, закони України «Про осно­ви містобудування» від 16.11.92 р., «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 р., «Про архітектурну діяльність» від 20.05.99 р. не дають нормативного визначення поняття капіталь­ного будівництва. Не вирішують це питання й положення ГК, не­зважаючи на застосування цього терміна в усіх статтях глави 33 «Капітальне будівництво».

Між тим, цей термін практично зустрічається у текстах законів України «Про інвестиційну діяльність», «Про державний матері­альний резерв», Постанові Кабінету Міністрів «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капі­тальному будівництві» тощо.

Постановою КМУ від 27.12.2001 р. «Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва» капітальне будівництво визначено як процес створення нових, а також роз­ширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підпри­ємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів (з урахуванням проектних робіт, проведення торгів (тендерів) у будівництві, консервації, розконсервації об'єктів, утри­мання дирекцій підприємств, що будуються, а також придбання технологічного обладнання, що не входить до кошторису об'єктів). Однак сфера застосування положень даної постанови — будівництво чітко окреслених об'єктів за рахунок коштів державного бюджету, а отже доцільно визначити загальне визначення поняття «капітальне будівництво» у Законі «Про основи містобудування».

У науковій літературі капітальне будівництво розглядають як галузь економіки, як галузь господарства, як коло робіт, як форму інвестиційної діяльності.

Зокрема, одні вчені вважають, що капітальне будівництво — це широке коло робіт, пов'язаних із створенням нових, відновленням, розширенням і вдосконаленням наявних об'єктів виробничого і не­виробничого призначення, що належать до основних фондів.

Вінник О. М. розглядає капітальне будівництво як форму інвес­тиційної діяльності, а саме: господарську діяльність з виробництва основних фондів народного господарства, яка полягає в здійсненні суб'єктами інвестиційної діяльності практичних дій відносно реа­лізації інвестицій у будівельну продукцію.

Поряд із цим, будівництво розглядається як галузь господарсько­го комплексу; архітектура — як мистецтво проектування, споруди і художнього оздоблення будівель, тобто будівельне мистецтво. Галузь капітального будівництва при цьому направлена на будів­ництво, розширення, реконструкцію і технічне переоснащення підприємств всіх галузей економіки.

Аналіз чинного будівельного законодавства, узагальнення на­укових підходів до правової категорії «капітальне будівництво» надають можливість встановити, що капітальне будівництво — це різновид діяльності суб'єктів господарювання, змістом якої є су­купність практичних дій, яка спрямована на забудову території, створення нових будівель, споруд, об'єктів виробничого і невиробни­чого призначення, об'єктів незавершеного будівництва (за винят­ком тимчасових споруд, кіосків, навісів і інших подібних споруд), пускових комплексів та реконструкції. Капітальне будівництво, як і інша господарська діяльність в окремих галузях господарювання, опосередковується низкою господарсько-правових договорів, зо­крема: на проектування, дослідницькі роботи, поставку, підряд, енергопостачання, купівлі-продажу тощо.

Об'єкти капітального будівництва розглядаються в широкому і вузькому значенні. У широкому розумінні йдеться про забу­дову території України, території її окремих адміністративно- територіальних одиниць (їх частин) і забудову на окремих земельних ділянках; комунікації і спорудження інженерної і транспортної інфраструктури; об'єкти архітектурної діяльності. У вузькому значенні — це будинки, споруди житлово-громадського, кому­нального, промислового та іншого призначення, їхні комплекси, об'єкти благоустрою, садово-паркової і ландшафтної архітектури, монументального і монументально-декоративного мистецтва.

Капітальне будівництво може здійснюватися суб'єктами госпо­дарювання в наступних формах: нове будівництво, реновація (роз­ширення, реконструкція і технічне переоснащення підприємств, що діють, будівель і споруд, тобто їх модернізація), реставрація (капітальний ремонт, консервація).

Нове будівництво — це форма капітального будівництва комп­лексу об'єктів новостворюваних підприємств, будівель і споруд, окремих виробництв, які зводяться на нових будівельних майдан­чиках і після введення в експлуатацію плануються бути виділеними на самостійному балансі.

Реновація — це відтворення основних фондів діючих підпри­ємств, будинків, споруд, яке поділяється на види: розширення діючих підприємств — будівництво на їхній або прилеглій до них території додаткових виробництв, нових окремих цехів і об'єктів або здійснення робіт щодо розширення існуючих на підприємствах цехів і об'єктів. До цього виду реновації належать також будівни­цтво структурних підрозділів (виробництв) підприємств, що діють, які після введення в експлуатацію не перебуватимуть на самостій­ному балансі. У вказаному вище Порядку державного фінансування капітального будівництва визначено, що розширення діючих під­приємств — це будівництво нових і розширення існуючих окремих цехів і об'єктів основного, підсобного і обслуговуючого призначення на території підприємств, що діють, з метою створення додаткових або нових виробничих потужностей.

Під реконструкцією традиційно розуміється комплекс буді­вельних робіт, пов'язаних з вдосконаленням виробництва і під­вищенням його техніко-економічного рівня на основі досягнень науково-технічного прогресу. Реконструкція об'єктів капітального будівництва ділиться на два види: реконструкції житлового фонду та реконструкції підприємств. Зокрема, відповідно до Закону України "Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарі­лого житлового фонду» від 22.12.2006 р. реконструкція житлового фонду — це перебудова житлового фонду з метою поліпшення умов проживання, експлуатації, зміни кількості жилих квартир, загаль­ної і житлової площі тощо, яка пов'язана із зміною геометричних розмірів, функціонального призначення, заміною окремих кон­струкцій, їх елементів, основних техніко-економічних показників або знесення застарілого житлового фонду в кварталі (мікрорайоні) і будівництво нового житлового фонду кварталу (мікрорайону). По­рядок державного фінансування капітального будівництва визначає реконструкцію діючих підприємств, як переустаткування діючих цехів і об'єктів основного, підсобного і обслуговуючого призначення без розширення існуючих будівель і споруд основного призначення і без збільшення чисельності працівників з одночасним поліпшен­ням умов їхньої праці і охорони природного довкілля, здійснюване з метою вдосконалення виробництва і підвищення його техніко- економічного рівня, збільшення виробничих потужностей, зміни номенклатури продукції і поліпшення її якості. Технічне переозбро­єння діючих підприємств, — комплекс заходів щодо підвищення техніко-економічного рівня окремих виробництв, цехів і ділянок.

У «Положенні про порядок реконструкції вбудованих, вбудовано-прибудованих і прибудованих приміщень в м. Одесі» від 17.04.2001 р. Одеська міська рада визначила під терміном «реконструкція» здійснення будівельних робіт із зміною одного з наступних параметрів приміщення:

* функціональне призначення приміщення;
* техніко-економічні показники: загальна, житлова площа, будівельний обсяг;
* зміна конструктивної схеми приміщення, у тому числі ула­штування дверних отворів замість вікон, створення отворів у капітальних стінах, демонтаж перегородок;
* збільшення навантажень на існуючі інженерні комунікації.

Реставрація, як форма капітального будівництва, поділяєть­ся на капітальний ремонт та консервацію. Капітальний ремонт будівлі слід розглядати як комплекс ремонтно-будівельних робіт, що передбачають заміну, оновлення і модернізацію конструкцій і обладнання будівель у зв'язку з їх фізичною зношеністю і руйнуван­ням, поліпшення експлуатаційних показників, а також поліпшення планування будівлі і благоустрою території без зміни будівельних габаритів об'єкта. Капітальний ремонт передбачає припинення на час виконання робіт експлуатації будівлі в цілому або її частин (за умови їх автономності). Реставрація — сукупність науково-обґрунтованих заходів щодо зміцнення (консервації) фізичного стану, розкриття найбільш характерних ознак, відновлення втрачених або пошко­джених елементів об'єктів культурної спадщини з забезпеченням збереження їх автентичності. Згідно з Положенням про порядок кон­сервації і розконсервації об'єктів будівництва, затвердженим Нака­зом Міністерства будівництва, архітектури і житлово-комунального господарства України № 2 від 21.10.2005 р., консервація об'єкта — комплекс робіт і заходів, пов'язаних із забезпеченням зберігання на певний довготривалий час об'єкта, на якому припинено будівництво, яке включає тимчасові і постійно діючі захисні або конструктивні заходи, які запобігають руйнуванню об'єкта.

Вивчаючи важливу для економіки нашої держави галузь гос­подарювання, слід зазначити, що містобудівна діяльність та без­посередньо капітальне будівництво регламентуються значним масивом нормативно-правових актів, які, на жаль, не мають чіткої системи, містять низку юридичних колізій. Так за останні роки нормативна база капітального будівництва на всіх її рівнях зазнала значних змін, з прийняттям законів України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16.09.2008 р. та «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25.12.2008 р. було внесено чимало змін до базових нормативних актів, які регулюють складну та обтяжливу документами дозвіль­ного характеру процедуру капітального будівництва.

Слід зазначити, що у дореволюційній Україні було відсутнє спе­ціальне будівельне або містобудівне законодавства. Найважливіші законодавчі акти того часу— «Городові положення» і «Будівельний статут» містили вельми наочні і диференційовані залежно від зна­чущості міста містобудівні норми, що реалізовувалися виконавчою владою.

Основи будівельного законодавства, закладені в період проведен­ня реформ 1861-1864 рр., за радянських часів не були збережені. Довгий час правове регулювання містобудування знаходилося в спільній компетенції Союзу РСР і союзних республік. Загальносо­юзне правове регулювання здійснювалося за допомогою урядових і відомчих нормативних актів. Республіканське містобудівне за­конодавство деталізувало загальносоюзні нормативні правові акти і пристосовувало їх до місцевих умов.

З проголошенням незалежності України нормативна база в сфері капітального будівництва зазнала реформування, яке на сучасному етапі продовжується шляхом внесення змін до діючих нормативно- правових актів та прийняття нових, поступово нарощуючи масив містобудівного законодавства.

Сучасну основу правового регулювання капітального будівництва складають нормативні акти, які визначають базові принципи капі­тального будівництва, основні характеристики правового статусу учасників капітального будівництва, порядок та способи здійснення капітального будівництва, Що поєднують як приватноправові, так і публічноправові норми. До приватноправового регулювання капі­тального будівництва належать інститути зобов'язання, власності, до публічноправого регулювання — засоби державного регулюван­ня, адже відносини у даній галузі господарювання є і приватнопра­вові і публічно правові, об'єднані одним об'єктом — економікою.

Отже, будівельне законодавство, яке складається з нормативно- правових актів, які регулюють відносини щодо організації та здій­снення капітального будівництва, включає в себе:

— кодекси: ГК (глава 33 «Капітальне будівництво », ст. 331 глави 34 « Правове регулювання інноваційної діяльності»; ЦК (глава 61 «Підряд», глава 62 «Виконання науково-дослідницьких або дослідно-конструкторських та технологічних робіт»; Земельний кодекс в аспекті питань щодо використання зе­мельних ділянок під забудову; КУпАП (глава 8 — щодо від­повідальності за адміністративні правопорушення у сфері будівництва( глава 13 — адміністративні правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції); закони України: Про основи містобудування від 16.11.92 р., «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 р., «Про архітектурну діяльність» від 20.05.99 р., «Про конце­сії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» від 14.12.99 р. (в редакції від 31.01.2009 р.), «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.91 р., «Про відповідальність підпри­ємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування» від 14.10.94 р,, «Про фінансово- кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003 р., «Про порядок прийняття рішень про розміщення, проектування, будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, які мають загально­державне значення» від 08.09.2005 р., «Про комплексну ре­конструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду» від 22.12.2006 р., «Про стандарти, технічні регламен­ти та процедури оцінки відповідності» від 01.12.2005 р., «Про екологічну експертизу» від 09.02.95 р. тощо; підзаконні нормативні акти, а саме: укази Президента Укра­їни «Про пріоритетні завдання у сфері містобудування» від 13.05.97 р., «Про заходи щодо вдосконалення державного ре­гулювання у сфері будівництва житла та стабілізації ситуації на первинному ринку житла» від 03.03.2006 р.; постанови Кабінету Міністрів: «Про затвердження Загальних умов укладення і виконання підряду в капітальному будівни­цтві» від 01.08.2005 р., «Про Порядок прийняття в експлуата­цію закінчених будівництвом об'єктів» від 08.10.2008 р. у ре­дакції від 20.05.2009 р., «Про затвердження Порядку надання вихідних даних для проектування об'єктів містобудування» від 20 травня 2009 р., «Про затвердження Порядку прове­дення державної експертизи містобудівної документації» від 20 травня 2009 року № 522 та від 20.05.2009 р. № 478, «Про порядок затвердження інвестиційних програм і про­ектів будівництва і проведення їх державної експертизи від 31.10.2007 р. (в редакції від 20.05.2009 р.), Деякі питання надання дозволів на виконання підготовчих і будівельних робіт від 30 вересня 2009 р. № 1104 тощо; відомчі нормативно-правові акти, зокрема: наказ Міністер­ства транспорту та зв'язку України «Про затвердження По­рядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів у сфері телекомунікацій» від 27.02.2006 № 180, наказ Мінрегіонбудом від 08.04.2009 № 145 «Про затвердження Переліку об'єктів, для затвердження проектів будівництва яких комплексний висновок державної експертизи не є обов'язковим», наказ Державного комітету будівництва, ар­хітектури та житлової політики № 273 від 05.12.2000 р. «Про затвердження Положення про порядок надання дозволу на ви­конання будівельних робіт», наказ Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 10.12.2008 р. № 575 «Про затвердження форми свідоцтва про відповідність збудованого об'єкта проектній документації, вимогам державних стан­дартів, будівельних норм і правил, заяви замовника об'єкта будівництва, акта готовності об'єкта до експлуатації» тощо. Серед відомчих нормативних актів слід зазначити державні будівельні норми (ДБН) України;

— регіональні та міські норми і правила, нормативно-правові акти, що конкретизують вимоги державних і галузевих буді­вельних норм у сфері містобудування, встановлюють загаль­ний для територій і населених пунктів області, Автономної Республіки Крим порядок планування, забудови та іншого використання територій і окремих земельних ділянок.

ГК України регулює договірні правовідносини у сфері підряду на капітальне будівництва, а ЦК України — в частині договору будівельного підряду і в цілому підрядно-договірних відносин. При цьому не можна казати про суперечність норм ГК про капітальне будівництво і норм ЦК про будівельний підряд, адже, по-перше, ЦК не регулює капітальне будівництво як вид господарської діяльності, а стосується виключно договірних стосунків. По-друге, це підтвер­джує практика господарських судів України, у сфері договірного права норми ЦК і ГК виступають як загальні і спеціальні. У разі, якщо капітальне будівництво здійснюється за участю суб'єктів господарювання — юридичних осіб і фізичних осіб — підприєм­ців —- застосовуються цілком договірні конструкції ГК про підряд на капітальне будівництво, а норми ЦК про будівельний підряд і в цілому про підряд застосовуються субсидіарно (у частині, не врегульованій положенням ГК).

## § 2. Правовий статус суб'єктів правовідносин з капітального будівництва

Суб'єктами правовідносин з капітального будівництва є суб'єкти, які володіють сукупністю господарських прав і обов'язків, необ­хідних для організації та здійснення капітального будівництва.

Залежно від правового статусу і функцій суб'єкти правовідносин з капітального будівництва слід розділяти на дві групи. До першої належать суб'єкти господарювання — юридичні особи, незалежно від організаційно-правової форми і форми власності, громадяни- підприємці, які безпосередньо беруть участь у будівельній діяль­ності: забудовники, інвестори, підрядники, підрядні організації, девелопери. До другої належить держава, яка діє в особі: вищих органів державної виконавчої влади; спеціально уповноваженого органу у сфері капітального будівництва, галузевих та інших ор­ганів державного управління, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування.

Залежно від функцій, які виконуватиме суб'єкт правовідносин з капітального будівництва, їх поділяють на забудовника, замовника, інвестора, підрядника, проектувальника, спеціаліста та ін.

Важливим учасником капітального будівництва є забудовник, особа, яка набула право на забудову земельної ділянки. Однак чин­не будівельне законодавство ототожнює поняття таких правових категорій як «забудовник» і «замовник», що, в свою чергу, вна­слідок різних економіко-правових функцій відповідних суб'єктів не можливо.

Зокрема, Законом України «Про внесення змін до деяких законо­давчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16.09.2008 р. забудовник розглядається як фізична або юридична особа, яка має у власності або у користуванні земельну ділянку і подала у встановле­ному законодавством порядку заяву (клопотання) щодо її забудови для здійснення будівництва або зміни (у тому числі шляхом знесення) об'єкта містобудування. Законом України «Про фінансово-кредитні •механізми і управління майном при будівництві житла і операції з нерухомістю» від 19.06.2003 р. визначено, що «забудовником може бути особа, яка згідно із законодавством має право на виконання функцій замовника будівництва для спорудження об'єктів будів­ництва та уклала договір з управителем». Отже, вищезазначені нормативні акти підходять до визначення «забудовника» через по­няття замовника, та різниця вбачається лише в об'єкті капітального будівництва.

Слід зазначити, що стаття 1 Закону України «Про архітектурну діяльність» категорію «забудовника» не ототожнює з категорією «замовника» і містить фундаментальний критерій, який відріз­няє забудовника від інших учасників капітального будівництва, а саме — наявність прав на земельну ділянку.

Забудовник є основним суб'єктом в двох правовідносинах. По-перше, забудовник — це особа, з якої починаються і на якому закінчуються всі права на здійснення будь-яких будівельних дій відносно земельної ділянки. По-друге, мотивація і дії забудов­ника зумовлюються перетином встановлених публічною владою обмежень і його власними спрямуваннями і планами. Тому забудовник — це суб'єкт господарювання, який на законних підставах отримав право власності або користування земельною ділянкою для здійснення капітального будівництва і виконує безпосередні дії, відносно об'єкта будівництва.

Не дивлячись на застосування поняття «замовник» в главі 33 ГК України, зміст цього поняття прямо не розкривається. Однак Його можна встановити з контексту окремих норм будівельного законо­давства. Відповідно до Постанови КМУ № 1764 від 27.12.2001 р. в редакції від 09.10.2009 р. «замовник — юридична або фізична особа, яка замовляє виконання робіт, поставку продукції, надання послуг, пов'язаних з капітальним будівництвом, організовує проведення торгів (тендерів), укладає договори (контракти), контролює хід будів­ництва та здійснює технічний нагляд за ним, проводить розрахунки за поставлену продукцію, виконані роботи, надані послуги, приймає закінчені роботи». У Постанові КМУ «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. поняття замовника звужується до сторони договору підряду, яка за власним рішенням або дорученням інвестора розміщує замовлення на виконання робіт (будівництво об'єкта), приймає закінчені роботи (об'єкт будівництва) та оплачує їх. Отже, поняття «замовник» і дія особи, визначеної цим поняттям, розкривається через проміжне положення між особою, якій переда­ється замовлення, і особою, від імені якої передається замовлення. Забудовник може вступати у правовідносини зі своїми підрядниками безпосередньо. В цьому випадку ми матимемо справу із забудовником і замовником в одній особі. Забудовник може в процесі будівництва обійтися без третіх осіб, наприклад, у тому випадку, коли забудов­ником є суб'єкт господарювання, основним видом діяльності якого є капітальне будівництво. В цьому випадку ми матимемо справу із «забудовником-замовником-підрядником» в одній особі.

Капітальне будівництво є господарською діяльністю, яка потре­бує значних затрат, у тому числі фінансових. Зазвичай капітальне будівництво здійснюється із залученням грошових коштів від юридичних або фізичних осіб, які виступають учасниками капі­тального будівництва та набувають статусу інвестора. Згідно з ч. 2 ст. 5 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.01.91р. інвестори — суб'єкти інвестиційної діяльності, які приймають рі­шення про вкладення власних, позичкових і залучених майнових та інтелектуальних цінностей в об'єкти інвестування.

Дане визначення базується на двох критеріях: а) чиї засоби ви­користовує інвестор; б) хто може бути інвестором. Інвестор може використовувати наступні засоби: власні, позичкові, залучені.

Забудовник, не маючи власних засобів, може використовувати залучені кошти, при цьому необхідно враховувати, що згідно зі ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» об'єктами інвестиційної діяльності не можуть бути об'єкти житлового будівництва, фінансування спорудження яких здійснюється з викорис­танням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридич­них осіб, у тому числі в управління. Інвестування та фінансування будівництва таких об'єктів може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, недержавні пенсійні фонди, які створені та діють відповідно до законодавства, а також через випуск безпроцентних (цільових) облігацій, за якими базовим товаром ви­ступає одиниця такої нерухомості. Вказана норма є імперативною і поширюється безпосередньо на інвестування і фінансування будів­ництва житлового фонду, у зв'язку з чим інвестиційний договір, який був основним договором, відповідно до якого відбувалося залучення грошових коштів на будівництво житла з 14 січня 2006 року, залишився за межами правового поля.

Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управ­ління майном при будівництві житла і операції з нерухомістю» від 19.06.2003 р. встановив загальні принципи, правові і органі­заційні принципи залучення коштів фізичних і юридичних осіб в управління з метою фінансування будівництва житла і особливості управління цими коштами.

До учасників капітального будівництва входять також підрядні організації, проектувальники, спеціалізовані організації. Правове положення підрядника і особливості підрядних стосунків, крім ГК і ЦК України, регламентує Постанова Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668 «Про затвердження Загальних умов укла­дення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві».

Функції підрядника у капітальному будівництві обумовлені тим, що згідно зі ст. 318 ГК він зобов'язується своїми силами і засобами на замовлення другої сторони (замовника) побудувати і здати замовни­кові у встановлений строк визначений договором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної документації або виконати зумовлені до­говором будівельні та інші роботи. Підрядник має право за згодою замовника залучати до виконання договору як третіх осіб субпід­рядників на умовах укладених з ними субпідрядних договорів, від­повідаючи перед замовником за результати їхньої роботи. У цьому випадку підрядник виступає стосовно замовника як генеральний підрядник, а стосовно субпідрядників — як замовник, що ще раз підтверджує тезу про те, що не може замовник ототожнюватися з поняттям забудовника і навпаки.

Закон України «Про архітектурну діяльність» розширює по­няття, визначене у Постанові Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» та до підрядників відносить архітектора, який проводить архітектурно- проектні роботи і виконує інші функції при проектуванні і будівни­цтві об'єктів. Закон визначає права і обов'язки архітектора, інших проектувальників і підрядників, пов'язаних з проектуванням і будівництвом об'єкта.

Отже, підрядниками є суб'єкти господарювання, які займаються капітальним будівництвом, здійснюють посередницькі, управлін­ські або інші функції, здійснюють підбір безпосередніх виконавців, укладають з ними контракти, координують їхню діяльність, за­безпечують безпосереднє виконання будівництва і здачу об'єктів в експлуатацію. Генеральний підрядник відповідає за виконання всього комплексу робіт, передбачених контрактом, за передачу їх замовникові і забезпечує координацію діяльності інших підрядни­ків. Головний підрядник відповідає за виконання частини робіт на об'єкті, здає їх генеральному підрядникові або замовникові і за­безпечує координацію діяльності субпідрядників. Субпідрядники виконують спеціальні і інші види робіт за договором з генеральним підрядником, головним підрядником або замовником.

Згідно зі ст. 17 Закону України «Про архітектурну діяльність», ст. 8 Закону України «Про основи містобудування», ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. господарська діяльність у сфері капітального будівництві підлягає ліцензуванню. При цьому слід зазначити, що Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» регламентує ліцензування виключно такого виду гос­подарської діяльності, як проектування, будівництво нових і рекон­струкцію існуючих меліоративних систем. Детально питання ліцен­зування капітального будівництва вирішені Постановою Кабінету Міністрів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності в будівництві» № 1396 від 05.12.2007 р.

Слід зазначити, що наказом Державної архітектурно-будівельної інспекції від 19.02.2008 р. № 24 затверджений «Перелік робіт про­ведення господарської діяльності, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури», де перераховані види господарської діяльності у сфері будівництва, що підпадають під ліцензійні процедури. У переліку будівельних робіт, що підлягають ліцензуванню, з'явилося декілька додаткових розділів та видів робіт. Зокрема, перелік доповнений розділом 4.00.00 «Інжинірингові роботи». Згідно з розділом 3.02.00 "Роботи з опорядженням конструкцій та устаткування» переліку ліцензійних будівельних робіт, ліцензію тепер повинні отримувати підприємці, які займаються будівельно-ремонтними роботами. Зо­крема, до переліку лізензуємих робіт входять: опорядження фасадів та приміщень (штукатурення); встановлення вікон, вітрин, вітра­жів, зенітних ліхтарів, дверей, воріт тощо; скління; облицювання приміщень, стель, підлог; улаштування покрівель; ліпні роботи; малярні роботи; шпалерні роботи. Отже, якщо вищеперелічені ро­боти буде здійснювати юридична особа або фізична особа — підпри­ємець у своїй підприємницькій діяльності, то придбавати ліцензію необхідно. Крім того, як і раніше, ліцензуються роботи з монтажу водопосточання, каналізації, теплового і гарячого водопостачання, газопостачання, електропостачання, електроосвітлення, зв'язку, сигналізації, радіо, телебачення.

Слід зазначити, що, не дивлячись на практику, що склалася, з 1 січня 2008 р. суб'єкти господарювання, що виконують функції генерального підрядчика в будівництві, повинні в обов'язковому порядку отримувати ліцензію.

Таким чином, види будівельних ліцензій можна умовно розді­лити на три групи: проведення інженерних досліджень з метою по­дальшого зведення об'єкта на досліджуваній ділянці, архітектурне проектування і безпосереднє зведення будівель і споруд.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про ліцен­зування певних видів господарської діяльності в будівництві» лі­цензування здійснює Державна архітектурно-будівельна інспекція (далі — ДАБІ). Міністерство регіонального розвитку і будівництва України наказом від 28.10.2008 р. № 486 затвердило «Положення про ліцензійну комісію Державної архітектурно-будівельної інспек­ції і її територіальних органах».

Ліцензії суб'єктам господарювання видаються при виконанні ними ліцензійних умов, передбачених Наказом Міністерства ре­гіонального розвитку та будівництва України від 27 січня 2009 року № 47 «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури».

Ліцензійні умови передбачають наявність організаційних, кваліфікаційних і технологічних вимог до осіб, що планують зай­матися будівельною діяльністю. Якщо всі ліцензійні умови дотри­мані, необхідно отримати експертний висновок. Експертизу щодо спроможності суб'єкта господарювання здійснювати будівельну діяльність здійснює низка організацій, визначених ДАБІ при Мініс­терстві регіонального розвитку і будівництва України. Експертний висновок готується протягом 25 днів відповідно до Методичних вказівок з підготовки експертного висновку щодо визначення здат­ності суб'єктів здійснювати господарську діяльність, пов'язану із створенням об'єктів архітектури, схвалених вирішенням колегії ДАБІ України від 14.12.2007 р. №7. Після закінчення цього тер­міну експерти повинні встановити, чи може ліцензіат здійснювати діяльність, пов'язану з будівництвом. Після отримання експертного висновку суб'єкт господарювання повинен звернутися до територі­альних органів ДАБІ з заявою про видачу ліцензії. Крім експертного висновку, до заяви додаються: належно завірені копії реєстрацій­ного свідоцтва і довідка про включення в Єдиний державний реєстр підприємств і організацій України (ЄДРПОУ), а також відомості про виробничо-технічну базу, склад працівників, технологію виробни­цтва, інформаційне і нормативно-правове забезпечення, наявність системи контролю над якістю виконання робіт.

Територіальний орган ДАБІ розглядає заяву протягом 10 робочих днів і направляє документи в територіальне відділення ліцензійної комісії, яка у свою чергу готує пропозицію про видачу ліцензії і протягом 10 робочих днів подає її в ДАБІ. Остання протягом трьох робочих днів оформляє ліцензію, яка видається заявникові.

Якщо йдеться про роботи підвищеної складності або виникли спірні питання, ДАБІ передає документи на розгляд Ліцензійної комісії, яка готує свій висновок протягом 7 робочих днів. Якщо рішення позитивне, ліцензія, як і в першому випадку, видається протягом трьох робочих днів. Отже, оформлення ліцензії може за­тягнутися на строк до 30 робочих днів.

Відповідно до нового порядку ліцензування будівельної діяль­ності перша ліцензія видається на 3 роки, повторна — на 5 років. Таке правило покликане полегшити діяльність компаній, що пра­цюють стабільно. Адже за статистикою, приблизно 40% суб'єктів господарювання не беруть повторні ліцензії, а побудувавши декілька об'єктів, просто припиняють діяльність.

На даний час статистика свідчить, що в зв'язку з новими прави­лами ліцензування, що вступили в силу з початку 2008 г., кількість ліцензій на ведення господарської діяльності у сфері будівництва і архітектури, виданих Державною архітектурно-будівельною ін­спекцією протягом січня-вересня 2008 р. скоротилася в порівнянні з аналогічним періодом 2007 року в три рази — до 2274 штук.

Таким чином, процедура оформлення ліцензії передбачає цілу низку заходів, які необхідно пройти суб'єктам господарювання, а саме — підготувати повний пакет документів; пройти обов'язкову виїзну експертну перевірку; подати заявку на отримання необхідної ліцензії в територіальному відділенні інспекції і пройти попередню комісію; захиститися перед засіданням експертної комісії.

Поряд з підрядними організаціями у правовідносинах з капі­тального будівництва значну роль відіграють проектні організа­ції, не дивлячись на договірну участь проектувальника в процесі капітального будівництва. Згідно з Державними будівельними нормами «Проектування. Склад, порядок розробки, узгодження і затвердження проектної документації для будівництва», які за­тверджені Наказом Держбуду України від 20.01.2004 р. № 8, проек­тувальник — це юридична особа або фізична особа — підприємець, які отримали ліцензію на право розробки проектної документації, або її окремих розділів. Окрім ліцензування, діяльність проекту­вальників не підлягає ні обов'язковому страхуванню, ні серти­фікації, як де загальноприйнято у деяких західноєвропейських країнах з метою мінімізації потенційних будівельних ризиків. Між тим, відповідно до ст. 891 ЦК України і ст. 324 ГК України на підрядників (проектувальників) покладається відповідальність за недоліки проектно-кошторисної документації, що виявлені в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта.

Взаємини між забудовником і проектувальником базуються на основі договору підряду на проведення проектно-досліджуваних робіт. При цьому відповідним договором може бути передбачено, що проектувальник може здійснювати як весь комплекс робіт без­посередньо, так і доручати виконання окремих елементів іншим проектувальним організаціям. У другому випадку він виступатиме генеральним проектувальником, який буде відповідальним перед замовником за результати робіт залучених ним проектувальних орга­нізацій. Саме тому проектувальника інколи ще називають проектним підрядником. До учасників правовідносин з капітального будівництва слід віднести спеціалізовані організації або спеціаліста. Відповідно до ч. 3 ст. 881 ГК України забудовник має право з метою здійснення контролю та нагляду за будівництвом і прийняття від свого імені відповідних рішень укласти договір про надання такого виду послуг із спеціалізованою організацією або спеціалістом. В разі залучення до підрядних стосунків у капітальному будівництві спеціалізованої організації (спеціаліста) її повноваження і функції визначаються в договорі підряду на капітальне будівництво. При цьому слід мати на увазі, що здійснення контролю і нагляду спеціалізованою організа­цією (спеціалістом) має певні обмеження: воно не може виходити за рамки закону, договору і прав, наданих забудовникові.

Девелопер — це відносно новий і раніше невідомий вітчизняній економіці учасник правовідносин з капітального будівництва. Ним є особа, що здійснює управління проектом від концепції до введен­ня об'єкта будівництва в експлуатацію. Іншим словами, девелопер звільняє забудовника від проблем забезпечення реалізації проекту будівництва. При цьому, в міжнародній практиці інтерес девелопера полягає швидше навіть не в будівництві об'єкта, а в отриманні прибутку від його подальшого комерційного використання (напр., частини прибутку від здачі в оренду). Існують дві схеми взаємин девелопера і забудовника: 1) девелопер не бере на себе фінансування проекту і працює за винагороду від вартості проекту. Його завдання зводиться до організації проектування за кошти інвестора, здобуття необхідних узгоджень, висновків, будівництва і введення об'єкта в експлуатацію. До всіх робіт він залучає відповідних спеціалістів але відповідальність за ведення всього проекту в цілому несе сам; 2) девелопер сам фінансує проект, керує процесом його реалізації і накінець отримує право власності на долю в побудованому об'єкті. Такий вид девелопмента є ризиковим, але при цьому і більш при­бутковим. З урахуванням того, що законодавство не визнає участь девелопера обов'язковим у процесі забудови і його відносини із за­будовником (інвестором) будуються лише на договірних основах, є всі підстави вважати його факультативним учасником капітального будівництва.

Слід зазначити, що в такому складному процесі як капітальне будівництво практично не можна обійтися без посередників. По суті,посередники є інфраструктурою будівельно-інвестиційного процесу, що забезпечує вирішення фінансових проблем учасників правовід­носин з капітального будівництва. Доценко-Белоус Н.А. пропонує посередників у капітальному будівництві підрозділити на групи:

1)банки і фінансові установи (надання кредитів і позик, органі­зація фондів фінансування будівництва та ін.);

2)інститути спільного інвестування (корпоративні і пайові ін­вестиційні фонди);

3)суб'єкти ринку цінних паперів (торговці цінними паперами, реєстратори, депозитарії);

4)суб'єкти ринку нерухомості.

При цьому, власне фінансування проектів капітального будівни­цтва забезпечують лише перша і друга з вказаних груп посередників. Останні групи або забезпечують дотримання законодавчо встанов­леної процедури переходу капіталу від інвесторів до забудовника (замовника) (суб'єкти ринку цінних паперів) або впливають на визначення вартості проекту і обсягів його фінансування (суб'єкти ринку нерухомості).

Необхідно звернути увагу, що деякі учасники правовідносин з капітального будівництва можуть виступати і як основні, і як фа­культативні суб'єкти будівельного процесу. Наприклад, управителі фондів фінансування будівництва, фондів операцій з нерухомістю (банки і фінансові установи), інститути спільного інвестування (КІФ), недержавні пенсійні фонди є обов'язковими суб'єктами правовідносин при будівництві житла за рахунок залучення коштів від фізичних і юридичних осіб. У останніх випадках ці суб'єкти будуть факультативними учасниками будівельного процесу, тобто необов' язковими.

У зв'язку з тим, що капітальне будівництво є потенційно небез­печним видом господарської діяльності, воно підлягає відповід­ному державному регулюванню з боку держави в особі її вищих органів державної виконавчої влади; спеціально уповноваженого органу у сфері капітального будівництва, галузевих та інших ор­ганів державного управління, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування. Згідно з Законом України «Про основи містобудування» державне регулювання містобудування (та капітального будівництва, яке є частиною містобудівної ді­яльності) включає: аналіз стану містобудування, прогнозування Його розвитку; підготовку, затвердження і реалізацію державних, регіональних і місцевих містобудівних програм, містобудівної до­кументації; координацію взаємодії учасників містобудівного про­цесу; проведення державної експертизи містобудівної документації і проектів конкретних об'єктів; розробку і затвердження державних стандартів, норм і правил; контроль за дотриманням містобудівного

законодавства, державних стандартів, норм і правил, містобудівної документації і проектів конкретних об'єктів та ін.

До органів державної влади, що застосовують засоби регулю­ючого впливу на капітальне будівництво, належать Міністерство регіонального розвитку і будівництва, ДАБІ, Державний комітет із земельних ресурсів, санітарно-епідеміологічна служба України, Державна екологічна інспекція, Державна інспекція а контролю за охороною і використанням земель, Державна інспекція з нагляду за охороною праці, Державна комісія з цінних паперів і фондового рин­ку, Державна комісія з регулювання ринку фінансових послуг і ін.).

До органів місцевого самоврядування — органи, які згідно з Конституцією і законами України управляють майном, яке пере­буває у комунальній власності, регулюють земельні відносини і здійснюють контроль за дотриманням містобудівного законодав­ства на відповідній території, вирішують інші питання місцевого значення, віднесені законом до їх компетенції, зокрема, Законом «Про місцеве самоврядування». Повноваження вказаних органів у цій сфері поділяються на власні і делеговані державою.

Залежно від умов здійснення капітального будівництва учасників вищевказаної групи пропонуємо класифікувати на основні і факуль­тативні. Наприклад, участь Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку України, Державної комісії з регулювання ринку фінансових послуг України не визнається обов'язковою при про­веденні капітального будівництва забудовником за власні кошти.

Законодавством визначені спеціально уповноважені органи містобудування і архітектури. До них належать: Міністерство регі­онального розвитку і будівництва України (далі — Мінрегіонбуд) і Міністерство з питань житлово-комунального господарства Украї­ни, які відповідно до Постанови КМУ «Про утворення Міністерства регіонального розвитку та будівництва України і Міністерства з питань житлово-комунального господарства України» № 323 від 01.03.2007 р. є правонаступниками Міністерства будівництва, ар­хітектури і житлово-комунального господарства України.

Зокрема, Мінрегіонбуд є головним органом у системі централь­них органів виконавчої влади з питань забезпечення реалізації державної регіональної політики і політики у сфері будівництва, архітектури і містобудування, а Міністерство з питань житлово- комунального господарства України є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з питань забезпечення реалі­зації державної політики у сфері житлово-комунального господар­ства і житлової політики. Відповідно до покладених завдань вказані органи готують пропозиції щодо формування державної політики в сферах будівництва, містобудування, архітектури, промисловос­ті будівельних матеріалів, житлово-комунального господарства і міського електричного транспорту, а також державної житлової політики; забезпечують розробку державних будівельних норм, затверджують їх і здійснюють реєстрацію цих норм; згідно з зако­нодавством організовують розробку, схвалення, зміну стандартів, порядків, норм і правил з питань будівництва, містобудування, архітектури, промисловості будівельних матеріалів, житлово- комунального господарства, міського електричного транспорту і затверджують їх відповідно до своїх повноважень; беруть участь у здійсненні архітектурно-будівельного контролю, державного контролю за плануванням, забудовою і іншим використанням те­риторій; забезпечують проведення комплексної державної експер­тизи інвестиційних програм, проектів будівництва, містобудівної документації і т. д.

Державна архітектурна будівельна інспекція (ДАБІ) є урядовим органом державного управління, яка діє у складі Мінрегіонбуду і йому підпорядковується. Відповідно до Положення про Державну архітектурно-будівельну інспекцію від 18.10.2006 р. основними завданнями ДАБІ є: участь у формуванні і реалізації державної по­літики у сфері архітектури і будівництва; виконання дозвільних, реєстраційних функцій і здійснення контролю і нагляду у сфері бу­дівництва, містобудування і архітектури (державний архітектурно- будівельний контроль). Безпосередньо ДАБІ розробляє і подає на розгляд Мінрегіонбуду: пропозиції відносно формування державної політики у сфері архітектури і будівництва, вдосконалення законо­давства з питань здійснення архітектурно-будівельного контролю; готує проекти відповідних нормативно-правових актів; видає забу­довникам і реєструє в установленому порядку дозвіл на виконання робіт відносно нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, благоустрою об'єктів містобудування, роз­ширення і технічного переоснащення підприємств; бере участь у роботі комісій з прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, а також у розслідуванні причин аварій на будівництві; проводить перевірку: відповідності виконання будівельних робіт, будівельних матеріалів, виробів і конструкцій вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил, технічним умовам, затвер­дженим проектним рішенням; своєчасності і якості проведення, передбачені нормативно-технічною і проектною документацією, зйомок, намірів, випробувань, а також ведення журналів робіт, паспортів, сертифікатів і іншої документації; наявності у виконавця будівельних робіт у передбачених законодавством випадках серти­фікатів на будівельні матеріали, вироби і конструкції; розглядає питання про правопорушення у сфері містобудування з ухваленням відповідних рішень і т. д.

Таким чином, враховуючи складну процедуру капітального будівництва, враховуючи засоби регулюючого впливу, правовідносини з капітального будівництва ~~ це комплексні відносини учасників даної галузі, врегульовані будівельним законодавством та господарськими договорами, змістом яких є організація та виконання будівельного процесу.

## § 3. Способи і стадії капітального будівництва

Залежно від того, ведеться капітальне будівництво власними силами забудовника або для цього залучаються сторонні спеціалізо­вані будівельні, монтажні та інші організації будівельного профілю, розрізняють три способи будівництва:

1)підрядний спосіб, коли будівництво здійснюється з залучен­ням спеціалізованих будівельних, монтажних і інших орга­нізацій будівельного профілю;

2)господарський спосіб, коли будівництво здійснюється влас­ними силами забудовника. Однак слід враховувати, що за­стосування господарського способу будівництва, якщо суб'єкт господарювання не отримав ліцензією, забороняєтеся;

3)змішаний спосіб, коли одна частина робіт здійснюється влас­ними силами забудовника (як правило, де загальнобудівельні роботи зі зведення будівель і споруд), а інша частина — силами сторонніх спеціалізованих організацій (санітарно-технічні і електротехнічні роботи, монтаж технологічного обладнання і т. д.).

Основний і найбільш поширений спосіб здійснення капітального будівництва — підрядний. Роботи цим способом здійснюються за до­говором підряду капітального будівництва (правова природа даного договору розглядається в наступному параграфі).

Здійсненням капітального будівництва складається з комплек­су взаємопов'язаних стадій, які мають свою процедуру, при якій завершення однієї стадії гармонійно переходить до наступної. До таких стадій належать:

* 1. вирішення питання забудови земельної ділянки, що складаєть­ся з двох етапів: отримання містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки, (розроблення містобудівного обґрунтування роз­міщення об'єкта) та отримання вихідних даних на проектування;
  2. здійснення проектно-досліджувальних робіт;
  3. отримання дозволу на виконання будівельних робіт (а в разі бажання дозволу на виконання підготовчих робіт);
  4. реалізація будівництва;
  5. прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта.

У свою чергу стадії, з яких складається здійснення капіталь­ного будівництва, умовно можна класифікувати на обов'язкові та факультативні. До обов'язкових належать: вирішення питання забудови земельної ділянки, отримання вихідних даних на про­ектування; здійснення проектно-дослідницьких робіт; отримання дозволу на виконання будівельних робіт; реалізація будівництва, прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта. До факультативних (необов'язкових) належить отримання дозволу на виконання підготовчих робіт.

Перша стадія — вирішення питання забудови земельної ділянки передбачає отримання забудовником від органів місцевого самовря­дування містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки, що встановлюються місцевими правилами забудови населеного пункту. Це документ, який містить комплекс містобудівних і архі­тектурних вимог до проектування і будівництва відносно поверхо­вості і щільності забудови земельної ділянки, відступу будинків і споруд від червоних ліній, меж земельної ділянки, 'її благоустрою і озелення та інші вимоги до об'єктів містобудування, регламенто­вані законодавством і затверджені містобудівною документацією.

Для отримання забудовником містобудівних умов і обмежень забудовник звертається до відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування з наміром забудови (земельної ділянки, території) — заявою (клопотанням) поданою відповідно до приписів статті 24 Закону «Про планування і забудову територій» щодо забудови земельної ділянки або певної території із зазначен­ням призначення будівлі, споруди та орієнтовних характеристик забудови.

Містобудівні умови і обмеження забудови земельної ділянки, отримані суб'єктами господарювання або затверджені рішенням відповідної місцевої ради, є підставою для переходу до наступного етапу першої стадії капітального будівництва — отримання інших вихідних даних для проектування об'єкта забудови земельної ді­лянки та здійснення цього проектування на умовах статті 27 Закону «Про планування і забудову територій».

Отримання вихідних даних на проектування регулюється за­конами України «Про дозвільну систему у сфері господарської ді­яльності», «Про рекламу», «Про планування і забудову територій», «Про архітектурну діяльність», Постановою КМУ від 20.05.2009 р. № 489 «Про затвердження Порядку надання вихідних даних для проектування об'єктів містобудування». Складовими частинами вихідних даних на проектування є містобудівні умови і обмежен­ня забудови земельної ділянки; технічні умови щодо інженерного забезпечення об'єкта містобудування; завдання на проектування. Єдина процедура розробки і надання забудовникам технічних умов щодо інженерного забезпечення об'єкта, склад вихідних даних на проектування, визначення розміру плати за їх видачу встановлю­ються Постановою КМУ від 20.05.2009 р. № 489 «Про затверджен­ня Порядку надання вихідних даних для проектування об'єктів містобудування ». Містобудівні умови і обмеження забудови земельної ділянки та технічні умови чинні до завершення будівництва об'єкта, але не менш як два і не більш як п'ять років. Між тим, на підставі вмотивованого висновку спеціально уповноваженого органу з пи­тань містобудування та архітектури можливо продовжити строк дії містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки та технічних умов.

Другою стадією капітального будівництва є проведення проект­но-досліджувальних робіт на будівництво, що здійснюється проект­ною організацією за замовленням забудовника згідно з вихідними даними на проектування з дотриманням вимог державних стан­дартів, норм і правил, регіональних і місцевих правил забудови і затверджується забудовником у встановленому законом порядку.

Проектування будівництва передбачає наявність проектної доку­ментації, яка розробляється для капітального будівництва на таких стадіях проектування: «ескізний проект», «техніко-економічне обґрунтування», «техніко-економічний розрахунок», «проект», « робочий проект », « робоча документація ».

Проектування може здійснюватися в один або два етапи. При проектуванні в один етап розробляється робочий проект із зведеним кошторисним розрахунком вартості будівництва. При проектуванні в два етапи розробляється спочатку проект із зведеним кошторисним розрахунком вартості будівництва (перший етап), а потім — робоча документація (другий етап), що складається на основі проекту після його затвердження в установленому порядку. Проектування в два етапи здійснюється при будівництві технічно складних об'єктів і за складних природних умов будівництва.

Проектна документація до її затвердження підлягає комплексній державній експертизі згідно з постановою КМУ від 20 травня 2009 року № 489 «Про затвердження Порядку надання вихідних даних для проектування об'єктів містобудування», від 20 травня 2009року № 522 «Про затвердження Порядку проведення державної експер­тизи містобудівної документації» та від 20.05.2009 р. № 478 «Про внесення змін до Постанови Кабінету Міністрів України «Про по­рядок затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва і проведення їх державної експертизи» від 31.10.2007 р. № 1269.

Експертиза — це завжди встановлення відповідності проекту пев­ним вимога, які відображаються у вихідних даних та нормативних документах. Загальний термін проведення державної експертизи не повинен перевищувати 45 календарних днів, а у випадках, пе­редбачених Законом України «Про екологічну експертизу», — 120 календарних днів. Програми і проекти підлягають незалежно від джерел фінансування обов'язковій комплексній державній експер­тизі (за винятком проектів будівництва об'єктів, для затверджен­ня яких згідно з Переліком об'єктів, для затвердження проектів будівництва яких комплексний висновок державної експертизи не є обов'язковим (наказ Мінрегіонбуду від 08.04.2009 р. № 145 зареє­стрований Міністерством юстиції 05.06.2009 р. за Хе 491/16507, щонабрав чинності 22 червня 2009 року). Наприклад, не потребують комплексної державної експертизи: капітальний ремонт виробничих споруд допоміжних виробництв, що належать підприємствам, без перепрофілювання, зміни конструктивної схеми та збільшення наван­тажень на несучі конструкції; об'єкти, що оснащуються системами біологічного очищення та утилізації; будівництво багатоквартирних житлових будинків з площею не більше 500 м2 з числом надземних поверхів до двох включно (в т. ч. мансардних); будівництво об'єктів контейнерного типу, зведення яких не потребує виконання робіт із улаштування фундаментів, з розміщенням обладнання транспортних мережотелекомунікацій, фіксованого, мобільного зв'язку, ефірного телебачення та мереж бездротового доступу.

У проектах будівництва об'єктів, наведених у Переліку об'єктів, для затвердження проектів будівництва яких комплексний ви­сновок державної експертизи не є обов'язковим (далі — Перелік), обов'язково проводиться:

* експертиза кошторисної документації об'єктів при фінансу­ванні будівництва за рахунок капітальних видатків державно­го бюджету. При здійсненні будівництва за рахунок видатків бюджету нижчого рівня та коштів державних підприємств така експертиза може здійснюватись за рішенням розпоряд­ника коштів;
* державна екологічна експертиза, державна експертиза з пи­тань санітарного та епідемічного благополуччя населення, охорони праці, енергозбереження та енергоефективності, пожежної, техногенної, ядерної та радіаційної безпеки у ви­падках, передбачених законодавством.

Відповідальність за дотримання законодавства з питань здійснен­ня державної експертизи несе замовник разом з проектувальником.

Причетність конкретного об'єкта до Переліку встановлюється безпосередньо учасниками будівництва без підтвердження будь- якою довідкою. Розбіжності з питань застосування Переліку учас­никами будівництва розглядаються Мінрегіонбудом в десятиденний термін.

Результатом державної експертизи проектної документації є ви­сновок про відповідність (позитивний висновок) або невідповідності (негативний висновок) проектної документації вимогам технічних регламентів.

Наступною, факультативною стадією у процесі капітального будівництва є отримання дозволу на виконання підготовчих робіт. Особливість даної стадії капітального будівництва полягає у тому, що суб'єкти господарювання, в даному разі забудовник, підрядник мають право виконувати дії щодо підготовки земельної ділянки, влаштуванні огородження будівельного майданчика та знесенні будівель і споруд, порушенні елементів благоустрою в межах від­веденої земельної ділянки під забудову» спорудженні тимчасових виробничих та побутових споруд, необхідних для організації і обслуговування будівництва, підведенні тимчасових інженерних мереж, улаштуванні під'їзних шляхів, складуванні будівельних матеріалів.

Дозвіл на виконання підготовчих робіт надається Державною архітектурно-будівельною інспекцією України та її територі­альними органами (далі — інспекції державного архітектурно- будівельного контролю) строком на один рік, в разі надання забудов­ником до письмової заяви: документа, що засвідчує право власності чи користування земельною ділянкою, або договору суперфіцію; містобудівних умов і обмежень забудови земельної ділянки; про­екту виконання підготовчих робіт, погодженого та затвердженого відповідно до вимог державних будівельних норм; документа про призначення відповідальних виконавців підготовчих робіт. Між тим, слід пам'ятати, що дозвіл на виконання підготовчих робіт не надає права його учасникам виконувати будівельні роботи.

Підставою для відмови в наданні дозволу на виконання підго­товчих робіт є:

* неподання документів, необхідних для прийняття рішення про надання такого дозволу;
* невідповідність поданих документів вимогам законодавства;
* наявність недостовірних відомостей у поданих документах.

Рішення про відмову в наданні дозволу на виконання підготов­чих робіт може бути оскаржено до суду в установленому законом порядку.

Інспекція державного архітектурно-будівельного контролю робить запис про наданий дозвіл на виконання підготовчих робіт у журналі реєстрації наданих, скасованих (анульованих) дозволів на виконання підготовчих робіт та відмови в їх наданні та в установ­леному порядку вносить відповідні відомості до реєстру наданих, скасованих (анульованих) дозволів на виконання підготовчих і будівельних робіт та відмови в їх наданні. Інформація про надані дозволи на виконання підготовчих робіт вноситься до реєстру до­кументів дозвільного характеру в установленому порядку.

У разі необов'язковості отримання дозволу на виконання підго­товчих дій — дозвіл на виконання будівельних робіт є обов'язковим документом дозвільного характеру, що засвідчує право замовника та підрядника на виконання підготовчих (якщо підготовчі роботи не були виконані раніше відповідно до дозволу на виконання підго­товчих робіт) і будівельних робіт, підключення об'єкта будівництва до інженерних мереж та споруд. Дозвіл на виконання будівельних робіт надається щодо об'єкта, проект будівництва якого затвер­джується Кабінетом Міністрів України,— Держархбудінспекцією; щодо об'єкта, який розташовується на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці,— територіальними ор­ганами Держархбудінспекції на строк будівництва об'єкта або на строк дії договору (контракту) підряду на будівництво об'єкта.

Порядок надання дозволу на виконання будівельних робіт пе­редбачений ст. 29 Закону України «Про планування і забудову те­риторій» , Постановою Кабінету Міністрів від 30.09.2009 р. №1104 «Деякі питання надання дозволів на виконання підготовчих і будівельних робіт» та Наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики № 273 від 05.12.2000 р. «Про затвердження Положення про порядок надання дозволу на ви­конання будівельних робіт». Зазначеними нормативними актами встановлено безоплатність дозволу на виконання будівельних робіт, місячний строк його видачі та вичерпний перелік підстав для від­мови у видачі та анулювання зазначеного дозволу. Після початку виконання будівельних робіт на об'єкті замовник зобов'язаний у семиденний строк письмово повідомити про це інспекцію держав­ного архітектурно-будівельного контролю, яка надала дозвіл на виконання таких робіт.

Виконання будівельних робіт на об'єктах містобудування без отримання дозволу або його завчасної перереєстрації або продов­ження, а також виконання не вказаних у дозволі будівельних робіт вважається самовільним і тягне за собою відповідальність відповідно до норм ЦК України і Закону України «Про відповідальності під­приємств, їх об'єднань, установ і організацій за правопорушення у сфері містобудування» від 14.10.94 р. в редакції від 03.02.2009 р.

Поряд із цим, Постановою Кабінету Міністрів України від 30.09.2009 р. № 1104 затверджений перелік будівельних робіт, на виконання яких не вимагається дозвіл, наприклад: упрова­дження на збудованих об'єктах систем біологічного очищення та утилізації, відновлення або посилення чи поліпшення окремих конструкцій будівель та споруд, зокрема таких, що перебувають в аварійному стані, без зміни їх функціонального призначення і архітектурного вигляду; реконструкція, розширення, технічне переоснащення та модернізація об'єктів телекомунікаційних ме­реж; капітальний ремонт залізничних пасажирських платформ, постів на залізничних переїздах площею забудови до 30 кв. метрів.

Порівнюючи процедуру видачі дозвільних документів Євро­пейського союзу (далі ЄС), слід зазначити, що відповідно до Регу­ляторного акта Ради (ЄС) № 1158/2005, яким вносяться зміни та доповнення до Регуляторного акта Ради від 19 травня 1998 року, отримання дозволу на будівництво вимагається як для житлових будинків, так і для нежитлових приміщень. Проте оскільки процес видачі дозволу у сфері будівництва, як правило, регулюється орга­нами міського самоврядування або регіональними органами влади, ЄС не пропонує будь-яких конкретних правил для видачі дозволів у сфері будівництва. Процедури видачі дозволів у сфері будівництва визначаються окремою країною. Четвертою стадією будівельного процесу є безпосередня реалі­зація будівництва із застосуванням одного із існуючих способів: підрядного, господарського або підрядно-господарського.

Кінцевою стадією капітального будівництва є введення закінче­ного будівництвом об'єкта в експлуатацію, яка нерозривно пов'язує завершення будівництва й експлуатацію об'єкта, якій передує реє­страція права власності на цей об'єкт. Основним нормативним актом, який регулює питання введення об'єктів будівництва в експлуатацію, є Постанова Кабінету Міністрів України № 534 від 20.05.2009 р. «Про внесення змін до Постанови Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2008 р. № 923» від 20.05.2009 р. № 534, якою затверджено нову редакцію Порядку прийняття в експлуатацію закінчених бу­дівництвом об'єктів. Положеннями зазначеного Порядку зокрема: скасовується застаріла процедура прийняття в експлуатацію закін­чених будівництвом об'єктів; встановлюється порядок контролю та прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів Дер­жавною інспекцією державного архітектурно-будівельного контро­лю; спрощується процедура прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів; суттєво скорочуються строки прийняття в експлуатацію об'єктів.

Прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів здійснюється на підставі свідоцтва про відповідність збудованого об'єкта проектній документації, вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил, що видається інспекціями держав­ного архітектурно-будівельного контролю. При цьому необхідно пам'ятати, що дана стадія капітального будівництва включає два етапи: підписання акта готовності об'єкта до експлуатації і видача свідоцтва відповідності.

Таким чином, здійснення капітального будівництва передбачає проходження певних стадій, які здебільшого мають дозвільний ха­рактер, комплексно пов'язані між собою, мають відповідну правову регламентацію та чітко встановлений законодавством порядок.

## § 4. Підряд у капітальному будівництві

Різноманітність господарської діяльності зумовлює широке коло господарських договорів. Сфера капітального будівництва опосеред­ковується різними господарськими договорами, однак найбільш характерними є договори підряду на капітальне будівництво.

Правові основи регулювання цього різновиду договорів вста­новлюють норми Цивільного та Господарського кодексів Укра­їни (ст.ст. 875-886 ЦК, ст.ст. 317-323 ГК). Важливими також є Загальні умови укладання та виконання договорів підряду в ка­пітальному будівництві (постанова КМУ № 669 від 01.08.2005 р.). Доцільно враховувати матеріали судової практики, зокрема, Інформаційний лист Вищого господарського суду України № 01-8/375 від 10.03.2006 р. «Про практику Верховного Суду України у справах зі спорів, пов'язаних з виконанням зобов'язань за договорами під­ряду» . Аналіз судової практики дає можливість уникнути суттєвих недоліків, яких припускаються інші сторони при укладанні і ви­конанні договорів генерального підряду.

Наказом Міністерства будівництва, архітектури і житлово- комунального господарства України від 27.10.2005 р. № 3 затвер­джений примірний договір підряду в капітальному будівництві, який достатньо повно інформує сторін про набір умов договору, потрібних для їх взаємодії в процесі капітального будівництва. Керуючись положеннями ч. 4 ст. 179 ГК стосовно статусу примір- них договорів, сторони договору підряду мають право за взаємною згодою, і виходячи з конкретних умов, змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст. При цьому сторони повинні дотримуватися положень, які визначені законодавством і Загальними умовами укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві.

Важливе значення для договірних стосунків у сфері капітального будівництва мають різні будівельні норми і правила (див., напри­клад, Правила визначення вартості будівництва ДБН Д. 1.1-1-2000, затверджені наказом Державного комітету будівництва, архітек­тури і житлової політики України від 27.08.2000 р. № 174 тощо).

Відповідно до ст. 317 ГК на умовах підряду, шляхом укладен­ня відповідних договорів здійснюється: капітальне будівництво об'єктів; підготовка будівельних ділянок; роботи по устаткуванню будівель; роботи щодо завершення будівництва; прикладні, експе­риментальні дослідження і розробки і т.д.

Для виконання робіт, пов'язаних з капітальним будівництвом, сторони можуть укладати договори підряду:

1. на капітальне будівництво (в т.ч. субпідряд);
2. на виконання проектних і дослідницьких робіт;
3. на виконання геологічних, геодезичних і інших робіт, необ­хідних для капітального будівництва;
4. інші договори.

За договором підряду на проведення проектних і досліджу- вальних робіт підрядник зобов'язується розробити за завданням замовника проектну документацію або виконати обумовлені договором проектні роботи, а також виконати досліджувальні роботи, а замовник зобов'язується прийняти і оплатити їх (стаття 324). Для цього замовник зобов'язаний передати підрядникові завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації. Завдання на проектування може бути підготовлене за дорученням замовника підрядником. У цьому випадку завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником.

За договором підряду на капітальне будівництво одна сторона (підрядник) зобов'язується своїми силами і засобами на замовлен­ня другої сторони (замовника) побудувати і здати замовникові у встановлений строк визначений договором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної документації або виконати обумовлені дого­вором будівельні та інші роботи, а замовник зобов'язується передати підряднику затверджену проектно-кошторисну документацію, нада­ти Йому будівельний майданчик, прийняти закінчені будівництвом об'єкти і оплатити їх (стаття 318).

Таким чином, договір підряду є консесуальним договором про виконання певної роботи за винагороду, що укладається у письмо­вій формі і вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов.

Договір підряду на капітальне будівництво є багатостороннім, оскільки забудовник (замовник) може укладати договір підряду як з одним так і з двома або більше підрядниками.

Для договорів підряду на капітальне будівництво визначений досить розгорнений перелік істотних умов згідно зч. 5 ст. 318 ГК України і Загальними умовами укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, які є обов'язковими під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівни­цтві незалежно від джерел фінансування, а також форм Власності суб'єктів господарювання.

Форма договору підряду на капітальне будівництво є письмовою з врахуванням у ньому всіх істотних умов, а саме: найменування сторін; місця і дати укладення; предмета договору (найменування об'єкта, обсягів і видів робіт, передбачених проектом); термінів початку і завершення будівництва, прав і обов'язків сторін, вар­тості і порядку фінансування будівництва об'єкта; порядку його матеріально-технічного забезпечення; режиму контролю якості робіт і матеріалів замовником; порядку прийняття об'єкта; порядку розрахунків за виконані роботи; умов про дефекти і гарантійні тер­міни; страхування ризиків, фінансових гарантій; відповідальності сторін (відшкодування збитків); врегулювання спорів, підстав і умов зміни і розірвання договору. Слід зазначити, що 17.06.2009 року Постановою КМУ № 601 було внесено зміни до Загальних умов укла­дення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, відповідно до однієї із істотних умов договору підряду стали умови щодо здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт, що кореспондує зі ст. 11 Закону України «Про архітектурну діяльність». У зв'язку з цим, коло забудовника (замовника) допов­нюється обов'язком забезпечити здійснення технічного нагляду протягом усього періоду будівництва об'єкта в порядку, затвердже­ного Постановою КМУ від 11.07.2007 р. № 903 «Про авторський та технічний нагляд під час будівництва об'єкта архітектури».

Договір підряду на капітальне будівництво має низку особливос­тей, які виокремлюють його з групи господарських договорів, а саме: роботи за даним договором ведуться безпосередньо за місцезнахо­дженням об'єкта; специфічний предмет договору і його суб'єктний склад (сторони договору — учасники господарської діяльності у галузі капітального будівництва); широке застосування системи генерального підряду; наявність проектно-кошторисної докумен­тації; наявність відповідних дозволів (ліцензій); режим контролю якості робіт, технічного нагляду і порядок прийняття об'єкта в експлуатацію. Адже відповідно до нових правил ліцензування в будівельній діяльності, суб'єкт господарювання, який здійснює функції генерального підрядника, зобов'язаний отримати ліцензію на виконання будівельних робіт.

Зокрема, Вищий господарський суд України залишив у силі рішення господарського суду м. Одеси і постанову Київського апеляційного гос­подарського суду,якими були задоволені позовні вимоги ТОВ «Мегатек Інвест» про визнання договору генерального підряду на проектування офісно-складської бази № 02-04/2006-ГП від 14.04.2006р. (далі —Договір № 02-04/2006-ГП), укладений між ним і ТОВ «Компанія «гУкраїна- Австрія» (далі — Компанія)» недійсним і стягнув збитки у розмірі 707000,00 грн.

Позовні вимоги Товариство обґрунтовувало тим, що Компанія на момент укладення Договору № 02-04/2006-ГП і при виконанні його умов не мала ліцензії на право здійснення робіт, передбачених в ньому, що відповідно до ст. 230 ЦК України є підставою для визнання такого договору недійсним і відшкодування збитків у подвійному розмірі.

Господарські суди відзначили, що Договір № 02-04/2006-ГП на мо­мент його висновку суперечив ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» ДБН А.2.2-3 2004 «Проекту­вання. Склад, порядок розробки, узгодження і затвердження проектної документації для будівництва», затверджених наказом Державного комітету України з будівництва і архітектури 8 від 20.01.2004 р. Договір підряду є строковим, сторони можуть встановлювати як загальний термін виконання робіт, так і терміни виконання окре­мих етапів. Поряд із цим, в разі порушенням забудовником своїх зобов'язань стосовно надання узгодженої документації та технічних умов, підрядник має право перенести строки виконання робіт на підставі ст. 613 ЦК України. «Кредитор вважається таким, що про­строчив, якщо він не вчинив дій, що встановлені договором, актами цивільного законодавства чи випливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку. Якщо кредитор не вчинив дії, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора» згідно з ч. 4 ст. 612 ЦК України та ч. З ст. 220 ГК України.

Вартість будівельних робіт, яка включає суму відшкодування понесених витрат підрядника і плату за виконану ним роботу, може зазначатися у вигляді фіксованої суми або встановленням способу її визначення, наприклад, складанням кошторису. Розрахунки за виконані роботи здійснюються відповідно до умов договору за за­вершені роботи або проміжні роботи (окремі види робіт). Сторони можуть передбачати в договорі виплату підрядникові авансу. Від­повідно до ст. 321 ГК у випадку, якщо договором не передбачена попередня оплата виконаної роботи або окремих її етапів, замовник зобов'язаний сплатити підрядникові обумовлену договором ціну після здачі об'єкта будівництва за умови, що робота виконана належ­ним чином і в погоджений термін або з відома замовника — достро­ково. Необхідно пам'ятати, що у випадку виконання будівництва за бюджетні кошти, визначення вартості виконаних робіт повинне здійснюватися згідно з Державними будівельними нормами ГСН Д.1.1-1-2000 «Правила визначення вартості будівництва», затвер­дженими наказом Держбуду України від 20.08.2000 року № 174, які поширюються на всіх суб'єктів господарювання, що здійснюють будівництво із залученням державних коштів.

Ціна договору підряду може бути визначена в кошторисі. Якщо робота виконується згідно з кошторисом, складеним під­рядником, кошторис набирає чинності і стає частиною договору підряду з моменту затвердження його замовником. Кошторис на виконання робіт може бути:

приблизним — в який у процесі будівництва можна вносити зміни. Приблизна ціна передбачає її уточнення в процесі виконан­ня робіт залежно від реальних умов будівництва. Уточнення при­близної договірної ціни здійснюється в порядку, передбаченому договором.

Якщо виникла необхідність проведення додаткових робіт і у зв'язку з цим відбувається істотне перевищення приблизного ко­шторису, підрядник зобов'язаний попередити про це замовника. Замовник, який не погодився на перевищення кошторису, має право відмовитися від договору. У такому разі підрядник може вимагати від замовника оплати виконаної частини роботи. Підрядник, який своєчасно не попередив замовника про необхідність перевищення приблизного кошторису, зобов'язаний виконати договір підряду за ціною, встановленою договором;

* твердим — зміни в який можуть вноситися лише за погоджен­ням сторін. Тверда ціна, як правило, не передбачає її зміни після узгодження сторонами. В разі її перевищення всі пов'язані з цим витрати несе підрядник, якщо інше не встановлене законом.

Уточнення твердої ціни допускається за умови виникнення об­ставин, не залежних від підрядника і обумовлених у договорі під­ряду. До таких обставин може бути віднесене істотне зростання цін на ресурси, обов'язки забезпечення якими покладені на підрядника. Поняття суттєвого зростання цін на ресурси в законодавчому поряд­ку не встановлене, тому його рівень сторонам доречно передбачити в договорі з урахуванням особливостей і термінів будівництва.

Замовник має право вносити зміни до проектно-кошторисної документації до початку робіт або під час їх виконання за умови, що додаткові роботи, викликані такими змінами, за вартістю не пере­вищують 10% визначеної в кошторисі ціни і не змінюють характеру робіт, визначених договором. Внесення до проектно-кошторисної документації змін, які потребують додаткових робіт, вартістю, щоперевищує 10% визначеної в кошторисі ціни, допускається лише за згодою підрядника. В цьому випадку підрядник має право від­мовитися від договору і вимагати відшкодування збитків.

Необхідно також відзначити, що відповідно до ст. 8, 16 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.91 р. проекти будівництва, спорудження яких здійснюється із залученням бю­джетних коштів, а також коштів державних підприємств і органі­зацій, розділ «Кошторисна документація» розробляється в повному обсязі. При здійсненні будівництва об'єктів за рахунок інших дже­рел фінансування рішення відносно порядку визначення вартості будівництва приймається інвестором.

Фактичні витрати на будівництво об'єкта відображаються в первинних облікових документах, форми яких затверджені спільним Наказом Держкомстату України і Держбуду України від 21.06.2002 р. № 237/5: 1) № КБ-2В «Акт приймання виконаних підрядних робіт»; 2) № КБ-3 «Довідка про вартість виконаних підрядних робіт». На підставі вказаних документів замовник про­водить розрахунки за виконаний підрядником обсяг робіт.

Відповідно до ч. 4 ст. 882 ЦК підставою для проведення розра­хунків за виконані роботи може бути акт їх приймання. Але зустрі­чаються випадки, коли представник замовника не розписується про отримання акта приймання виконаних підрядних робіт (КБ-2В) на екземплярі підрядника (факт передачі акта ніяк не фіксується), або акти передаються особі, не уповноваженій замовником на здій­снення від його імені юридично значимих дій. Це унеможливлює доведення в судовому порядку факту передачі акта на підписання іншій стороні. Разом із тим, підрядник зобов'язаний укласти договір страхування об'єкта або комплексу робіт, якщо інше не встановлене договором. Сторона, на яку покладається обов'язок зі страхування, повинна надати другій стороні в порядку, вста­новленому договором, докази укладення договору страхування, включаючи відомості про страхувальника, розмір страхової суми і застраховані ризики.

Передача виконаних робіт (об'єкта будівництва) підрядником і приймання їх забудовником (замовником) оформлюється актом про виконані роботи. В зв'язку із змінами, які були внесені у 2005 році до статті 876 ЦК України, власником результатів виконаних робіт (об'єкта будівництва) є замовник, якщо інше не передбачене договором. При цьому, якщо згідно з умовами договору підряду власником виконаних робіт до їх передачі забудовнику є підрядник, право власності на закінчені роботи (об'єкт будівництва) переходить до замовника з моменту підписання сторонами акта про виконані роботи.

Позовна давність для вимог, які випливають з неналежної якості робіт за договором підряду на капітальне будівництво, визначається з дня прийняття роботи замовником і встановлена:

* один рік — відносно недоліків некапітальних конструкцій, а у випадку, якщо недоліки не могли бути виявлені при зви­чайному способі прийняття роботи, — два роки;
* три роки — відносно недоліків капітальних конструкцій, а у випадку, якщо недоліки не могли бути виявлені при звичай­ному способі прийняття роботи, — десять років;
* тридцять років — відносно відшкодування збитків, заподіяних замовникові протиправними діями підрядника, які призвели до руйнувань або аварій (ст. 322 ГК України).

Акт введення в експлуатацію об'єкта будівництва є підтвер­дженням того, що він відповідає державним будівельним нормам і придатний до експлуатації.

Стосовно зупинення робіт і розірвання договору, то безпосеред­ньо в договорі визначаються випадки, через які може відбутися таке зупинення або розірвання договору (відсутність коштів для фінансування будівництва; банкрутство підрядника; тривала за­тримка передачі замовником підрядникові будівельного майдан­чика, проектно-кошторисної документації або оплати виконаних робіт тощо). Припинення або зупинення капітального будівництва (а отже, і дії договору) можливо і за рішенням державного органу в разі стихійного лиха, визнання замовника (інвестора) банкру­том, введення надзвичайного стану, якщо в процесі будівництва з'ясувалося, що його продовження призведе до порушень встанов­лених законодавством санітарно-гігієнічних, екологічних і інших норм, прав і інтересів громадян, організацій і держави.

Недоліки, виявлені під час прийняття виконаних робіт (об'єкта), підрядник зобов'язаний усунути за свій рахунок в терміни, пого­джені із замовником.

Контрольні запитання:

* 1. Які основні нормативно-правові акти регулюють правовідно­сини у сфері капітального будівництва?
  2. У яких значеннях використовується капітальне будівництво?
  3. Які існують види капітального будівництва?
  4. Які групи суб'єктів існують у капітальному будівництві?
  5. Розкрийте поняття «забудовника» і «замовника» в капіталь­ному будівництві. 6. Які відомства відносяться до спеціально уповноважених ор­ганів містобудування і архітектури?

7. Які види діяльності в капітальному будівництві підлягають ліцензуванню?

* + 1. Які стадії має процес капітального будівництва?
    2. Назвіть способи капітального будівництва.
    3. Охарактеризуйте основні стадії капітального будівництва.
    4. Хто видає дозвіл на виконання будівельних робіт?
    5. Назвіть особливості договору підряду на капітальне будів­ництво?

# Розділ 17

# ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

## § 1. Поняття та правова природа фінансової діяльності суб'єктів господарювання

Поняття фінансової діяльності суб'єктів господарювання можна визначити, виходячи з положень ст. 333 ГК України, що розпочинає главу 35 Кодексу «Особливості правового регулювання фінансової діяльності». Фінансова діяльність суб'єктів господарю­вання включає грошове та інше фінансове посередництво, страху­вання, а також допоміжну діяльність у сфері фінансів і страхування.

Таким чином, поняття фінансової діяльності слід визначати че­рез поняття фінансів (від лат. financia — готівка, дохід), під яким узагальнено розуміються як грошові кошти, фінансові ресурси, що розглядаються при їх створенні і русі, розподілі і перерозподілі, використанні, так і економічні відносини, обумовлені взаємними розрахунками між господарськими суб'єктами, рухом грошових коштів, грошовим зверненням, використанням грошей.

У Законі України «Про бухгалтерський облік та фінансову звіт­ність в Україні» під фінансовою звітністю розуміється бухгалтерська звітність, яка містить інформацію про фінансовий стан, результати діяльності і рух коштів підприємства за звітний період.

Іншими словами, поняття фінансів виходить за рамки поняття грошей і стикається з комплексом відносин з приводу оцінки ре­зультатів господарської діяльності і руху грошової форми вартості.

Виходячи з цього, фінансову діяльність суб'єктів господарю­вання можна визначити як складову господарської діяльності з приводу використання належного суб'єктові господарювання або чужого майна, що відображає рух грошової форми вартості в товарно-грошових операціях і спрямовано на одержання певного фінансового результату.

ГК України в розділі 35 визначає склад відносин, що опосеред­ковують фінансову діяльність. Насамперед, це сфера фінансових послуг, зокрема банківської діяльності (ст.ст. 334-339), кредитних і розрахункових операцій суб'єктів господарювання (ст.ст. 340-349), факторингу (ст. 350), лізингу (ст. 351), страхування (ст.ст. 351-355), посередництва з цінними паперами і фондової торгівлі (ст.ст. 356- 361), аудиту (ст.ст. 362-365).

Водночас, положення ст. 333 ГК дозволяють додатково відне­сти до сфери фінансової діяльності будь-які види відносин у сфері фінансових послуг, обороту коштів, ціноутворення, грошових зобов'язань та інвестування, бухгалтерського обліку і звітності. По суті, розуміючи неможливість розриву єдиних за економічною суттю виробничо-господарських відносин на товарну і грошову (фінансову) складові, слід говорити про те, що практично будь-яка господарська діяльність має своєю складовою фінансову діяльність.

Положення ГК України розвиваються в законах України «Про банки і банківську діяльність», «Про платіжні системи та переказ коштів в України», «Про фінансові послуги та державне регулю­вання ринків фінансових послуг», «Про страхування», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», «Про обіг векселів в Україні», «Про фінансовий лізинг» та інші закони, зокрема в ЦК України.

Правова природа фінансової діяльності суб'єктів господарюван­ня має складний характер.

По-перше, в процесі товарно-грошових відносин і супроводжую­чого їх обороту фінансів суб'єкти господарювання вступають у від­носини один з одним, або з публічними органами, але не у зв'язку з виконанням публічних обов'язків, а добровільно і у відповідності з принципами економічної свободи. Тут йдеться про приватно- фінансову діяльність.

По-друге, фінансова діяльність опосередковує публічні відносини із приводу централізованого руху грошових фондів, переважно в бюджетних і податкових відносинах. Тут виділяється публічно- фінавсова діяльність.

Перша група відносин повинна розглядатися з позиції господар­ського права у зв'язку з тим, що фінанси — це грошова оцінка госпо­дарської діяльності, здійснена в установленому порядку1. Тобто фінанси - це не просто гроші чи грошові фонди, як іноді помилково вважається, — це, насамперед, складова господарської діяльності. Отже, без урахування вимог господарського правопорядку, осо­бливостей руху товарів (робіт, послугу) в процесі господарювання не можна забезпечити правову організацію фінансів підприємств

і держави. Тобто, якщо регулювати діяльність господарюючого суб'єкта, зважаючи лише на обіг грошових фондів, без урахування виробничих чинників, інтересів трудового колективу, суспільства та інвесторів, проблем соціально-економічного розвитку, то не уникнути помилок у регулюванні фінансової діяльності.

Друга група відносин — публічні фінанси — здебільшого знахо­диться в полі предмета фінансово-правового регулювання. Адже ці відносини замкнені на адмініструванні податків і централізованому русі фондів у рамках бюджетних процесів. Незмінним учасників фінансових відносин у цьому разі виступає орган публічної влади, що реалізовує свою компетенцію із приводу руху централізованих грошових фондів. Саме у такому контексті слід розуміти думку С.М. Братуся про те, що фінансові відносини не можуть бути вре­гульовані окремо від фінансової діяльності держави як владно- організаційної діяльності.

Фінансово-правове і господарсько-правове регулюванні фінан­сової діяльності господарюючих суб'єктів вимагає узгодження і зближення.

Зокрема, ст. 4 ГК України передбачає, що не є предметом регулю­вання кодексу фінансові відносини за участю суб'єктів господарю­вання, що виникають у процесі формування і контролю виконання бюджетів всіх рівнів. Проте, дані положення ГК не виключають віднесення до предмета регулювання господарського права відно­син, що виникають у процесі бюджетних витрат. І це зрозуміло — в процесі витрачання бюджетних коштів публічні органи вступають у договірні відносини з суб'єктами господарювання, цілком підко­ряючись положенням ГК і господарського законодавства.

Норми ГК України визначають бюджетну, податкову, грошово- кредитну, амортизаційну і валютну політику як основні напрями економічної політики держави (ст. 10), забезпечують облік потреб бюджетної системи під час формування фінансових планів дер­жавних підприємств (ст.ст. 75-77), основ здійснення фінансової діяльності суб'єктами господарювання (гл. 35, ст.ст. 333-365), господарського контролю і нагляду у сфері фінансових, кредитних, відносин, валютного регулювання і податкових відносин (ст. 19), облікових і звітних процедур (ст.ст. 19,71), правових основ оподат­кування господарської діяльності (ст.ст. 17,239,242), порядку за­стосування адміністративно-господарських санкцій, природа яких дозволяє охоплювати фінансові санкції (гл. 27, ст.ст. 238-250).

Особливо глибоке взаємопроникнення спостерігається між гос­подарськими і податковими відносинами. Це зумовлено, в першу чергу, тим, що податковий тиск з боку держави прямо відбивається на поведінці суб'єктів господарювання. І навпаки, податкові вимо- ги, що не враховують реалії господарської системи, з об'єктивних причин ігноруються.

Таким чином, господарське право впливає на обидві групи від­носин у сфері фінансів: на приватно-фінансові відносини — сповна, а на публічно-фінансові відносини — в частині пов'язання бюджет­ного і податкового законодавства з господарським законодавством (відношення на стику галузей права).

Відбувається це у зв'язку з тим, що норми господарського пра­ва виходять за рамки монетаристики і пропонують універсальні засоби регулювання для досягнення господарських цілей, не об­межуючись рамками фінансів. На думку В.П. Дьяченка, в процесі виробництва і обміну, властивого для господарських відносин, відбувається зміна форм вартості, на противагу руху виключно грошової форми вартості у фінансових відносинах. Цей погляд підтримали інші вчені, наприклад, В.Ф. Кузьмін: «У фінансових відносинах грошова форма вартості відокремлена від товарної, не є наслідком зустрічного руху товарної форми вартості». Отже, якщо намагатися вирішити проблеми руху грошей у системі господар­ських зв'язків, за допомогою законодавчого інструментарію лише фінансового права, то виникає неприродне відділення товарних елементів від грошових у системі єдиних за економічною суттю від­носин. Не випадково, наприклад, професор Л .К. Воронова не вважає безпосереднім предметом фінансового права «фінансові відносини господарюючих суб'єктів (комерційних і некомерційних підпри­ємств), відносини, які виникають на ринку фінансових послуг, при формуванні і подальшому використанні недержавних пенсійних фондів, приватних господарств», відносячи їх до відносин, які «знаходяться під впливом фінансово-правових норм». У цьому контексті безпосереднім регулятором відносин у сфері приватних фінансів виступають норми господарського права.

Доречно тут пригадати ідеї відомого фінансиста В.О. Лебедєва: ♦Добробут державного господарства залежить від добробуту приват­ного господарства... і тому для надходження коштів в казну не слід порушувати добробут приватних господарств, оскільки фіскальні інтереси стоять позаду загальноекономічних інтересів, і лише в надзвичайних випадках державного життя, коли питання йде про збереження незалежності й цілісності держави, фінансові доводи повинні мати перевагу».

«Господарський механізм має працювати через внутрішні еконо­мічні імпульси або факти, а не підганятися ззовні лише чинниками адміністративного характеру».

Отже, так само, як за висловом того ж Лебедєва, «ближче за все фінансова наука стоїть до політичної економії і почасти наводиться як одна з її частин», так само фінансове право наближається до господарського права і навпаки, утворюючи один з одним суміжні нормативні утворення в сфері регулювання фінансів. Не випадково ГК України активно залучає фінансові категорії до сфери свого предмета регулювання (ч. 1 ст. 10, ч. 2 ст. 12, ч. З ст. 13, ст.ст. 16, 17, ч. З ст. 19, ч. 8 ст. 19, ч. 6. ст. 128, ст. 240, ст. 243 тощо). Вже сьогодні правове регулювання бухгалтерського обліку і звітності пропонується розглядати в рамках господарського права, і не тільки в Україні. Наприклад, Німецьке торгове уложення містить численні фінансово-облікові процедури відповідно до стандартів ЄС.

Викладене доводить, що гармонійна взаємодія господарсько- правових і фінансово-правових норм при регулюванні фінансової діяльності суб'єктів господарювання підвищує ефективність регу­лятивного впливу держави на економіку.

## § 2. Правовий режим фінансових послуг і державні обмеження у їх здійсненні

Основна частина фінансової діяльності суб'єктів господарюван­ня охоплюється поняттям фінансових послуг[[1]](#footnote-1), які е операціями з фінансовими активами (грошовими коштами, цінними паперами, борговими зобов'язаннями і правом вимоги боргу, які не віднесені до цінних паперів), що здійснюються на користь третіх осіб за влас­ний рахунок або за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансо­вих активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р.).

Фінансові послуги включають: випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або їх обслуговування, клі­ринг та інші форми забезпечення розрахунків, довірче управління

фінансовими активами; діяльність з обміну валют; залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо подальшого їх повер­нення; фінансовий лізинг; надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту; надання гарантій і поручительств; переказ грошей, послуги у сфері страхування і накопичувального пенсійного забезпечення; торгівля цінними паперами; факторинг та інші операції, які відповідають критеріям фінансових послуг, визначеним вище (ст. 4 Закону від 12.07.2001 р.).

Основним суб'єктом, наділеним правом надавати фінансові по­слуги, є фінансова установа. Під нею розуміється юридична особа, яка відповідно до закону надає одну або декілька фінансових по­слуг і яка внесена до відповідного реєстру фінансових установ. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

Таким чином, закон пов'язує поняття фінансових установ не тільки з фактом надання юридичною особою фінансових послуг, але і з виключним характером такої діяльності, що означає загальне об­меження у здійсненні інших господарських операцій, окрім прямо дозволених законом. Наприклад, до видів «нефінансових» операцій фінансових установ належать господарські операції на забезпечення оперативної роботи установи. Згідно з Законом України «Про кре­дитні спілки» від 20.12.2001 р. кредитним спілкам дозволена лише діяльність, прямо передбачена в цьому Законі (прийом членських внесків, кредитування членів спілки, оплата за дорученням членів вартості товарів у рахунок кредиту і деяке інше).

Виходячи з дефініції фінансової установи, нею не може бути гро­мадянин — підприємець. Це пов'язано з необхідністю забезпечити організаційну структуру особи, що надає фінансові послуги, але яку громадянин — підприємець забезпечити не може. Інші юридичні особи, які не відповідають критеріям фінансової установи, мають право надавати фінансові послуги, але тільки в спеціальному по­рядку, з одержанням індивідуальних дозволів Держфінпослуг та інших держорганів.

У цьому контексті виникає запитання про виконання звичай­ними суб'єктами господарювання таких поширених у господар­ському обороті операцій, як позикові (кредитні) операції, а також поручительство.

Не можна вводити повне ліцензування таких операцій, тому що вони перейдуть у тіньовий сектор економіки. В цьому контексті слід погодитися з думкою фахівців, які звертають увагу на те, що імператив Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» розповсюджується лише на такі фінансо­ві операції, які направлені на одержання прибутку його суб'єктами.

Враховуючи, що фінансові послуги згідно з Законом — це «опера­ції з фінансовими активами [...] з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів», то фінансовою послугою є лише така грошова позика або поручительство, з якої суб'єкт господарювання отримує прибуток. В іншому випадку грошова позика чи поручительство не є фінансовою послугою і не потребує спеціальних дозволів.

Відмінність між фінансовими операціями суб'єктів господа­рювання, що здійснюються в звичайному режимі, і фінансовими послугами, що вимагають спеціальних дозволів, можна побачити на прикладі співвідношення договору про відступлення права ви­моги (ст.ст. 512-519 ЦК) і договору факторингу (ст.ст. 1077-1086 ЦК). Якщо перший означає угоду про звичайну заміну кредитора в зобов'язанні, то другий — фінансування під відступлення права грошової вимоги. Тобто факторинг передбачає набуття фінансовою установою права вимоги за плату, тоді як звичайна заміна кредито­ра в зобов'язанні має суто організаційний характер, здійснюючись не з метою отримання прибутку, а з метою оптимізації взаємних розрахунків суб'єктів господарювання.

Публічно-правові обмеження в наданні фінансових послуг вста­новлюються державою через їхню велику ризикованість, необхід­ність протидії зловживанням відповідних суб'єктів господарювання у відносинах із споживачами таких послуг, запобігання відмивання «брудних грошей» і необхідності підтримки стабільності фінансово- економічної системи держави.

Відповідні обмеження реалізуються за допомогою заборонних та зобов'язуючих норм господарського законодавства, зокрема, ГК України, законів України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про банки і банківську діяльність», «Про страхування», «Про фінансовий лізинг», «Про цінні папери та фондовий ринок» тощо.

Дані публічні обмеження можна умовно розділити на обмеження організаційно-корпоративного, кадрового, капіталоутворювального, платіжно-забезпечувального, контрольно-наглядового, функці­онального, технічного, звітно-бухгалтерського, конкурентного та іншого характеру.

Говорячи про обмеження організаційно-корпоративного харак­теру, слід пам'ятати про вимоги господарського законодавства стосовно організаційно-правових форм фінансових установ. На­приклад, ломбардними операціями мають право займатися лише державні підприємства і повні товариства згідно зі ст. 4 Закону України « Про підприємництво». Страхові організації відповідно до ст. 2 Закону України «Про страхування\* можуть створюватися лише у формі акціонерних товариств, повних, командитних товариств і товариств з додатковою відповідальністю, — із кількістю учасни­ків не менше трьох. Це пояснюється необхідністю встановлення механізмів накопичення капіталу та підвищення відповідальності засновників за ведення страхового бізнесу.

Банки можуть утворюватися в Україні у формі публічного акціо­нерного товариства або кооперативного банку. Фондова біржа може створюватися лише у формі акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю або дочірнього підприємства об'єднання торговців цінних паперів, що зумовлене необхідністю підтримки колективного характеру засновництва біржі в цілях її існування як ринку фінансових послуг, а не звичайного суб'єкта господарювання.

При цьому відповідне законодавство диференціює кількість за­сновників відповідних організацій. Зокрема, страхова організація не може мати менше 3-х засновників, а фондова біржа — менше 20-ти засновників — торговців цінними паперами.

Капіталоутворювальні вимоги пов'язані з забезпеченням фі­нансової стабільності фінансових установ. Зокрема, згідно зі ст. 31 Закону «Про банки і банківську діяльність» мінімальний розмір статутного капіталу на день реєстрації банку не може бути менше 75 млн грн. За ст. 30 Закону «Про страхування» мінімальний розмір статутного фонду страховика, який займається страхуванням життя, встановлюється в сумі, еквівалентній 1,5 млн євро, а страховика, який займається іншими видами страхування, — 1 млн євро. Згідно зі ст. 20 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» фондова біржа повинна мати власний капітал не менше 3 млн грн.

Платіжно-забезпечувальні обмеження пов'язані зі встанов­ленням додаткових гарантій платоспроможної роботи фінансової установи. Наприклад, згідно із Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» при укладенні договору юридична або фізична особа мають право ви­магати у суб'єкта підприємницької діяльності надання балансу або довідки про фінансове положення, підтверджені аудитором, а також бізнес-план, якщо інше не передбачене законодавством України.

Аналогічним чином відповідно до ст. 30 Закону «Про страхуван­ня » страховики зобов'язані дотримуватися таких умов забезпечення платоспроможності:

* наявність сплаченого статутного фонду і гарантійного фонду страховика;
* створення страхових резервів, достатніх для майбутніх виплат страхових сум і страхових відшкодувань;
* перевищення фактичного запасу платоспроможності страхо­вика над розрахунковим нормативним запасом платоспро­можності.

Кадрові обмеження стосовно фінансових установ вміщені у ви­мозі ст. 7 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», що передбачає право фінансової устано­ви розпочати надання фінансових послуг тільки, якщо професійні якості і ділова репутація персоналу відповідають встановленим законом вимогам. Зокрема, згідно зі ст. 58 Закону «Про страхування» голова виконавчого органу страховика або його перший заступник повинні мати вищу економічну чи юридичну освіту, а головний бухгалтер — вищу економічну освіту.

Як правило, для фінансових установ законодавством встановлю­ється особливий порядок фінансової звітності.

Особливе місце серед публічних обмежень фінансової діяльності займають вимоги стосовно запобігання легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Згідно зі ст. 18 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання рин­ків фінансових послуг» фінансовим установам під час здійснення (надання) фінансових послуг забороняється вступати у договірні відносини з анонімними особами, відкривати і вести анонімні (но­мерні) рахунки. Фінансовим установам забороняється вступати у договірні відносини з клієнтами у випадку, якщо виникає сумнів щодо того, що особа виступає від власного імені. Фінансова установа зобов'язана ідентифікувати відповідно до законодавства України: клієнтів, які відкривають рахунки у фінансовій установі та/або укладають договори про надання фінансових послуг; клієнтів, які здійснюють операції, які підлягають фінансовому моніторингу; осіб, уповноважених діяти від імені цих клієнтів.

У сфері надання фінансових послуг передбачені й інші численні публічні обмеження, які неможливо відокремити від порядку здій­снення фінансової діяльності та договірної (приватноправової) час­тини відповідних відносин, але які утворюють сутнісну властивість такої діяльності як різновиду господарської діяльності.

Значною мірою такі обмеження пов'язані з компетенцією спеці­ально уповноважених органів у сфері регулювання ринків фінансо­вих послуг — Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг (Держфінпослуг), Національного банку України, Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку (ДКЦПФР) тощо. Напри­клад, Держфінпослуг веде реєстр фінансових установ, встановлює обов'язкові нормативи достатності капіталу та інші показники і вимоги, які обмежують ризики за операціями з фінансовими актива­ми, а також здійснює інші функції у сфері забезпечення стандартів фінансових послуг відповідно до закону.

## § 3. Банківські операції та їх публічно-правові обмеження

Правовою основою для регулювання банківських операцій ви­ступають положення розділу 35 ГК України.

Згідно зі статтею 339 ГК України фінансове посередництво здій­снюється банками у формі банківських операцій. Таким чином, Кодекс узагальнює поняття банківських операцій під терміном фінансового посередництва. Останнє відображає суть банківської діяльності — ця діяльність пов'язана не з виробництвом матеріаль­ного продукту, а з наданням переважно фінансових послуг.

Згідно зі ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяль­ність» банки мають право здійснювати такі банківські операції і угоди на підставі банківської ліцензії:

* прийом внесків (депозитів) від юридичних і фізичних осіб;
* відкриття і ведення поточних рахунків клієнтів і банків- кореспондентів, зокрема переказ грошей з цих рахунків за допомогою платіжних інструментів і зарахування на них коштів;
* розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах і на власний ризик;
* операції з валютними цінностями;
* емісію власних цінних паперів;
* організацію купівлі і продажу цінних паперів за дорученням клієнтів;
* здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені;
* надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання в грошовій формі;
* придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари або надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог і прийом платежів (факторинг);
* лізинг;
* послуги з відповідального зберігання і надання в оренду сейфів для зберігання цінностей і документів;
* випуск, куплю, продаж і обслуговування чеків, векселів та інших оборотних платіжних інструментів;
* випуск банківських платіжних карток і здійснення операцій з використанням цих карток;
* надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських операцій.

За умови одержання додаткового письмового дозволу НБУ банки також мають право здійснювати такі операції:

* здійснення інвестицій у статутні фонди та акції інших юри­дичних осіб;

здійснення випуску, обігу, погашення (розповсюдження) державної та іншої грошової лотереї; - перевезення валютних цінностей та інкасацію коштів;

* операції за дорученням клієнтів або від свого імені:

а) з інструментами грошового ринку;

б) з інструментами, які базуються на обмінних курсах і відсотках;

в) з фінансовими ф'ючерсами і опціонами;

довірче управління коштами і цінними паперами за догово­рами з юридичними і фізичними особами;

— депозитарну діяльність і діяльність з ведення реєстрів влас­ників іменних цінних паперів.

Як видно,більшість з банківських операцій можуть бути охоп­лені поняттям фінансових операцій.

Банк має право укладати інші угоди відповідно до законодавства України. Зокрема, банк має право вчиняти операції, необхідні для матеріально-технічного забезпечення власної діяльності. У цих від­носинах банк діє як звичайний суб'єкт господарювання.

Закон наділяє НБУ правом регулювати порядок здійснення банківський операцій.

Відповідно, до основних нормативно-правових актів НБУ нале­жать: ♦Положення про порядок створення та державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень», затверджене постановою Правління НБУ від 31.08.2001 р., № 375, «Положення про порядок проведення операцій, пов'язаних з розміщенням обліга­цій внутрішніх державних позик », затверджене постановою Правлін­ня НБУ від 18.06.2003 р., № 248, Положення про здійснення уповно­важеними банками операцій з банківськими металами, затверджене постановою Правління НБУ від 06.08.2003 р., № 325, Положення про організацію операційної діяльності в банках України, затверджене постановою Правління НБУ від 18.06.2003 р., № 254, Інструкція про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затверджена по­становою НБУ № 368 від 28.08.2001 р., Інструкція про порядок орга­нізації і здійснення валютно-обмінних операцій на території України, затверджена постановою Правління НБУ від 12.12.2002 р., № 502, Інструкція про порядок відкриття, використання і закриття рахун­ків в національній та іноземних валютах, затверджена постановою Правління НБУ від 12.11.2003 р., № 492, Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою НБУ від 21.01.2004 р., № 22, Інструкція про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління НБУ від 16.08.2006 р., № 320 та ін.

ГК України в ст. 340 встановлює вимоги до операцій банків, пов'язаних з їх цілеспрямованою діяльністю із залучення вільних грошових коштів суб'єктів господарювання на платній і зворотній основі. І це не випадково — депозитні операції є основним видом банківських операцій, в основі яких лежить договір банківського вкладу.

Правові основи відносин за договором банківського вкладу (депо­зитному договору) встановлюються нормами ГК, що коментується, ЦК України, нормативно-правових актів НБУ, звичаями ділового обороту. Найбільш деталізовані положення про договір банківського вкладу передбачені в § 3 гл. 71 ЦК України «Банківський вклад». Проте через специфіку господарсько-правового регулювання до­говір банківського вкладу в сфері господарювання має відповідати не тільки вимогам загальних положень § 3 розділу 71 ЦК України, але і спеціальним вимогам ГК, що передбачені для господарських зобов'язань, порядку їх виникнення, зміни і припинення.

Діяльність із залучення грошових коштів в депозити (у вклади), в основі якої лежать позикові операції, слід відрізняти від депози­тарної діяльності банків, для якої характерне надання послуг із зберігання індивідуально визначених речей клієнтів.

Враховуючи положення ч. 1 ст. 1059 ЦК України про те, що до­говір банківського вкладу може оформлятися шляхом видачі ощад­ного сертифіката чи іншого документа, слід говорити про те, що у сфері господарювання застосовуються дві основні форми залучення банками коштів за допомогою депозитних операцій: оформлення договору банківського вкладу в звичайній письмовій формі або шля­хом видачі клієнтові ощадного сертифіката. В останньому випадку діє законодавство про цінні папери і фондовий ринок.

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладни­кові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором (ст. 1058 ЦК).

Порядок укладення договору банківського вкладу має свої особ­ливості. Зокрема, в ч. 2 ст. 340 ГК міститься виключення з складу істотних умов господарського договору, передбаченого статтею 180 ГК, в частині умови про строк: договір банківського вкладу (депо­зиту) може бути укладений на певний строк (строковий вклад) або без визначення такого строку (вклад на вимогу).

Серед особливостей договору банківського вкладу (депозитного договору) за участю суб'єктів господарювання, можна назвати:

а) депозитний договір між банком і юридичною особою не нале­жить до публічних (ч. 2 ст. 1058 ЦК), а отже в його укладанні банк може відмовити клієнтові;

б) депозитний договір між банком і юридичною особою може передбачати умову про відмову від права на одержання вкладу на першу вимогу (ст. 1060 ЦК);

в) депозитний договір між банком і юридичною особою не може оформлятися видачею ощадної книжки (ст. 1064 ЦК).

Відкриття депозитного рахунка через обмеженість операцій, які можуть за ним проводитися, здійснюється у спрощеному порядку, на відміну від договору банківського рахунка, відкриття якого не­можливе без надання спеціального пакету правовстановлюючих документів і повідомлення податкових органів.

Порядок здійснення депозитних операцій банками регламенту­ється Положенням про порядок здійснення банками України вклад­них (депозитних) операцій з фізичними і юридичними особами, затвердженого постановою Правління НБУ від 03.12.2003 р. № 516.

Проведення розрахункових операцій за вкладними (депозитни­ми) рахунками юридичної особи забороняється, окрім операцій, пов'язаних з реалізацією майнових прав на суму вкладу (депозиту) відповідно до укладених договорів застави і законодавства України. Водночас, суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності слід зна­ти, що, наприклад, у банківській практиці США застосовується категорія транзакційних (чекових) і NOW ( NEGOTIABLE ORDER OF WITHDREWAL) рахунків, за якими можливі розрахунки (що­правда, з деякими обмеженнями за суб'єктним складом і переліком операцій) і нарахування депозитних процентів.

У банківських операціях широко використовуються різні цінні папери, зокрема ощадний сертифікат — для оформлення депозитних (позикових) операцій.

Ощадний (депозитний) сертифікат належить до боргових цінних паперів (ст. 163 цього Кодексу, ст. З ЗУ « Про цінні папери та фондовий ринок »). Це цінний папір, який підтверджує суму вкладу, внесеного до банку, і права вкладника (власника сертифіката) на одержання після закінчення встановленого строку суми вкладу і процентів в банку, який його видав. Ощадні (депозитні) сертифікати можуть бути іменними або на пред'явника. Іменні ощадні (депозитні) сертифікати розміщуються в бездокументній формі, а на пред'явника — в докумен­тарній. Відступлення усіх цих сертифікатів третій особі здійснюється шляхом укладення договору із його власником.

Різновидом ощадних (депозитних) сертифікатів є депозитний сертифікат НБУ. Особливість порядку випуску, обігу і погашення таких сертифікатів визначається Положенням про регулювання Національним банком України ліквідності банків України, затвер­дженим постановою НБУ від 26.09.2006 р. № 378.

Банківські операції тісно пов'язані із лізингом. Відповідно до положенняч. 1 ст. 347 ГК України, ч. 1 ст. 49 і п. 7 ч. 2 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» лізинговий кредит є формою кредитних операцій банків.

Запитання про те, чи є лізинг формою кредиту є дискусійним. Але безумовним є те, що в сучасній економіці кредит, який отри­мує лізингодавець на придбання предмета лізингу, є найбільш поширеною передумовою виникнення лізингових правовідносин. Не випадково ч. 1 ст. 10 Закону України «Про фінансовий лізинг» передбачає право лізингодавця інвестувати в придбання предмета лізингу позичкові кошти, а згідно з ч. 2 ст. 16 цього Закону лізин­гові платежі можуть включати компенсацію кредитних процентів. Докладніше про лізинг буде сказано надалі.

Розрахункові операції банків є наступним основним видом бан­ківської діяльності, який направлений на забезпечення взаємних розрахунків між учасниками господарських відносин, а також інших розрахунків у фінансовій сфері.

Положеннями ст. 341 ГК України встановлені загальні вимоги до розрахункових операцій банків, зокрема, банки забезпечують розрахунки відповідно до законодавства і вимог клієнта, на умовах договору на розрахункове обслуговування. Договір повинен містити реквізити сторін, умови відкриття і закриття рахунків, види послуг, які надаються банком, обов'язки сторін і відповідальність за їх не­виконання, а також умови припинення договору.

Докладніше про склад і вимоги до розрахункових операцій буде сказано в наступному розділі підручника.

Публічні обмеження у сфері банківських операцій не менш жорсткі, ніж у сфері інших фінансових послуг. Тут також можуть бути виділені обмеження організаційно-корпоративного, кадрового, капіталоутворювального, платіжно-забезпечувального, контрольно- наглядового, функціонального, технічного і звітно-бухгалтерського характеру.

Організаційно-корпоративні обмеження пов'язані з тим, що бан­ківські установи можуть створюватися лише у формі акціонерних товариств і корпоративних банків. Ця вимога обумовлена публіч­ними очікуваннями чіткої уяви про організаційну структуру даної фінансової установи.

Зокрема, функціональні обмеження банківської діяльності пов'язані із заборонами на здійснення банками окремих господар­ських операцій. Наприклад, згідно зі ст. 48 Закону «Про банки і бан­ківську діяльність» банкам забороняється діяльність у сфері мате­ріального виробництва, торгівлі (за винятком реалізації пам'ятних, ювілейних та інвестиційних монет) і страхування, окрім виконання функцій страхового посередника. Банк може мати у власності не­рухоме майно загальною вартістю не більше 25 відсотків капіталу банку, окрім приміщень, які технологічно забезпечують здійснення банківських функцій; майно, яке перейшло банку у власність на під­ставі реалізації прав заставодержателя відповідно до умов договору застави; майно, придбане банком з метою запобігання збиткам, за умови, що таке майно має бути відчужене банком упродовж одного року з моменту придбання права власності на нього.

Більшість різноманітних обмежень у сфері банківської діяльності зосереджена в рамках вимог до їх кредитних операцій. Зокрема, банк зобов'язаний мати підрозділ, функціями якого є управління операціями, пов'язаними з кредитуванням. Банкам забороняється надавати кредити для придбання власних цінних паперів. Вико­ристання цінних паперів власної емісії для забезпечення кредитів допускається лише з дозволу НБУ. Банк зобов'язаний при наданні кредитів дотримуватися основних принципів кредитування, зокре­ма перевіряти кредитоспроможність позичальників і наявність за­безпечення кредитів, дотримуватися встановлених НБУ вимог щодо концентрації ризиків. Банк не може надавати кредити під процент, ставка якого є нижчою від процентної ставки за кредитами, які бере сам банк, і процентної ставки, що виплачується ним за депозита­ми. Виняток можна робити лише у разі, якщо при здійсненні такої операції банк не матиме збитків. Банк має право видавати бланкові (незабезпечені) кредити за умови додержання економічних норма­тивів. Надання безпроцентних кредитів забороняється, за винятком передбачених законом випадків.

Не менш жорсткі кадрові вимоги до банківських установ. Зо­крема, керівник банківської установи і головний бухгалтер засту­пають на посаду лише після отримання письмової згоди НБУ, тобто фактично з дозволу НБУ, і за наявності відповідного стажу і освіти (ст. 42 Закону «Про банки і банківську діяльність»).

Платіжно-забезпечувальні обмеження стосовно банківської діяльності пов'язані з обов'язком банків формувати резерви на по­криття збитків відповідно до нормативно-правових актів НБУ. При цьому Закон «Про банки і банківську діяльність» прямо встановлює обов'язок банків формувати резервний фонд шляхом відрахувань в розмірі не менше 5 % від прибутку банку до досягнення ним 25 % розміру регулятивного капіталу банку. Сюди ж можуть бути відне­сені вимоги стосовно аналізу і управління ризиками банку (ст. 25 Закону), проведення аудиту (ст. 162 ЦК) тощо.

Стосовно банківської діяльності передбачений такий інститут контролю (нагляду) як запровадження тимчасової адміністрації банку з боку НБУ у разі реальної загрози платоспроможності банку (розділ 15 Закону).

Все це підтверджує, що рівень публічних обмежень у сфері бан­ківської діяльності, мабуть, є найвищим серед інших різновидів фінансової діяльності суб'єктів господарювання. Ця обставина обумовлена максимальною наближеністю банків до вільних коштів населення і суб'єктів господарювання і виникаючими на цій підставі ризиками та можливостями для зловживань.

## **§ 4. Правове забезпечення страхування у сфері господарювання**

Ризики, що виникають в процесі підприємницьких відносин, неможливо уникнути, але можна передбачити юридичні форми компенсації відповідних збитків на випадок їх виникнення. Саме для цього існує страхування.

Слово «страхування» увійшло до нашої мови давно. Воно є і в інших мовах: «insuransе» в англійському, «уегзісЬегип£з» в ні­мецькому. Західні філологи вважають, що термін має латинське походження. У його основі слова «securus» і «Sine cura», які озна­чають «безтурботний». Звідси страхування містить у собі ідею попе­редження, захисту і безпеки. Даний термін досліджується багатьма вченими, економістами та юристами. Проте єдиної думки з приводу поняття страхування в літературі так і не склалося. Найбільш ви­знаним є уявлення про страхування як про систему відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних і юридичних осіб при настанні певних подій (страхових випадків) за рахунок грошових фондів, що формуються із сплачуваних ними страхових внесків (страхових премій, платежів).

Об'єктивна потреба в страхуванні зумовлена тим, що збитки часом виникають унаслідок руйнівних чинників, взагалі не під­контрольних людині, таких як, наприклад, стихійні лиха. Стра­хування — це відносини із захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб при настанні певних подій (страхових випад­ків) за рахунок грошових фондів, що формуються із сплачуваних ними страхових внесків (страхових премій). Також страхування розглядається як система економічних відносин, сукупність форм і методів формування цільових грошових фондів та їх викорис­тання для відшкодування збитків за різних несприятливих умов (страховий випадок), а також на надання допомоги громадянам та (або) їх сім'ям при настанні певних подій у їхньому житті (травми, інвалідність, смерть і т. п.).

З приведених визначень можна дійти висновку про те, що суть страхування стабільна і незмінна, а зміст змінюється залежно від конкретних умов розвитку суспільства. Аналіз визначень показує, що кожне з них доповнює або уточнює один одного, залишаючи без змін їх основу.

Страхування в суспільстві виконує низку функцій. Попереджу­вальна функція страхування пов'язана з використанням частини коштів страхового фонду на зменшення ступеня і наслідків страхо­вого ризику. Заощадження грошових сум за допомогою страхування на життя пов'язане з потребою в страховому захисті досягнутого сімейного достатку. Таким чином, страхування може виконувати і ощадну функцію. Контрольна функція забезпечує цільове викорис­тання страхових фондів. На сучасному етапі страхування виступає в ролі найважливішого стабілізатора процесу суспільного відтворен­ня, оскільки його значення не вичерпується тільки гарантійними функціями, що відшкодовуються. Інвестиційна функція полягає в тому, що за рахунок тимчасових вільних засобів страхових фон­дів відбувається фінансування економіки. Можливості страхової компанії щодо участі в інвестиційному процесі визначаються її інвестиційним потенціалом, під яким розуміється сукупність гро­шових коштів, що є тимчасово або відносно вільними від страхових зобов'язань і що використовуються для інвестування з метою отри-

мання інвестиційного доходу.

Страховий ринок як частина фінансово-кредитної сфери е об'єктом державного регулювання і контролю в цілях забезпечен­ня його стабільного функціонування з урахуванням значущості страхування в процесі суспільного відтворення. У більшості євро­пейських країн страхова справа виділяється в спеціальну сферу господарського законодавства і адміністративного нагляду: дер­жавне регулювання страхового ринку здійснюється за допомогою спеціальної податкової політики, ухвалення законів за окремими видами підприємницької діяльності, що відображають порядок укладення договорів страхування і вирішення виникаючих спорів. Держава також встановлює з урахуванням інтересів всього суспіль­ства обов'язкові види страхування.

Першим нормативно-правовим актом України у сфері страху­вання був Декрет Кабінету Міністрів України «Про страхування» від 10.05.93 р. № 47-93. Даний нормативний акт зробив великий вплив на страховий ринок послуг в Україні за рахунок заснування Комітету у справах нагляду за страховою діяльністю в Україні.

Сьогодні відносини зі страхування регулюються ГК і ЦК України, законами «Про фінансові послуги і державне регулювання ринків державних послуг», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Систему спеціального законодавства складає Закон України «Про страхування» в редакції від 4.10.2001 р., Основи зако­нодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.98 р., закони України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві і про­фесійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23.09.99 р., «Про загальнообов'язкове державне пенсійне стра­хування» від 09.07.2003 р., «Про загальнообов'язкове державне со­ціальне страхування на випадок безробіття» від 02.03.2000р., «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності і витратами, пов'язаними з похованням» від 18.01.2001 р., «Про цивільну відповідальність за ядерний збиток та її фінансове забезпечення» в редакції від 05.04.2006 р., «Про недержавне пенсійне забезпечення» в редакції від 14.06.2006 р., «Про загальнообов'язкове страхування цивільно- правової відповідальності власників наземних транспортних засо­бів» в редакції від 20.10.2005 р. та інші.

Серед підзаконних актів слід виділити постанови Кабінету Міні­стрів України від 12.10.2002 р. «Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіа­ції », « Про впровадження механізму страхування експортних та кре­дитних ризиків» від 17.08.1998 р. в редакції від 15.12.2005 р. та ін.

Положення про страхові відносини можна знайти в роз'ясненнях ВГСУ, зокрема, в роз'ясненні Вищого арбітражного суду України.

«Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням і виконанням кредитних договорів» від 06.10.94 р. із змінами від 18.10.2003 р.

Наприклад, при вирішенні суперечок, пов'язаних з вимогами банків про стягнення від страховика неповернених позичальником кредиту і процентної ставки за наданий кредит, ВГСУ рекомендував місцевим судам враховувати, що, укладаючи договір страхування, страхуваль­ник має право передбачити в договорі умову про виплату страхової суми іншій особі, зокрема, банку, від якого він отримав кредит. Надаючи кредит з умовою його страхування, банк повинен перевірити наявність у договорі обов'язку страховика у разі настання страхового випадку виплатити страхову суму банку.

Слід враховувати норми міжнародних документів про страху­вання, наприклад, Конвенції про мінімальні норми соціального за­безпечення 1952 року, Модельного Закону про державне соціальне страхування, який був прийнятий на 10-му пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав, — учасників СНД (Ухвала № 10-4 від 6 грудня 1997 року).

Поняття страхування надається в ГК України, а саме в ч. 4 ст. 333 страхування визначене як діяльність, спрямована на покриття довготермінових та короткотермінових ризиків суб'єктів господа­рювання з використанням заощаджень через кредитно-фінансову систему або без такого використання. Ч. 1 ст. 352 визначає страху­вання як діяльність спеціально уповноважених державних орга­нізацій та суб'єктів господарювання (страховиків), яка пов'язана з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страхувальникам) щодо захисту їхніх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків), за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхувальниками страхових платежів.

Закон України «Про страхування» визначає страхування як вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізич­них осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових пла­тежів (страхових внесків, страхових премій).

ЦК України визначення страхування не містить, а передбачає поняття договору страхування в ст. 979: «За договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або Іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову ви­плату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору».

Вважається, що вказані поняття мають недоліки, перш за все, в тій частині, коли страхування визначене в законодавстві як вид цивільно-правових відносив. Адже страхування — це ширше (комплексне) поняття, перш за все, вид господарської діяльності, в процесі якої дані правовідносини реалізуються безпосередньо. Адже на сучасному етапі страхування здійснюється на підприєм­ницькій основі.

Форми і види страхування. Відповідно до ст. 5 Закову Укра­їни «Про страхування» формами страхування є добровільне та обов'язкове страхування.

Страхові правовідносини між страховиками і страхувальниками можуть бути позадоговірними, тобто обов'язковими для сторін через закон і договірними, які виникають через волевиявлення суб'єктів господарювання щодо змісту договору страхування. Звідси на прак­тиці розрізняють два види страхування: обов'язкове і добровільне.

Під обов'язковим страхуванням розуміється обов'язок внесення відповідним колом страхувальників фіксованих страхових плате­жів, коли необхідність відшкодування матеріального збитку або надання грошової допомоги зачіпає інтереси не тільки конкретного страховика, але і інтереси держави. Іншими словами, обов'язкова форма страхування розповсюджується на пріоритетні об'єкти стра­хового захисту. Тому соціальне страхування, медичне страхування, особисте страхування від нещасних випадків на транспорті, страху­вання засобів водного транспорту, страхування майна, переданого в концесію, і багато що інше підлягає обов'язковому страхуванню.

Добровільне страхування — це страхування, здійснюване на осно­ві договору між страхувальником і страховиком. Загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування визначаються пра­вилами страхування, які встановлюються страховиком самостійно відповідно до вимог законодавства. Конкретні умови страхування визначаються при укладенні договору страхування.

Види добровільного страхування, на які видається ліцензія, ви­значаються згідно з прийнятими страховиком правилами (умовами) страхування, зареєстрованими Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг.

У цьому Законі передбачений двадцять один вид добровільного страхування і даний перелік не є вичерпним.

Характеристику і класифікаційні ознаки видів добровільного страхування визначає Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг.

Обов'язкове страхування, як у галузі державного соціального страхування, так і в індивідуальному страхуванні зумовлено ризи­ками, пов'язаними з життям, втратою працездатності або з виник­ненням таких збитків, які не можуть бути відшкодовані окремою особою. В обов'язковому страхуванні відношення між страховиком і страхувальником виникають у відповідності із законом, а стра­хування здійснюється на основі відповідних законодавчих актів, якими передбачений перелік об'єктів, які підлягають страхуванню, перелік страхових подій і винятки з них, максимальні страхові та­рифи і мінімальні страхові суми, рівень страхового забезпечення та інші істотні моменти. Принцип обов'язковості однаково розповсю­джується і на страховика, і на страхувальника. Страховик повинен обов'язково застрахувати передбачений законодавством об'єкт, а страхувальник зобов'язаний прийняти до страхування відповідні об'єкти, не маючи права відмовити в цьому.

Право на здійснення обов'язкових видів страхування має будь- який страховик, за наявності у нього відповідної ліцензії. Винятки становлять державні види обов'язкового страхування. Ці види, відповідно до чинного законодавства, проводить Національна акціо­нерна страхова компанія «Оранта», яка є правонаступником Держ­страху. Державне обов'язкове страхування проводиться за рахунок коштів державного бюджету і розповсюджується, як правило, на державних службовців, робота яких в основному пов'язана з підви­щеною небезпекою для їхнього життя і здоров'я. Дане положення стосується військовослужбовців і військовозобов'язаних, медичних і фармацевтичних працівників, суддів, працівників прокуратури та інших.

Зокрема, Верховний Суд України дослідив матеріали у справі грома­дянина «П»,який був працівником міліції і став інвалідом другої групи у зв'язку з хворобою, отриманою в результаті проходження служби в органах внутрішніх справ, про стягнення страхових виплат з «Оран- ти», які йому були нараховані, але несплачені, а також 25000 грн на відшкодування моральної шкоди. Суд, керуючись Законом України «Про міліцію»і постановою Кабінету Міністрів від29.06.91 р., визнав право­мірними вимоги про виплату страхових платежів, а виплату моральної шкоди не задовольнив, оскільки «Оранта» не має права здійснювати виплати на відшкодування моральної шкоди.

Метою обов'язкового страхування є підвищення соціальної за­хищеності окремих категорій громадян, посилення стабільності в економіці завдяки раціональному використанню страхових фондів, розширення кола страховиків і помітне зниження на цьому фоні страхових платежів.

Стаття 7 Закону України «Про страхування» містить перелік видів страхування, які є обов'язковими, цей перелік є вичерпним і налічує близько 42 видів. Наприклад, у більшості європейських країн передбачається не більше 5-6 видів обов'язкового страху­вання. В основному більше половини з цих видів є державними, за своєю суттю вони належать до сторони відповідальності працедавця, проте здійснюються як види особистого страхування. Ті види страхування, які не увійшли до даного переліку, є добровільним страхуванням.

Більшість видів майнового та особистого страхування здійсню­ються на добровільній основі. Добровільне страхування є опти­мальною формою виразу страхових інтересів. В цьому випадку у страховика є вибір страхувальника, а їхні відносини регулюються укладеним договором. Добровільне страхування спирається на во­левиявлення сторін. Ним, як правило, охоплюються ті юридичні і фізичні особи, які не підпадають під обов'язкове страхування і бажають застрахуватися. На відміну від обов'язкового страхування добровільне завжди діє в рамках певного періоду часу, обумовленого договором. Саме у договорі чітко фіксується виникнення прав та обов'язків сторін і дата їх припинення. Це має виняткове значення, тому що страхове відшкодування (страхова сума), виплачується тільки тоді, коли страховий випадок відбувся в період страхування.

До видів загальнообов'язкового державного соціального страху­вання залежно від страхового випадку відносять: пенсійне страху­вання; страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності і витратами, пов'язаними з похоронами; медичне страхування; страхування від нещасного випадку на виробництві і професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності; страхування на випадок безробіття; інші види страхування, передбачені чинним законодавством.

Відповідно до Закону України «Про страхування»' введено обов'язкове страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів. З 1 січня 2005 р. набув чинності Закон «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності влас­ників наземних транспортних засобів» від 01.07.2004 р. На відміну від попереднього порядку страхування цивільної відповідальності, новий закон передбачає декілька варіантів договору страхування. Згідно з діючим порядком поліс оформляється на автовласника і транспортний засіб одночасно. Якщо одна особа користується де­кількома наземними транспортними засобами, йому слід набувати відповідної кількості страховок.

Зокрема, в своєму рішенні від 16.08. 2006 року колегія Верховного Суду України, дослідивши матеріали у справі про стягнення страхової виплати з ВАТ «Страхової компанії «У» на користь особи «Н\* у зв'язку з настанням страхового випадку, а саме виникненням дорожньо-транспортної події за участю застрахованого автомобіля особи «Н». визнала правомірним стягнення з ВАТ «Страхова компанія *«У»* страхового відшкодування на користь особи «Н» s судових витрат у сумі 1700 грн.

Суд відмінив рішення Хмельницького місцевого суду і поста­нову Апеляційного суду Хмельницької області. У своєму рішенні Верховний Суд України керувався ст.ст. 979 і 991 ЦК України і ст.ст. 8 і 26 Закону України «Про страхування». Суд, дослідивши договір добровільного страхування, який був укладений між осо­бою «Н» і ВАТ «Страхова компанія «У» і дійшов висновку про те, що дорожньо-транспортна подія відбулася у момент дії договору страхування пошкодженого автомобіля. Обставин для відмови стра­хувальника виплатити страхове відшкодування судом не виявлено. Права і обов'язки у сторін виникають лише у разі обов'язкових ви­плат разових або періодичних страхових платежів, відразу ж після сплати першого з них.

У розряд перспективних видів страхування включається стра­хування фінансового ризику втрати права власності на нерухоме майно і землю (титульне страхування), яке надзвичайно розвинене за кордоном. В ліцензіях українських страховиків цей вид страху­вання називається «Страхування втрати майна в результаті втрати права власності».

Система недержавного пенсійного забезпечення є прикладом добровільного страхування і діє на підставі Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 09.07.2003 р. Дана систе­ма ' складовою частиною системи накопичувального пенсійного забезпечення, яка ґрунтується на принципах добровільної участі фізичних та юридичних осіб, окрім випадків, передбачених за­конами, у формуванні пенсійних заощаджень з метою отримання учасниками недержавного пенсійного забезпечення додаткових сто­совно загальнообов'язкового державного пенсійного забезпечення пенсійних виплат. Недержавне пенсійне забезпечення здійснюється пенсійними фондами шляхом укладення пенсійних контрактів між адміністраторами пенсійних фондів і вкладниками цих фондів; страховими організаціями шляхом укладення договору страхуван­ня довічної пенсії; банківськими установами шляхом укладення договорів про відкриття депозитних рахунків для накопичення пенсійних заощаджень.

Відмінними рисами обов'язкового страхування від добровіль­ного є:

— обов'язкове страхування — встановлюється законом; має суцільний обхват об'єктів страхування; діє незалежно від надходження страхових платежів; розповсюджується авто­матично; має безстроковий характер; характерне нормування страхового забезпечення;

добровільне страхування діє і черtp закон і на добровільних засадах; маг вибіркове охоплення; діє тільки при оплаті стра­хових платежів; обов'язкова добровільна участь у страхуванні; обмежено терміном страхування; страхове забезпечення залежить від бажання суб'єктів та умов договору.

## § 5. Контроль і нагляд у сфері фінансово- господарської діяльності

Фінансовий контроль — діяльність державних і недержавних органів, що здійснюється в особливих формах і з особливими мето­дами, які наділені повноваженнями щодо встановлення законності і достовірності фінансових операцій, оцінки економічної ефектив­ності фінансово-господарської діяльності і виявлення резервів ЇЇ підвищення, збільшення прибуткових надходжень до бюджету і збереження державної власності. Фінансовий контроль — не­одмінна умова нормального функціонування економіки і фінансової системи. Об'єктом дії фінансового контролю є грошові відносини, що виникають при формуванні і використанні фінансових ресурсів у матеріальному виробництві і невиробничій сфері, у всіх ланках фінансової системи.

Контроль і нагляд у сфері господарської діяльності регулюється Законом України «Про основні засади державного контролю (на­гляду) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. Проте ст. 2 цього Закону містить положення про те, що закон не роз­повсюджується на відносини, які виникають під час здійснення валютного контролю, банківського і страхового нагляду та інших видів контролю за діяльністю суб'єктів господарювання на ринку фінансових послуг.

Мета державного нагляду в цій сфері — дотримання вимог зако­нодавства України про страхування, ефективний розвиток страхо­вих послуг, запобігання неплатоспроможності страховиків і захист інтересів страхувальників.

Загальний порядок державного нагляду і контролю за порядком надання фінансових послуг встановлений Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових по­слуг» , а саме ст. 1 визначає державне регулювання ринків фінансо­вих послуг, під яким розуміється здійснення державою комплексу заходів щодо регулювання та нагляду за ринками фінансових послуг з метою захисту інтересів споживачів фінансових послуг та запобіган­ня кризовим явищам. Відповідні повноваження віднесені до ведення спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади, яким на сьогодні виступає Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг (далі — Держфінпослуг). Держфінпослуг створе­на Указом Президента України від 4 квітня 2003 року № 292/2008. Даний державний орган видає нормативно-правові акти щодо питань і проблем тих, що виникають у сфері страхування.

Слід враховувати, що положення Закону України « Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» були визнані неконституційними відповідно до рішення Конституційного Суду України 02.10.2008 р. № 19-рп/2008 в частині повноважень Президентом України у сфері призначення і звільнення з посади голови, його заступників, директорів департаменту Держфінпослуг. Даними повноваженнями наділяється сьогодні Кабінет Міністрів України.

Нагляд і контроль за наданням фінансових послуг здійснює Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку, що діє на під­ставі Указу Президента України від 12.06.95 р. № 446. Даний орган веде державний реєстр фінансових установ, які надають фінансові послуги на ринку цінних паперів відповідно до рішення даної ко­місії від 14.07.2004 р. № 296. Включення в даний реєстр і видача відповідного свідоцтва є підставою того, що суб'єкти (корпоративні інвестиційні фонди і професійні учасники ринку цінних паперів) набувають статусу фінансової установи.

Державний контроль у сфері валютних операцій регулюється Декретом КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.93 р., ст. 12 якого встановлює, що валютні операції за участю резидентів і нерезидентів, а також зобов'язання щодо декларування валютних цінностей підлягають валютному контролю, який здійснюють спеціально уповноважені державні органи, головними серед яких є НБУ і Кабінет Міністрів України.

Державний контроль і нагляд за здійсненням банківської діяль­ності як спеціальної сфери фінансових послуг віднесений до ведення НБУ і регламентується законами України «Про Національний банк України» від 20.05.99 р., «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. Стаття 1 Закону України «Про Національний банк України» містить поняття банківського нагляду, під яким розу­міється система контролю та активних впорядкованих дій Націо­нального банку України, спрямованих на забезпечення дотримання банками та іншими особами, стосовно яких Національний банк України здійснює наглядову діяльність законодавства України і встановлених нормативів, з метою забезпечення стабільності банків­ської системи та захисту інтересів вкладників та кредиторів банку.

Дії НВУ виражаються в ухваленні ним відповідних нормативно- правових актів, які є обов'язковими. Наприклад, постанова НБУ «Про затвердження Положення про здійснення уповноваженими банками контролю за проведенням резидентами та нерезидентами, до яких застосовані спеціальні санкції згідно зі ст. 37 Закону Укра­їни «Про зовнішньоекономічну діяльність», валютних операцій через ці банки» від 21.05.2003 р. № 198.

Повноважними органами контролю і нагляду в даній сфері є також органи загального контролю і нагляду за господарською ді­яльністю, серед яких виділяється Антимонопольний комітет Укра- їни, що діє відповідно до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.93 р.

У сфері державного контролю і нагляду за дисципліною цін ді­ють державні інспекції з контролю за цінами, систему яких очолює Державна інспекція по контролю за цінами (Держцінінспекція), яка функціонує у складі Міністерства економіки і на основі постанови Кабінету Міністрів України від 13.12.2000 р. № 1819. Основним завданням даного органу є організація і здійснення відповідно до законодавства функцій з контролю і нагляду за дотриманням центральними і місцевими органами державної влади, суб'єктами господарювання вимог щодо формування, встановлення і застосу­вання цін (тарифів), а також проведення цінових спостережень на споживчому і товарному ринках.

Різновидом державного фінансового контролю є державний фі­нансовий аудит, який спрямований на запобігання фінансовим пору­шенням і забезпечення достовірності фінансової звітності. Основним завданням такого аудиту є сприяння бюджетним організаціям у за­безпеченні правильності ведення бухгалтерського звіту, законності використання бюджетних коштів, державного і комунального майна і т. д. Даний вид державного контролю здійснюється Рахунковою палатою і органами контрольно-ревізійної служби (КРУ) згідно з законами України «Про Рахункову палату» від 11.07.96 р., «Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні» від 26.01.93 р.

Контрольні запитання:

11 Визначте поняття фінансової діяльності суб'єктів господарю­вання.

* Назвіть джерела правового регулювання фінансової діяльності суб'єктів господарювання.
* У чому полягає значення господарсько-правового підходу до регулювання фінансової діяльності суб'єктів господарювання?
* Що таке фінансова установа і який порядок набуття такого статусу?
* Назвіть види фінансових послуг і дайте їм загальну характе­ристику.
* Які публічні обмеження у сфері надання фінансових послуг ви знаєте?
* Назвіть види банківських операцій.
* Які види публічних обмежень банківської діяльності ви зна­єте?
* Що таке страхування і які вимоги до страхової діяльності?
* Дайте характеристику державному контролю і нагляду за фінансовою діяльністю суб'єктів господарювання.

# Розділ 18 ГРОШОВІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТА РОЗРАХУНКОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ В СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

## § 1. Поняття грошей та грошових зобов'язань господарського характеру

Грошове зобов'язання може бути визначено як відносне правовідношення, змістом якого є право вимоги кредитора та кореспон­дуючий йому юридичний обов'язок боржника здійснити оплату або платіж, тобто передати певну чи таку, що може бути визначена у майбутньому, суми грошей, які є легальним засобом платежу.

Грошове зобов'язання господарського характеру виступає у цьо­му сенсі як особливий вид грошових зобов'язань, що має виробничо - комерційний або організаційно-технічний характер, опосередковує рух грошової форми вартості в сфері суспільного виробництва, спрямоване на максимальне задоволення потреб його учасників та існує в рамках, визначених нормами господарського права

Предметом грошового зобов'язання як змістовно-вольовим його першоджерелом є передача боржником кредиторові у власність (право оперативного управління чи господарського відання) грошей у певній сумі грошових одиниць.

Ознаки та властивості грошей як матеріального об'єкта грошо­вого зобов'язання та одночасно об'єкта майнових прав суб'єкта господарювання визначають специфіку інституту грошового зобов'язання. У цьому сенсі доречно розмежовувати юридичні властивості та юридичні ознаки грошей.

Юридичні ознаки грошей — це сукупність нормативно - інституційних встановлень, які виділяють гроші із усього роз­маїття інших об'єктів майнових прав, дозволяють їм служити об'єктом погашення боргів і передбачають примусові заходи стосовно осіб, що відмовляються визнавати їх легальну силу. Ці ознаки: наявність закону, що встановлює назву і номінал грошової одиниці; здатність грошової одиниці обраховувати майнові борги; натурально-речовинна визначеність грошового знака; наявність організованої державою грошової системи, правил емісії та форм обігу грошей; наявність заходів юридичного забезпечення легаль­ної платіжної сили грошей, не лише цивільно-правового, але й публічно-правового змісту (забезпечення касових операцій, при­мус до повернення в країну валютної виручки, валютні обмеження тощо).

Закон не може прямо встановити купівельну силу того чи іншого знаряддя обміну. Ця сила — результат складної взаємодії інди­відуальних оцінок усіх учасників майнового обороту. Водночас, закон може встановити законні засоби платежу, тобто закріпити, що певні предмети матеріального світу можуть виступати засобами погашення боргів.

Історія засвідчує, що у своєму прагненні забезпечити легальну платіжну силу грошей держава використовувала найсуворіші за­ходи, аж до кримінального покарання. Наприклад, у XVIII ст. ки­тайський закон карав за відмову приймати імператорські паперові гроші смертю. Двадцять років каторги, а в деяких випадках страта були покаранням за відмову приймати французькі асигнації. Раніше англійське право пропонувало розглядати відмову приймати урядові гроші як державну зраду. Сьогодні легальна платіжна сила грошей забезпечується по-іншому.

Передусім у законодавстві встановлюється приватно-правове правило про те, що особа, яка відмовилася прийняти в погашення грошового зобов'язання гроші, що є законним засобом платежу, впадає в прострочення (ст. 221 ГК, ст. 613 ЦК). Це означає, що кре­дитор позбавляється права на отримання процентів на період такої відмови, а також зобов'язаний компенсувати боржникові збитки, що виникають у нього у зв'язку з неприйняттям грошей кредитором. Крім того, грошові зобов'язання в іноземній валюті за загальним правилом можуть завжди виконуватися на території держави у національній валюті. Зокрема, відповідно до п. 2 ст. 2 Закону «Про обіг векселів в Україні» сума векселя, виражена в іноземній валюті, на території України може бути оплачена в національній валюті України за курсом НБУ на день настання строку платежу.

Не менше значення для забезпечення легальної платіжної сили грошей мають публічно-правові інструменти. Йдеться про: а) обмеження використання іноземної валюти як валюти боргу та платежу (ст.ст. 189 і 198 ГК); б) імперативне забезпечення касових операцій суб'єктів господарювання, повернення валютної виручки, ліцензування валютних операцій (Декрет КМУ «Про систему валют­ного регулювання та валютного контролю тощо); в) поширеність бюджетних зобов'язань, обсяг яких становить понад 30% від ВВП, утворює могутнє обігове поле національної валюти; г) використання національної валюти як засобу податкового платежу (Закон Укра­їни «Про оподаткування прибутку підприємств», Митний кодекс тощо); д) податкове законодавство ускладнює бартерні (товарооб­мінні) операції та робить їх невигідними. Наприклад, відповідно до ст. 4 Закону «Про податок на додану вартість» і ст. 7 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» база оподаткування при товарообмінних операціях ґрунтується на застосуванні «звичай­них» цін, що визначаються у співвідношенні з ідентичними (одно­рідними) поставками. А закони про Державний бюджет України традиційно передбачають, що у разі вивезення (експорту) товарів за межі митної території України шляхом бартерних (товарообмінних) операцій сума податку на додану вартість, сплачена (нарахована) у зв'язку з придбанням таких товарів, не відноситься на збільшення податкового кредиту (як це відбувається за купівлею-продажем), а включається до складу валових витрат платника податку.

Юридичні властивості грошей — еволюційно сформовані харак­теристики грошей, що активно використовуються в правовому регулюванні грошових операцій. Господарсько-правові особливості мають вихідні (рухливість, абсолютна еквівалентність, замінність, споживчий характер, подільність, абсолютна еквівалентність і конвертованість) та похідні властивості грошей (абсолютна госпо­дарська корисність та універсальність).

Через юридичні властивості грошей можна прослідити специфіку грошових зобов'язань.

Рухливість грошей як їх юридична властивість. При існуванні фінансово-кредитних установ і поштових організацій переказ або пересилка крупних грошових сум пов'язані з мінімальними ви­тратами. Саме тому місцем виконання грошового зобов'язання, якщо воно не визначене законом або договором і не випливає з суті зобов'язання, вважається місце знаходження кредитора у момент виникнення зобов'язання (§ 279 Німецького цивільного уложення, ст. 532 ЦК України, ч. 2 ст. 197 ГК України).

Абсолютна еквівалентність грошей полягає в тому, що грошова одиниця визнається ідеальною рахунковою одиницею. Держава, ко­ристуючись цією властивістю, об'єднує різні грошові знаки (золоті, срібні, мідні монети, а згодом і паперові гроші) в грошову систему. Вона визначає тверде співвідношення платіжної сили різних монет (паперових грошей) і для цього користується грошовою одиницею. Наприклад, 10 гривень мідною монетою за своєю платіжною силою рівні 10 гривням паперовими грошима.

Замінність одного роду грошей іншим як юридична властивість грошей заснована на тому, що, виступаючи засобом обміну в товарному обороті, гроші сприймаються не конкретним складом монет чи паперових купюр, а родовим поняттям платіжної сили і суми грошової одиниці.

По-перше, якщо в договорі передбачений платіж певними грошо­вими знаками, то при їх подальшому вилученні із обігу зобов'язання не припиняється. В цьому випадку боржник зобов'язаний сплатити кредиторові певну грошову суму грошовими знаками, що мають ходіння на момент платежу. Між новою і старою одиницею вста­новлюється числове відношення, яке визначається законом, за відсутності ж закону відношення це визначається фактично — за ціннісним співвідношенням.

По-друге, як влучно відмітив Л. А. Лунц, саме завдяки замінності одного роду грошей іншим «виконання грошового зобов'язання ні­коли не може стати об'єктивно неможливим». Вказаному правилу слідує ч. 1 ст. 625 ЦК України і ч. 1 ст. 229 ГК України — боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання.

Подільність як властивість грошей полягає у тому, що гроші надають найбільш досконалу можливість погашення боргу части­нами. Реалізується ця властивість розмінністю грошових знаків, а також можливістю грошей утворювати будь-які сумарні величини платежу.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 366, ч. 2 ст. 371 ЦК України у разі неможливості виділу частки співвласника із загального майна для звернення на нього стягнення кредитора, останній має право вимагати продажу боржником своєї частки в загальній пайовій або сумісній власності з напрямом суми виручки на погашення боргу.

Аналогічним чином вирішується питання при виході особи зі складу учасників господарського товариства, окрім акціонерного товариства. Учасникові, що вийшов, виплачується вартість час­тини майна товариства, пропорційно його частці в статутному або складеному капіталі (ч. 1 ст. 130, ч. 2 ст. 148 ЦК України). Таким чином, законодавство припускає, що наскільки складним способом не визначалася б вартість частини майна (наприклад, 44,6%), її абсолютне вираження в грошах є завжди можливим.

Гроші належать до споживних речей тому, що вони призначені для відчуження, яке для власника рівносильно споживанню, хоча втрати фізичних властивостей (знищення) грошей у процесі їх використання не відбувається. Ця властивість грошей знаходить безпосереднє втілення в праві, коли встановлюється презумпція права утримувача грошових коштів витрачати їх для задоволення

економічних потреб, придбання товарів і послуг тощо. Наприклад, банки з відома закону наділяються правом використовувати тим­часово вільні засоби підприємств, внесені на зберігання на поточні банківські рахунки (ч. 2 ст. 1066 ЦК України). Ось чому за загаль­ним правилом гроші не можуть знаходитися у володінні особи, інакше, ніж на праві власності.

Споживний характер грошей приводить до того, що вони не можуть бути предметом найму. Адже предметом найму може бути тільки річ, визначена індивідуальними ознаками (ч. 1 ст. 760 ЦК України).

Позика, кредит, зберігання і довірче управління — ось основні інститути зобов'язального права, що реалізовують передачу грошей від однієї особи до іншої.

Для грошей, що мають ходіння в Україні і в більшості інших країн, законодавством встановлюються деякі характеристики, що сприяють їх обігу:

а) грошові знаки у разі їх втрати або знищення не підлягають мортифікації, тобто анулюванню із заміною втрачених або знище­них купюр дублікатами. Пояснення тому поміщене у відмежуванні сучасних паперових грошей від цінних паперів на пред'явника. Паперові гроші не засвідчують чиє-небудь право, їхня цінність по­міщена в них самих. Знищення грошових знаків означає знищення цієї цінності. Тому заборона на мортифікацію банкнотів не порушує правові зв'язки, але попереджає невизначеність фінансової системи держави. Саме тому згідно з Законом України «Про Національний банк України» від 20.05.99 р. (ст. 39) НБУ і банки не зобов'язані відшкодовувати знищені, втрачені, фальшиві, підроблені, а також ті банкноти і монети, які стали недійсними;

б) для добросовісного володільця встановлюється безумовне право на грошовий знак. Зокрема, ст. 389 ЦК України прямо перед­бачає, що гроші, а також цінні папери на пред'явника не можуть бути витребувані від добросовісного набувача.

Таке положення існує як виняток з правила статті 388 ГК Укра­їни, згідно з яким допускається витребування майна, придбаного за відплатним договором у добросовісного набувача, лише в тому випадку, якщо це майно втрачене власником або особою, якій це майно було передане власником у володіння, або вибуло з їхнього володіння іншим шляхом не з їхньої волі.

Як наслідок взаємодії вищезгаданих властивостей і вказаних характеристик грошей виникають властивості грошей вторинного порядку. Йдеться про абсолютну господарську корисність і універ­сальність грошових знаків.

Гроші надають максимально можливу свободу вибору господар­ських благ, тобто мають, за висловом Л. А. Лунця, «абсолютну господарську корисність

По-перше, грошові кошти визнаються винятковим предметом платежу в тих випадках, коли необхідне максимальне задоволення господарських потреб одержувача засобів, наприклад, при подат­кових платежах і приватизації.

По-друге, для особи, що користується «чужими грошима», особ­ливо при неправомірності такого використання, виникає обов'язок платити проценти за час цього використання. Пов'язано це з тим розумним припущенням, що всякі гроші всяким їхнім власником можуть бути вкладені в банк під проценти. Тому гроші завжди дають так званий приріст.

Не випадково ст. 536 ЦК України закріплює, що за загальним правилом за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати відсотки. Цьому правилу вторять інші норми законодавства України ГК України і інших законів.

Згідно з ч. 2 ст. 625 ГК України боржник, що прострочив вико­нання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфля­ції за весь термін прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Згідно зі ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяль­ність» забороняється надання безпроцентних кредитів за винятком передбачених законодавством випадків.

Податкове законодавство України передбачає нарахування відсотків у разі розстрочки податкових зобов'язань (бюджетного кредиту). їхній розмір обчислюється з розрахунку 120 % річних облікової ставки НБУ (п. 14.1.1. Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами»).

Властивості грошей призвели до їх універсального використання як предмета різноманітних майнових зобов'язань. Насправді, як пише В. А. Бєлов, вельми непросто знайти юридичний факт, який не породив би грошового зобов'язання. Універсальність грошових знаків виявляється, зокрема, в наступних юридично закріплених можливостях:

1) грошима може компенсуватися будь-який збиток, починаючи від майнового (ст. 623 ЦК України, ст.ст. 224, 255 ГК України) і за­кінчуючи моральним (ст. 23 ЦК України, ч. 1 ст. 225 ГК України);

* грошима може вимірюватися і компенсуватися вартість отриманого за недійсним правочином при застосуванні наслідків його недійсності (ч. 1 ст. 216, ч. 4 ст. 221, ч. З ст. 222 ЦК України, ст. 208 ГК України);
* грошима може компенсуватися вартість будь-якого майна, яке може бути об'єктом права власності (ч. 4 ст. 362, ч. 2 ст. 366, ч. З ст. 386, ч. 2 ст. 393, ст. 394 ЦК України, ст. 225 ГК);
* грошима компенсуються витрати кредитора щодо виконання роботи за боржника (ст. 621 ЦК України);
* грошові кошти є основним видом внеску засновника під­приємства і учасника господарського суспільства (ч. 2 ст. 66 ГК України, ч. 2 ст, 115 ЦК України, ст. 13 Закону «Про господарські товариства») і основною цінністю, що визнається інвестицією (ст. 1 Закону «Про інвестиційну діяльність»);
* грошова оцінка доходів особи здійснюється навіть у тому ви­падку, коли фактично вони отримані в натуральній формі (п. 4.1. ст. 4 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств», Закон «Про податок з доходів фізичних осіб»);
* грошова виручка від реалізації майна є основою для задово­лення вимог кредиторів за рахунок майна боржника (ст.ст. 50-52 Закону України «Про виконавче провадження»), зокрема, як пра­вило, при заставі (ст. 591 ЦК України, ст.ст. 20-22 Закони «Про заставу») тощо.

Залежно від ступеня самостійності грошових зобов'язань госпо­дарського характеру їх можна поділити на три групи:

До першої групи слід віднести зобов'язання, предметом яких можуть бути лише гроші: а) з оплати процентів (ст. 536, ч. І ст. 625 ЦК, ч. З ст. 198 ГК, ст. 49 Закону «Про банки і банківську діяльність»), зокрема, у разі відстрочки податкових зобов'язань (п. 14.1.1 ст. 14 Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» тощо); б) з оплати штрафних санкцій у майново-господарських відносинах (ст.ст. 230-234 ГК тощо); в) про видачу завдатку (§ 5 гл. 49 ЦК); г) що випливають з гарантії (§ 4 гл. 49 ЦК, ч. 6 ст. 77, ч. І ст. 183, ст.ст. 199-200 ГК, ст. 17 Бюджетного кодексу, Уніфіковані правила для гарантій за першою вимогою 1992 р.); д) що випливають із стра­хування (гл. 67 ЦК, §2 гл. 35 ГК, ст. 1 Закону «Про страхування» тощо); е) із приводу внесення в депозит суду грошової суми на за­безпечення позову (ч. 4 ст. 362 ЦК); є) із приводу придбання майна з публічних торгів (ст. 591 ЦК й ін.); ж) із приводу видачі векселя, ощадних сертифікатів і казначейських зобов'язань (гл. 14 ЦК, гл. 17 ГК, ст. 7-11 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» тощо); з) зобов'язання, що лежать в основі фінансового кредиту та більшості інших банківських і фінансових послуг, як-от: обмін валюти, відкриття й обслуговування банківського рахунка, грошо­вий переказ, прийняття грошей у депозит, відкриття акредитива, здійснення інкасових операцій, довірче управління коштами тощо (глави 71-74 ЦК, гл. 35 ГК, ст.Ст. 47, 49, 51 Закону «Про банки і банківську діяльність», ст. 4 Закону «Про фінансові послуги та дер­жавне регулювання ринків фінансових послуг» тощо); і) зі сплати адміністративно-господарських санкцій у вигляді безкоштовного вилучення прибутку (доходу), пені або штрафу (ст.ст. 240-242 ГК, ст. 4 Закону «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», ст. 16 Декрету «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», ст. 1 Закону «Про відповідальність підпри­ємств, їхніх об'єднань, установ і організацій за правопорушення в сфері містобудування», ст. 52 Закону «Про захист економічної конкуренції», ст. 41 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» тощо).

Друга група досліджуваних зобов'язань існує в рамках тих майново-господарських зобов'язань, предметом яких, як правило, є гроші. Виділення зобов'язань цієї групи має значення остільки, оскільки їхня грошова природа передбачається, якщо інше не визна­чено законом (локальним актом) або договором: а) про відшкодуван­ня збитків (гл. 25 ГК, ст.ст. 22 і 623, глави 80-82 ЦК тощо); б) про відшкодування моральної шкоди (ч. 1 ст. 225 ГК, статті 23,1167, 1168 ЦК тощо), в) за договором позики (гл. 71 ЦК); г) з оплати послуг поручителя (§ 3 гл. 49 ЦК); д) з публічної обіцянки винагороди (гл. 78 ЦК); е) з оплати внесків учасниками господарського товариства (ст. 86 ГК, ч. 2 ст. 115 ЦК), засновниками інших господарських організацій (об'єднань), зокрема, членами біржі (наприклад, ст.ст. 10, 13 Закону «Про товарну біржу»); є) з відшкодування доходів або витрат у випадку повернення майна з незаконного во­лодіння (ст. 390 ЦК), у разі повернення безпідставно придбаного майна (ст. 1214 ЦК); ж) зобов'язання держави, що випливають із субсидіарної відповідальності за боргами казенного підприємства (ч. 7 ст. 77 ГК); з) зобов'язання з повернення іноземному інвес­торові іноземної інвестиції після припинення ним інвестиційної діяльності (ст. 399 ГК) тощо.

Третя група грошових зобов'язань є складовою зобов'язань, при­рода яких визначається безвідносно того, чи є гроші предметом їх виконання, чи ні. Ця група грошових зобов'язань визначається при­родою двосторонніх зобов'язань, в яких грошове зобов'язання ви­ступає компенсаційною ланкою оплатного майново-господарського відношення. Керуючись термінологією англо-американської си­стеми права — це грошові зобов'язання зустрічного задоволення: а) з оплати придбаної речі за договором поставки, контрактації, лізингу, приватизації тощо); б) з оплати винагороди за надання по­слуг (зберігання, комісія, доручення, оренда, перевезення, продаж валютної виручки тощо); в) з оплати винагорода за виконання робіт (підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектно- дослідницьких робіт).

Саме ця група грошових зобов'язань найпоширеніша. Грошові зобов'язання зародилися саме для забезпечення зустрічних пла­тежів при передачах речей. Поява векселя, банківського креди­ту, грошового податкового зобов'язання та гарантії — грошових зобов'язань у чистому виді — мало місце значно пізніше звичайних зобов'язань «товар — гроші».

Навіть у складі двостороннього зобов'язання, виступаючи так званим «вбудованим», грошове зобов'язання незмінно відпо­відає юридичним вимогам, які висуваються до змісту грошових зобов'язань. Інституційна відокремленість грошового зобов'язання особливо чітко виділяється у господарських відносинах завдяки його обіговим, кредитним та вартісним функціям.

Своєрідність та єдність грошових зобов'язань обумовлюється низкою елементів: єдиним предметом та об'єктом, підставами ви­никнення, особливостями місця, строку та порядку виконання, нарешті заходами відповідальності.

## § 2. Особливості виникнення, зміни і припинення грошових зобов'язань господарського характеру

Вихідні положення, що впливають на особливість виникнен­ня грошових зобов'язань господарського характеру, передбачені в ст.ст. 180,189 ГК України — 8а будь-яких умов сторони госпо­дарського договору мають погодити умову про ціну товарів (робіт, послуг). При цьому ціна є «формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання».

Ці положення відрізняються від встановленого у ст. 632 ЦК України застосування «звичайних цін» у випадку відсутності спе­ціального договірного їх встановлення.

Ця особливість має пояснення. Відсутність ризикованого та комерційного характеру поведінки звичайних споживачів знімає значну частину перемінних чинників ціноутворення, що зумовлює більш прості вимоги до механізму визначення ціни. Натомість товар (послуга, робота) оцінюється суб'єктом господарювання не з точки зору його споживчої якості, а з погляду виробничо-комерційних можливостей, які у цього суб'єкта виникають з отриманням цього товару. Це передбачає, крім іншого, специфічні вимоги, від яких сповна залежить ціноутворення: щодо строків отримання товару, їх обсягу, транспорту доставки, місця розвантаження, систематичності поставок, можливості перепродажу товару тощо. Наприклад, ціна товару, що закуповується суб'єктом господарювання у суб'єкта ма­лого підприємництва — «спрощенця», має бути на порядок нижча,

адже продавець не є платником ПДВ, а тому покупець не отримає податковий кредит у розмірі 16,67 % від вартості товару. Отже, без спеціального договірного визначення ціни товару він підприємцю взагалі може виявитися непотрібним.

Реальне та належне виконання грошового зобов'язання в сфері господарських відносин залежить від того, наскільки повно дії боржника відповідають умовам зобов'язання стосовно способу, черговості, строку і місця виконання грошового зобов'язання.

Грошові зобов'язання можуть бути виконані двома основними способами — безготівковим та готівковим платежем, хоча сфера застосування останнього значно обмежена в сфері господарювання, про що буде сказано при розгляді розрахункових відносин.

Враховуючи наведену вище презумпцію завжди існуючої мож­ливості виконання грошового зобов'язання (ст. 229 ГК, ст. 625 ЦК), можна визначити дві особливості форс-мажорних обставин, які звільнюють суб'єкта господарювання від відповідальності за нена­лежне виконання грошового зобов'язання. По-перше, ці обставини допускаються лише у випадках, зазначених у законі, договорі або формалізованому звичаї (наприклад, у ст. 17 Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів). По-друге, ці обстави­ни для господарського грошового зобов'язання викликають лише тимчасову неможливість виконання, тобто зупиняють його, а не припиняють.

Дострокове та часткове виконання боржником грошово­го зобов'язання, на відміну від більшості інших («товарних») зобов'язань (ч.ч. 4,5 ст. 193 ГК та ст.ст. 529,531 ЦК), допускається виходячи із суті цього зобов'язання, якщо інше не встановлено в законі чи договорі.

Найважливішим принципом виконання грошового зобов'язання є принцип номіналізму, що лежить в основі платіжних систем більшості країн світу. В силу цього принципу сума грошей, що під­лягає сплаті боржником за грошовим зобов'язанням, залишається незмінною, незважаючи на зміни в купівельній силі грошей. Цей принцип є проявом політики держави на підтримку стабільності грошової системи та чіткої визначеності майнових відносин. Виня­ток із цього принципу виникає, насамперед, через іншу договірну умову, яка передбачає переоцінку (індексацію) суми боргу. Принцип номіналізму також не діє у разі прострочення платежу — на суми прострочення згідно зі ст. 229 ГК та ст. 625 ЦК нараховуються інфляційні втрати, а також, як правило, три проценти річних. Індексація боргу відбувається також у випадку завдання шкоди та деяких інших законодавчих випадках, визначених законом.

Категорія черговості виконання грошових зобов'язань у сфері господарювання потребує виділення трьох аспектів, один з яких ґрунтується на активній, а два на пасивній формі реалізації гро­шових зобов'язань.

Перший виникає на ґрунті активних дій учасника розрахунково- грошових відносин — банку з приводу виконання платіжних до­кументів, ініційованих стосовно коштів клієнта на банківському рахунку. Йдеться про черговість виконання банками платіжних до­кументів, поданих одночасно в банк самим платником або органами, повноважними законом здійснювати примусове стягнення коштів, за умови недостатності коштів платника на банківському рахунку. Цей аспект черговості виконання охоплюється поняттям «примусо­ве стягнення грошового боргу», про який йтиметься надалі.

Другий (пасивний) аспект категорії черговості виконання грошо­вих зобов'язань передбачає градацію вимог кредиторів (стягувачів), що задовольняються з майна суб'єкта господарювання — юридичної особи, що ліквідується за власної ініціативи, відповідно до ст. 61 ГК України, ст. 112 ЦК України, а для підприємців-банкрутів та інших боржників — відповідно до законів України «Про відновлен­ня платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та «Про виконавче провадження».

Третій аспект категорії черговості виконання грошових зобов'я­зань заснований на формально-розрахунковому (тому «пасивному») віднесенні тієї чи іншої суми, що надійшла кредиторові від боржни­ка, на погашення того чи іншого грошового зобов'язання.

ЦК України у ст. 534 передбачає, що за загальним правилом у ви­падку недостатності проведення платежу для виконання грошового зобов'язання в повному розмірі платіж боржника погашає у першу чергу витрати кредитора на прийняття виконання, у другу—проценти і неустойку; у третю—основну суму боргу. Загальний зміст цих правил зрозумілий—стимулювання до виконання зобов'язання. Адже за на­явності прострочених процентів чи несплаченої неустойки зменшення "тіла» основного боргу призвела б до зменшення наступних процентів та неустойки без достатньої економічної підстави, адже сума коштів кредитора, що використовується боржником, не зменшується.

На відміну від зобов'язань негрошового (товарного) характеру, в яких місце виконання визначається місцем проживання (місце­знаходження) боржника, місцезнаходженням об'єкта нерухомості, місцем здачі майна перевізникові, місцем зберігання або виготов­лення товару, місце виконання грошових зобов'язань визнача­ється відповідно до ст. 197 ГК України (ст. 532 ЦК України) — за місцезнаходженням кредитора в момент виникнення зобов'язання, якщо інше не встановлене в законі, договорі, чи не випливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту.

Очевидно, що при визначенні місця виконання грошового зобов'язання чинні норми ГК і ЦК України мають на увазі фізичну доставку готівки в місце знаходження кредитора та не можуть засто­совуватися у випадках, коли платіж здійснюється в безготівковому порядку. В останньому випадку місцем виконання зобов'язання за­вжди виступає банк кредитора. Такий висновок випливає з аналізу ст.ст. 198, 341 ГК і ст. 1088 ЦК України.

Для вексельного зобов'язання за загальним правилом місцем платежу є місцезнаходження платника, точніше «місце, позначе­не поруч із найменуванням платника» (ст.ст. 2, 76 Уніфікованого Закону про переказний вексель і простий вексель, установленого Женевською конвенцією 1930 р., що ратифікована Україною 06.07.99 р.). Тому за відсутності іншої вказівки місцем платежу за переказним векселем є місцезнаходження акцептанта (трасата), а за простим векселем — місцезнаходження векселедавця.

Строк виконання грошових зобов'язань учасників господар­ських відносин — найважливіший параметр правомірної поведінки боржника. Випадки, коли в законодавстві передбачаються певні строки грошових зобов'язань, не поодинокі. Це ст.ст. 268,269,276, 399 ГК України, ст.ст. 144, 692, 738,854 ЦК України, ст. 321, ч. 7 ст. 276, ст. 301, ст. 11 Закону «Про режим іноземного інвестуван­ня», ч. 4 ст. 29 Закону «Про приватизацію державного майна», ч. 5 ст. 23 Закону «Про приватизацію невеликих державних під­приємств (малої приватизації)», ст. 28 Закону «Про страхування», ст. 15-1 Закону «Про електроенергетику», ст.ст. 30,31,32, 33,53, 54, 21 Закону «Про господарські товариства» від 19.09.91 р. тощо.

Необхідно враховувати специфіку господарських зобов'язань у цьому питанні. Наприклад, плата за користування майном за договором найму вноситься щомісяця, якщо інше не встановлено договором (ст. 762 ЦК України). Але згідно зі ст. 286 ГК України строки внесення орендної плати визначаються в договорі. Тому для договорів господарської оренди умова про строк внесення орендної плати є істотною, а за її відсутності договір вважається неукладеним (ч. 8 ст. 181 ГК України).

## § 3. Поняття розрахункових правовідносин

У правовій науці розрахунки розуміються як дії боржника, на­правлені на погашення грошового зобов'язання. Іншими словами, розрахункові правовідносини — це технологія виконання грошових зобов'язань.

Розрахункові відносини є частиною різноманітних відплатних майнових відносин. Хоча основний економічний зміст економічних відносин закладено в товарній складовій, розрахункові відноси­ни набувають самостійного значення. Відбувається це, по-перше,

в результаті участі в цих відносинах банків. По-друге, завдяки не співпадінню моментів передачі товарів і грошей, що потребує окремого механізму передачі грошей. По-третє, завдяки само­стійній правовій регламентації розрахункові відносини у вигляді спеціальних банківських, касових, вексельних та інших правил. Останні не тільки прямо не зачіпають вихідні товарні відносини, але і характеризуються незмінними публічно-правовими рисами: поширеність норм-приписів, контрольно-наглядові функції банків, наявність адміністративно-господарських санкцій за порушення відповідних правил. Сама форма основних актів НБУ в сфері роз­рахунків — інструкції (instructio — від лат. повчання) — орієнтує, що їхні сторони можуть обрати лише спосіб і форму розрахунків — всі інші їхні дії, як правило, строго регламентовані. В-четверте, розрахункові відносини мають яскраво виражений процедурний характер. Механізм переказів коштів однаковий для господарсько- правових, цивільно-правових, адміністративних, податкових, бюджетних та інших грошових зобов'язань. Саме тому П.І. Стучка розглядав розрахунки не як вид зобов'язань, а як форму опосеред­кування відносин.

Необхідно розрізняти передумови та підстави виникнення роз­рахункових правовідносин. Передумови — відносини, які прямо не викликають розрахункові правовідносини, але створюють умови для їхнього існування. Такими відносинами є вихідні товарні (в т.ч. кредитні) відносини, договір банківського рахунка, операції з про­дажу валютної виручки (для розрахунків в іноземній валюті) тощо.

Підставою виникнення розрахункових відносин є розрахункове зобов'язання, що визначає спосіб і форму розрахунків у господар­ських відносинах, виражену в такому розділі господарського до­говору, як «порядок розрахунків».

*Таким чином,* розрахункові правовідносини — це врегульоване правом особливе коло суспільних відносин процедурного характеру, що дозволяють здійснити приймання-передачу грошових коштів в різнорідних майнових зобов'язаннях.

Слід розрізняти поняття «спосіб» і «форма» розрахунків.

Спосіб розрахунків — це одноманітний механізм прийому- передачі грошового еквівалента, що характеризується специфічними формами розрахунків, засобами платежу і учасниками розрахунків.

На стадії виникнення грошових зобов'язань необхідно вибрати один з двох способів розрахунків: готівковий, що здійснюється за допомогою паперових грошей або металевої монети, або безготів­ковий, що здійснюється за допомогою переказів за банківськими рахунками.

Під формами розрахунків в одному випадку розуміють сукуп­ність правил, які регулюють форму і зміст розрахункових докумен­тів, в іншому — форми документообороту, в третьому — правові форми діяльності суб'єктів.

Недоліком першого підходу є ототожнення форм розрахунків і складу розрахункових документів. Тим часом, одні і ті ж розрахун­кові документи притаманні різним формам розрахунків. Зокрема, платіжна вимога використовується при примусових стягненнях і при клірингу (заліку). Окремі форми розрахунків використову­ють набір розрахункових документів. Наприклад, при акредитиві використовуються заявки, платіжні доручення, акредитивні під­твердження, банківські авізо. Не можна відокремити одну форму від іншої і за формою документообігу. Норми, що встановлюють порядок руху документів, часто аналогічні для декількох форм розрахунків.

Отже, форми (види) розрахунків — де сукупність індивідуально- визначених для конкретних способів розрахунків правових норм, що визначають правила здійснення грошових платежів між госпо­дарюючими суб'єктами за допомогою закріплення юридично зна­чущих дій, форм документації і правил документообігу.

Форми (види) розрахунків відрізняються для готівкового і без­готівкового способу платежу.

## § 4. Порядок відкриття і обслуговування банківського рахунка

Обов'язок зберігати грошові кошти в банках і здійснювати роз­рахунки через банки виникає з обов'язку суб'єктів господарювання дотримуватися касової дисципліни, порядок використання готівки, а також вимог законодавства України про здійснення окремих пла­тежів виключно в безготівковій формі. Наприклад, згідно з Законом України «Про обіг векселів в Україні» від 05.04.2001 р. розрахунки за векселями допускаються виключно в безготівковому порядку.

Згідно з ч. 2 ст. 341 ГК України для здійснення розрахунків суб'єкти господарювання зберігають грошові кошти на рахунках в банках. Законом «Про внесення до деяких законів України змін щодо відкриття банківських рахунків» від 16.12.97 р. (пункт 4 розділу ІІ) дані про банківські рахунки віднесені до обов'язкових реквізитів господарських операцій.

Правовою основою відкриття і функціонування банківських рахунків служать § 1 гл. 35 ГК України, гл. 72 ЦК України, закони України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001, «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 28.11.2002 р. Спеціаль­ним актом у цій сфері є «Інструкція про порядок відкриття, викорис­тання і закриття рахунків в національній та іноземних валютах», затверджена постановою Правління НБУ від 12.11.2003 № 492.

Категорія банківського рахунка має неоднорідний зміст. У вузь­кому сенсі так іменують поточні рахунки. Поточні рахунки (раніше іменувалися розрахунковими) використовуються для здійснення безготівкових платежів, зокрема для банківських переказів, для обслуговування електронних карток, для формування статутного фонду підприємства і тому подібне У широкому сенсі банківські рахунки включають також вкладні (депозитні) рахунки, що реа­лізовують позикові відносини за договором банківського внеску.

Умови функціонування банківського рахунка закріплюються в договорі банківського рахунка. Його мають право укладати не тільки самостійні суб'єкти господарювання, але і відособлені під­розділи юридичних осіб (ч. 4. ст. 342 ГК).

За договором банківського рахунка банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок, відкритий клієнтові (володільцеві рахунка), грошові кошти, що йому надходять, виконувати розпорядження клієнта про перерахування і вида­чу відповідних сум з рахунка та проведення інших операцій за рахунком *(ст. 1066 ЦК).*

Раніше існувала дискусія про суть договору банківського рахун­ка. Одні автори доводили його диспозитивний характер, указуючи на наявність оферти і акцепту, майнової відповідальності. Інші вбачали управлінський характер відносин, констатуючи формаль­ність свобод при укладенні договору, імперативність його умов, господарсько-контрольні функції банку.

Сьогодні публічно-правова складова відносин з приводу банків­ського рахунка, попри на ринкові відносини в Україні, не викликає сумнівів.

По перше, ЦК України відносить договір банківського рахунка до публічних договорів. Це означає, що згідно зі ст. 1067 ЦК банк зобов1 язаяяй укласти договір банківського рахунка з клієнтом, що

звернувся із пропозицією відкрити рахунок на оголошених банком умовах, відповідно до закону і банківських правил. Виняток ста­новлять випадки, коли банк не має можливості прийняти клієнта на банківське обслуговування або якщо відмова у відкритті банків­ського рахунка допускається законом або банківськими правила­ми. Крім того, банк позбавлений можливості відмовити клієнтові в здійсненні операцій, передбачених для рахунків даного вигляду законом, якщо інше пряме не передбачено договором (ст. 1068 ЦК України). Іншими словами, банк не може відмовити клієнтові в здійсненні розрахункової операції, що допускається в банківській практиці, тільки на тій підставі, що така операція прямо не перед­бачена в договорі банківського рахунка.

По-друге, публічно-правовий елемент порядку відкриття і функціонування банківських рахунків зумовлений організаційно- господарськими процедурами в цій сфері. Документи, що вимага- ютсья банками для відкриття рахунка: заява встановленого зразка, завірені копії Свідоцтва про державну реєстрацію і установчих до­кументів, документи про прийняття на облік в податкових органах і пенсійному фонді, фондах соціального страхування, підтвердження статистичного коду, наказ (протокол зборів засновників) про призна­чення директора і головного бухгалтера, картка із зразками підписів і печатки тощо, — виявляють контрольно-наглядові публічні засади, не властиві «звичайним» (розділи 54-70 ЦК України) цивільно- правовим зобов' язанням. Категорії, що є презумпцією при укладанні цивільних угод: сумлінність контрагента, його реєстрація в установ­леному порядку, відповідність засновницьких документів чинному' законодавству, відповідність підписів оголошеним особам — при укладенні договору банківського рахунка наказані банкам до перевір­ки під загрозою позбавлення банківської ліцензії та інших санкцій.

Банки не мають права здійснювати розрахункові операції за по­точним рахунком клієнта (окрім зарахування коштів) до одержання повідомлення податкового органу про прийняття на облік рахунка суб'єкта господарювання. Це правило кореспондує з положення­ми Закону «Про систему оподаткування» про обов'язок суб'єктів господарювання повідомляти в податкові органи про відкриття і закриття банківських рахунків. Банки зобов'язані повідомляти податкові органи і НБУ про припинення взаємин з клієнтами і т. п.

Нарешті, банківські установи виступають агентами валютного контролю, визначають для суб'єктів господарювання ліміт каси, здійснюють контроль за правильністю оформлення податкових та інших платежів1.

Попри на вагомі публічні складові відносин з приводу відкриття, використання і закриття банківських рахунків, диспозитивність відносин банку і клієнта знаходить підтвердження в ст. ст.1066 - 1076 ЦК України:

- у договірному характері оформлення їх відносин;

- у здійсненні банком операцій за рахунком за дорученням клі­єнта, за винятком випадків, вказаних в законі;

* у відшкодувальному характері послуг банку і зустрічному на­рахуванні відсотків за користування грошима клієнта;

у відсутності у банку права визначати і контролювати напрями використання грошових коштів клієнта;

* у обов'язку банку дотримувати банківську таємницю за ви­нятком випадків, вказаних в законі, та ін.

Крім того, законодавством України не обмежена кількість рахун­ків, які можуть мати суб'єкти господарювання (за винятком правила про один рахунок для формування статутних фондів господарських товариств, здійснення спільної діяльності без створення юридичної особи, ліквідації юридичних осіб і деяких інших випадків).

З огляду на те, що договір банківського рахунка фактично є договором приєднання, згідно з ч. 2 ст. 207 ГК України його умови є нікчемними, якщо вони: а) виключають або обмежують відповідаль­ність банку або взагалі не покладають на нього певних обов'язків, б) допускають односторонню відмову від зобов'язання з боку банку або односторонню зміну його умов, в) вимагають від клієнта не­пропорційно більшого розміру санкцій ири відмові від договору, не встановлюючи аналогічних санкцій для банку. Схожі правила містить ст. 634 ЦК.

Звертає на ссбе увагу той факт, що, попри істотний публічний ха­рактер договору банківською рахунка, його регулювання передбачається в ЦК України. Пояснюється це процесами так званої комерціалізації цивільного права, коли низка інститутів, вироблених у господарському (комерційному) праві,розповсюджується на весь спектр майнових відносин, Відбувається це внаслідок практичної цінності цих інститутів і об'єктивної необхідності обмежити свободу цивільних відносин на користь суспільних інтересів - за аналогією зі сферою господарювання. Банк має право використовувати грошові кошти на рахунку клієнта, гарантуючи йому право безперешкодного розпоряджен­ня цими коштами (ч. 2 ст. 1066 ЦК України). Зумовлено це право об'єктивністю переходу до власника речей, визначених родовими ознаками, прала власності на такі речі. Адже для банку є безглуздим фізичне відділення грошей різних клієнтів; клієнт втрачає право віндикаційного позову, позаяк не може ідентифікувати свої гроші від інших; стає умовним його контроль за процесами використання переданих банку грошей. Водночас, не можна погодитися з думкою тих правознавців, які в такому пануванні банку над грошима клієнта убачають позикову природу договору банківського рахунка. Такий висновок не відповідає каузі (цілі) цього договору. Не можна

відносити до взаємних інтересів його учасників властиві окремо банку вигоди. Співпадаюче за спрямованістю волевиявлення сто­рін договору — це зберігання коштів на виділеному рахунку під умовою безумовного і невідкладного виконання банком доручень клієнта (а у випадках, передбачених законодавством, — вимог інших осіб) щодо здійснення платежів а рахунка. Право власності банку на кошти клієнта тут виникає як неминучість. У цьому по­лягав відмінність таких відносин від договору депозитного рахунка, емісії облігацій і деяких інших зобов'язань, де кауза обопільного волевиявлення сторін інша, що дозволяє говорити про позиковий характер відносин.

Договір банківського рахунка у сфері господарювання має ряд особливостей, які зумовлені специфікою господарських зобов'язань у порівнянні із загальноцивільними. Зокрема, згідно зі ст.ст. 180 і 189 ГК України ціна і строк е істотною умовою гос­подарських договорів. На відміну від ЦК України, який презумує договір банківського рахунка як безвідплатний і безстроковий (якщо інше не встановлене в договорі). Тому в договорі банків­ського рахунка, що відкривається суб'єктові господарювання, повинна встановлюватися ціна послуг банку у вигляді періодичної фіксованої суми та/або в певному розмірі для конкретної операції (процентному відношенні до суми платежу), а також встановлюва­тися строк дії договору. Інакше такий господарський договір слід вважати неукладеним.

Крім того, ч. 6 ст. 341 ГК України передбачає, що договір банків­ського рахунка повинен містити реквізити сторін, умови відкриття і закриття рахунка, види послуг, які надаються банком, обов'язки сторін і відповідальність за їх невиконання, умови припинення договору.

Поточні банківські рахунки відкриваються в національній та іноземній валютах. Спеціальні правила встановлені для відкриття поточних рахунків відокремленим підрозділам юридичних осіб, представництвам іноземних суб'єктів господарської діяльності, бюджетним організаціям, сільськогосподарським підприємствам, довірчим товариствам тощо.

Депозитні (вкладні) рахунки відкриваються суб'єктам госпо­дарювання на певний строк і на умовах, узгоджених у договорі банківського вкладу (депозиту). Проведення розрахунків і видача готівкових коштів з депозитних рахунків забороняються.

## § 5. Правове регулювання готівкових розрахунків

Готівкові розрахунки — це спосіб здійснення розрахунків, за якого платіж здійснюється паперовими грошима чи металевою монетою. У законодавстві розрахунки з використанням платіжної картки, як правило, прирівнюються до готівкових розрахунків.

При розрахунках за допомогою готівки не виникає таких яскраво виражених відокремлених відносин у рамках вихідних майнових відносин, як при безготівкових розрахунках. Тут, як правило, нерозривні процеси передачі товарів і сплати грошей, що робить грошовий платіж органічною частиною еквівалентних відносин. Водночас, діють спеціальні правила документального оформлення процедур приймання-передачі готівки, а також тісно пов'язаних з ними операцій із зберігання, обліку і обігу готівки (касові операції). Це дозволяє розглядати готівкові розрахунки в рамках самостійних правовідносин.

Згідно зі ст. 198 ГК України платежі за грошовими зобов'язан­нями, що виникають у господарських відносинах, здійснюються в безготівковій формі або готівкою через установи банків, якщо інше не встановлено законом. Готівкові розрахунки через банківські установи в цьому випадку є внесенням готівки до каси банків для переказу на рахунки суб'єктів господарювання, або видачі ним у вигляді готівкових коштів. Таким чином, за загальним правилом між суб'єктами господарювання не можуть здійснюватися готівкові розрахунки поза банківські установи. Це положення ГК України уточнюють загальне правило ст. 1087 ЦК України про те, що між юридичними особами, а також за участю громадян — підприємців готівкові розрахунки допускаються, якщо інше не встановлене за­коном. ♦Інше» вданому випадку встановлене ГК України для сфери господарювання.

Положення ГК України розвиваються в Законі України «Про за­стосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування і послуг» в редакції від 01.06.2000 р. (далі — «Закон про РРО») і Положенні про ведення касових опе­рацій у національній валюті в Україні, затвердженому постановою Правління НБУ від 15.12.2004 р. Хе 637 (далі — Положення про ведення касових операцій).

Стаття 3 Закону про РРО встановлює обов'язок суб'єктів підпри­ємництва при готівкових розрахунках у сфері торгівлі, громадського харчування і послуг використовувати реєстратори розрахункових операцій (далі — РРО), тобто пристрої або програмно-технічні комплекси з реалізованими фіскальними функціями, а також роз­рахункові книжки з номерними розрахунковими квитанціями і

книги обліку розрахункових операцій. РРО, розрахункові книжки і книги обліку підлягають реєстрації в податкових органах. Ана­логічні вимоги розповсюджуються на розрахунки в цих же сферах з використанням платіжних карток, платіжних чеків і жетонів.

У деяких випадках РРО, розрахункові книжки і книги обліку розрахункових операцій у готівкових розрахунках не застосовують­ся. Зокрема, у разі продажів підприємствами продукції власного виробництва розрахунки проводяться через каси підприємств з оформленням прибуткових або витратних касових ордерів. При продажі проїзних і перевізних документів оформляються квитки, квитанції, талони тощо. Проте у будь-якому випадку споживачеві повинен бути виданий розрахунковий документ встановленої форми на суму проведеної операції (касовий або товарний чек, квитанція, квиток та ін.).

Розділ V Закону про РРО встановлює адміністративно-госпо­дарські штрафи до суб'єктів господарювання за непроведення роз­рахунків через РРО, неоформлення розрахункового документа, проведення розрахункової операції без використання розрахункової книжки у встановлених випадках. Крім того, працівники суб'єктів господарювання за такі порушення притягуються до адміністратив­ної відповідальності за ст. 155-1 КУпАП.

Положення про ведення касових операцій є обов'язковим для всіх суб'єктів господарювання України.

Розрахунки готівкою суб'єктів господарювання між собою, а також з громадянами можуть здійснюватися за рахунок коштів, одержаних з кас банків, а також за рахунок виручки від реалізації товарів (робіт, послуг) і позареалізаційних надходжень (наприклад, внесок засновників до статутного фонду підприємства).

Сума платежу готівкою одного суб'єкта господарювання іншому суб'єктові господарювання не повинна перевищувати 10 тис. грн протягом одного дня незалежно від кількості платіжних документів. Проте кількість суб'єктів господарювання, з якими можуть прово­дитися розрахунки протягом дня, не обмежується. Платежі понад вказану суму повинні здійснюватися виключно безготівковим способом. Дія цього правила не розповсюджується на закупівлі сільгосппродукції, на розрахунки за спожиту електроенергію, на розрахунки з бюджетами, а також на розрахунки суб'єктів госпо­дарювання з громадянами.

Якщо здійснюються готівкові розрахунки понад вказані вище суми, то кошти, які перевищують їх, розрахунково додаються до залишків готівки в касі для подальшого контролю з боку держави.

При цьому підприємства зобов'язані дотримувати ліміт залиш ку готівки в касі — максимальний розмір грошової суми, який може знаходитися в касі підприємства на кінець дня, і встановлюється банком відповідно до нормативних актів НБУ з урахуванням особ­ливостей господарської діяльності підприємства (режим і специфіка роботи, віддаленість від банку, розмір касових оборотів, графік роботи інкасатора). Сільськогосподарські підприємства самостійно встановлюють собі ліміти каси, але зобов'язані їх дотримувати про­тягом року. Ліміт каси не встановлюється фермерським господар­ствам, що здійснюють виключно операції з сільгосппродукцією, і громадянам — підприємцям.

Всі понадлімітні суми готівки підприємства зобов'язані здавати в банк в порядку і терміни, встановлені банком, для зарахування на їхні поточні рахунки. У разі надходження в касу підприємства готівки після закінчення часу, коли вона може бути здана в банк, понадлімітні суми повинні бути здані в банк не пізніше наступного робочого дня.

Невиконання цих вимог тягне господарсько-правові санкції, встановлені Указом Президента України «Про застосування штраф­них санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки» від 12.06.95 р. № 436 в редакції від 11.05.99 р. № 491 — за такі пору­шення, як перевищення лімітів каси, неоприбутковування готівки в касі тощо.

На перший погляд застосування цих санкцій на підставі Ука­зу Президента суперечить правилу ст. 238 ГК України про те, що адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені ви­ключно законами. Проте цей Указ був виданий у період, коли відповідно до ст. 114-5 чинної тоді Конституції УкраїнськоїРСР, Президент мав право приймати Укази з питань економічної реформи, не врегульовані законами України, які повинні були діяти до прийняття відповідних законів. Окрім того, остання редакція цього Указу від 11.05.99р. відно­ситься до періоду, коли Президент України мав аналогічні права згідно з перехідним положенням чинної Конституції України. Ця обставину прирівнює Указ за юридичною силою до закону.

Застосування санкцій за порушення правил здійснення готівко­вих розрахунків цілком виправдане. Адже неадекватне зростанню виробництва зростання готівкової маси призводить до знецінення грошей, інфляції, розбалансованості споживчого ринку, неза­конним валютним операціям, підвищенню касових витрат тощо. Тому правове регулювання розрахунків має всіляко стимулювати розвиток безготівкових платежів.

Форми готівкових розрахунків обумовлені правилами докумен­тального оформлення готівкових операцій.

Формалізація готівкових розрахунків виконує пасивну функцію у порівнянні з активною функцією формалізації безготівкових розрахунків. Де зумовлено тим, що формалізація готівкових роз­рахунків лише фіксує дані проведеної операції, тоді як формаліза-

дія безготівкових розрахунків прямо визначає механізм переказу грошових коштів.

Розрахунки з використанням РРО — де форма готівкових роз­рахунків у сфері торгівлі, громадського харчування і послуг, за якої підтвердження готівкової операції проводиться із застосуванням зареєстрованого, опломбованого і переведеного у фіскальний режим роботи РРО з видачею касового чека або іншого розрахункового до­кумента (залежить від типу РРО).

Розрахунки з використанням розрахункової книжки — це форма готівкових розрахунків, за якою у випадку неможливості використання РРО (поломка, ремонт, розрахунки в гірських насе­лених пунктах тощо) фіксація розрахункової операції проводиться з використанням належним чином зброшурованої, прошнурованої і зареєстрованої книжки, яка містить номерні розрахункові квитан­ції, що видаються платникові.

Розрахунки з використанням видаткового касового ордера — це форма готівкових розрахунків, за якою видача готівкових коштів з каси підприємства оформляється видатковим касовим ордером. Ця форма розрахунків застосовується у разі закупівлі сільгосппро­дукції у населення, повернення проданої раніше продукції власного виробництва, видачі коштів під звіт тощо.

Розрахунки з використанням прибуткового касового ордера — це форма готівкових розрахунків, за якою внесення готівки до каси підприємства оформляється прибутковим касовим ордером з вида­чею особі, яка внесла готівку, відривної квитанції, що підтверджує факт внесення коштів. Ця форма розрахунків застосовується у разі продажу продукції власного виробництва, а також при операціях разового або нетоварного характеру.

Розрахунки з використанням товарного чека — це форма го­тівкових розрахунків, за якою у випадках, встановлених законодав­ством України, суб'єкт господарювання уповноважений проводити операції без використання реєстратора розрахункових операцій і розрахункових книжок, але на вимогу покупця оформляє товарний чек, який підтверджує дані проведеної операції.

## § 6. Правове регулювання безготівкових розрахунків

Безготівкові розрахунки — це спосіб приймання-передачі грошо­вого еквівалента за допомогою банківських переказів певно\* суми з рахунка платника на рахунок одержувача, або з каси банку на рахунок одержувача. Як указувалося *вище, згідно зі ст. 198 ГК України* платежі за *грошовими зобов'язаннями* у сфері господарю­вання здійснюються за загальним правилом у безготівковій *формі або в* готівковій формі через установи *банків.*

При безготівкових розрахунках скорочуються витрати обігу вна­слідок економії витрат на друк, перевезення, зберігання грошових знаків тощо. Правильна організація безготівкового обігу сприяє пом'якшенню сезонних макроекономічних коливань. Наприклад, зростаюча в період масової заготівлі сільгосппродукції грошова маса за умови збільшення безготівкових розрахунків сільськогос­подарськими підприємствами призводить до більш рівномірного її обігу. При безготівкових розрахунках створюються сприятливі умови для державного регулювання грошового обігу; поліпшується економічний стан суб'єктів господарювання, позаяк прискорюється обіг капіталу, забезпечується тісний зв'язок з банками і грошовим ринком загалом, стимулюються інвестиції.

Безготівкові розрахунки протидіють розвитку «тіньової» еконо­міки. Зокрема, контроль за розрахунками через банки забезпечує порядок в оподаткуванні підприємств торгівлі, які при готівкових розрахунках допускають неоприбуткування частини виручки.

В теорії безготівкових розрахунків виділяється дискусія щодо суті безготівкових грошей. Прихильники однієї з точок зору розгля­дають записи на банківських рахунках як особливі знаки дійсних грошей, що приймають за межами банку форму готівки. Згідно з іншим підходом записи на банківських рахунках є рухом прав на гроші, є «простим правом» на одержання грошей, яке може замі­нювати дійсні гроші. Третя зводить безготівкові гроші до свідоцтв, що обертаються за рахунками, на право одержання грошей.

Виходячи з можливості поєднувати економічний зміст і право­ву форму відносин банку і клієнта найбільше визнання отримала перша з вказаних точок зору, зокрема, використана в законодавстві при кваліфікації безготівкових грошей як записів на банківських рахунках.

Здійснення платежів реалізується дорученнями платника до банку за договором банківського рахунка. В процесі переказу гро­шей банк платника виступає третьою особою, яка виконує грошове зобов'язання за боржника (платника) в порядку ст. 194 ГК України (ст. 528 ЦК України). Шляхом зазначення банківських реквізитів у договорі або рахунку-фактурі одержувач коштів (бенефіціар) указує платникові на обслуговуючий банк, як на третю особу, стосовно якої має бути виконане грошове зобов'язання згідно зі ст. 195 ГК України (ст. 636 ЦК України).

Законна платіжна сила безготівкових грошей у сучасних умовах господарювання не тільки дорівнює платіжній силі готівкових гро­шей, але і за багатьма параметрами перевищує її (зокрема, зважаючи на відсутність обмежень за сумами і видами платежів). За законодав­ством України безготівкові гроші є виразом того ж законного засобу платежу, що і готівка. У статті 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 5.04.2001 р. встановлено: ♦ Гроші існують у готівковій формі (формі грошових знаків) і в без­готівковій формі (формі записів на рахунках в банках)». Готівка (грошові знаки) і безготівкові кошти розглядаються в законодавстві як єдиний об'єкт майнових прав.

Основою правового регулювання безготівкових розрахунків є положення гл. 35 ГК України, гл. 74 ЦК України, Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та «Інструк­ція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті», затверджена постановою Правління НБУ від 21.01.2004 р. № 22, (далі — Інструкція НБУ про безготівкові розрахунки) та інструкція «Про міжбанківський переказ грошей в Україні в національній валюті», затверджена постановою Правління НБУ № 483/9082 від 15.04.2004 р. Окремі розрахункові операції (наприклад, вексельні розрахунки) регламентуються у спеціальному порядку.

Принципи безготівкових розрахунків орієнтують на одноманітне застосування норм права у сфері безготівкових розрахунків.

Першим принципом безготівкових розрахунків слід назвати про­ведення таких розрахунків через банківські установи. Інструкція НБУ про безготівкові розрахунки закріпила цей принцип у пункті 1.4, встановивши, що безготівкові розрахунки — це перерахунки коштів з рахунків платників на рахунки одержувачів коштів, зо­крема перерахунки банків за дорученням клієнтів коштів, внесених готівкою в касу банку, на рахунок одержувачів.

В умовах раніше діючої Інструкції НБУ № 7 « Про безготівкові роз­рахунки в господарському обороті України» формулювання цього прин­ципу наткнулося на безпрецедентне протистояння між податковими органами і НБУ, з одного боку, і Вищим арбітражним судом України, з іншого боку, коли тлумачення перших більшою мірою відповідали інтересам платників податків, ніж другого. Колізія ґрунтувалася на питанні — визнавати готівковими або безготівковими розрахунками внесення готівки до кас банків для подальшого переказу одержувачам, що впливало на необхідність придбання торгового патенту згідно із Законом "Про патентування окремих видів підприємницької діяльності". НБУ і ДПА України відносили таку операцію до безготівкових розрахунків, враховуючи, що в кінцевому результаті кошти поступають одержувачеві безготівковим шляхом. Водночас, на підставі буквального читання Інструкції НБУ № 7, де безготівкові розрахунки визначалися як перерахування з поточних рахунків одержувачів на поточні рахунки платників, ВАСУ інформаційним листом від 11.05.2000р. № 018/206 назвав такі операції готівковими. Крапку в протистоянні поставила нова Інструкція НБУ від 29.03.2001 р., яка вп.4 прямо віднесла подібні операції до безготівкових розрахунків.

Другим принципом безготівкових розрахунків слід визнати пра­вило «прямого платежу», що припускає заборону платежів однієї особи за рахунок коштів іншої. Така заборона обумовлена п. 22.12 ст. 22 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" : «Ініціація клієнтом банку переказу на користь третіх осіб може здійснюватися у випадках, передбачених законодавством». Приклад такого винятку — відступлення права вимоги і переведення боргу.

Третім принципом безготівкових розрахунків є загальне правило про вільний вибір суб'єктами господарювання умови про попередню оплату товарів (робіт, послуг) за винятком випадків, закріплених у законодавстві. Наприклад, згідно зі ст. 17 Закону України «Про страхування» від 17.03.96 р. договір страхування набирає сили з моменту внесення першого страхового платежу. Крім того, окреми­ми указами Президента і постановами Уряду України передбачена попередня оплата в таких господарських відносинах, як перевезен­ня вантажів, постачання хлібопродуктів, води, електро- і теплової енергії, природного газу тощо.

Четвертим принципом безготівкових розрахунків є положен­ня про те, що платежі проводяться лише тоді, коли на рахунку платника е вільні кошти, або за рахунок кредиту банку. Це пра­вило відзначене в ст. 341 ГК України, ст. 1090 ЦК України, п. 22.9 ст. 22 Закону «Про платіжні системи і переказ грошей в Україні». За відсутності коштів платіжні документи банком не приймаються (за винятком оформлення кредиту). Із прийняттям Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників перед бюджета­ми і державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. банки не здійснюють облік несплаченої в строк заборгованості клієнтів і не ведуть картотеки (реєстр несплачених документів, крім випадків, коли це передбачено в договорі банківського рахунка. Проте при частковій наявності коштів на рахунку платежі здійснюються в межах їх залишку.

П'ятий принцип безготівкових розрахунків полягає у вимозі ст. 1087 ЦК України, ст.ст. 18,20-26 Закону «Про платіжні системи та

переказ коштів в У країні», ст. 51 Закону «Про банки і банківську ді­яльність» про їхню формалізацію шляхом використання платіжних інструментів на паперових або електронних носіях у зв'язку з необ­хідністю строгої фіксації обігу самого ліквідного товару — грошей.

Шостий принцип безготівкових розрахунків — банки проводять списання коштів з рахунків клієнтів тільки за їх розпорядженням (згодою чи акцептом), окрім випадків примусового і договірного списання (див. далі).

Розрахунки між учасниками господарських відносин здійсню­ються на підставі розрахункових документів.

Поняття розрахункових документів можна трактувати в ши­рокому і вузькому значеннях слова. В широкому — це документи, що використовуються учасниками розрахункових операцій для оформлення переказу коштів платника одержувачу (документи на переказ). У вузькому — це передбачені ст. 22 Закону «Про пла­тіжні системи та переказ коштів в Україні» документи для ініці­ації платежу, що подаються ініціатором платежу (платником або одержувачем — залежно від форми розрахунків) до обслуговуючої банківської установи для переказу коштів з рахунка платника на рахунок одержувача. До документів на переказ, окрім документів для ініціації платежу, належать також документи на переказ го­тівки, міжбанківські розрахункові документи, клірингові вимоги тощо. Згідно зі ст. 17,18 вказаного Закону документи на переклад можуть бути паперовими або електронними. Низка розрахункових документів використовується тільки у сфері банківських операцій, наприклад, меморіальний ордер, банківське авізо.

Поняття платіжного інструменту ширше за поняття розрахун­кового документа. Згідно з ст. 1 Закону ♦ Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» до платіжних інструментів, окрім доку­ментів на переказ, належать також спеціальні платіжні засоби, що є засобами зберігання інформації, необхідної для ініціації платежу (наприклад, платіжні картки).

*Отже,* розрахунковий документ — це документарна вказів­ка, виконана в паперовій або електронній формі відповідно до державних стандартів, що містить необхідну інформацію для здійснення суб'єктами господарювання безготівкових операцій.

Реквізити розрахункових документів, особливості їх оформлен­ня, обробки і захисту регламентуються НБУ.

Зокрема, можна виділити такі обов'язкові реквізити розрахункових документів: а) назва документа і його вихідні дані; б) назви і коди (но­мери ) платника і одержувача коштів; в)реквізити банків платника і одержувача; г) суму платежу цифрами і прописом; д) призначення платежу. Якщо здійснюється примусове списання (стягнення) ко­штів, то необхідне посилання на відповідну статтю закону; е) від­тиск печатки (за її наявності) і підпис відповідальних осіб ініціатора платежу; е) коди бюджетної класифікації і термін настання платежу (уразі бюджетних платежів); ж) суму ПДВ або напис \*без ПДВ», за винятком документів про сплату податків.

Обов'язковим реквізитом електронного документа є електронний цифровий підпис.

При виконанні розрахункової операції в національній валюті банк зобов'язаний перевіряти належне оформлення розрахункового документа. При розрахунках в іноземній валюті банки, виступаючи суб'єктами валютного контролю, перевіряють також підставу пла­тежу (наявність контракту тощо).

Розрахункові документи є чинними протягом певного часу з дня виписки. Зокрема, для платіжного доручення такий термін складає 10 днів, для гарантованого платіжного доручення — 30 днів, для платіжної вимоги на примусове списання (стягнення) термін дії диференціюється: для направлення в банк стягувача — 10 днів, в банк платника — 30 днів з дня складання.

Необхідно розмежовувати поняття «Розрахунковий документ» і щінний папір\*. По-перше, якщо розрахункові документи опосе­редкують відносини щодо зберігання коштів між банками і клієн­тами, то цінні папери відповідно до ст. З Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» посвідчують грошові або інші майнові права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника, та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі прав, що випливають із цих документів, іншим особам. По-друге, цінні папери при вико­нанні зобов'язань реалізують не грошові платежі, а заміну одного майнового зобов'язання іншим з метою уникнути (відстрочити) грошовий платіж. По-третє, цінний папір належить до складу майна особи, а розрахунковий документ лише містить необхідну інформацію для здійснення розрахункових операцій.

Форми безготівкових розрахунків обумовлюють механізм роз­рахункових операцій (активна функція формалізації процесу).

Форми безготівкових розрахунків необхідно поділяти на дві групи залежно від їх співвідношення з поняттям самостійних роз­рахункових правовідносин: інструментальні та інтегративні (комплексні). Першій групі властива завершена здатність без залу­чення інших форм реалізовувати переказ коштів з рахунка платника на рахунок одержувача. Інтегративним формам розрахунків така самостійність не властива. Вони є комплексними утвореннями і можуть бути остаточно реалізованими переважно із використанням інструментальних форм розрахунків. Проте інтегративні форми розрахунків додають вихідним господарським відносинам додат­кові властивості кредитного, організаційного та іншого характеру.

Критерій розмежування двох груп форм безготівкових розра­хунків виявляється при співставленні розрахунків акцептованими акредитивами та стандартних акредитивів. В першому випадку бенефіцїар, подавши певні документи до банку, не може отримати платіж за акредитивом без додаткової згоди (акцепту) платника. Тут акредитивна форма доповнюється процедурою одержання згоди платника на оплату за рахунок акредитива. Аналогічним чином ви­никає комплексність (інтегративність) акредитива, що передбачає акцепт переказного векселя (рамбурсний акредитив).

Перелік форм (видів) безготівкових розрахунків за законодав­ством не є вичерпним. Банки в Україні можуть здійснювати роз­рахунки у формах, що застосовуються у міжнародній банківській практиці (ст. 341 ГК, ст. 1088 ЦК).

Розрахунки з використанням платіжного доручення — це ін­струментальна форма розрахунків, за якою платіж проводиться за допомогою надання платником банку, який його обслуговує, належно оформленого доручення на переказ певної суми зі свого рахунка на рахунок одержувача коштів.

ГК України не здійснює спеціального регулювання цієї форми розрахунків. Тут діють статті 1089-1092 ЦК України.

Важливо враховувати, що розрахунки з використанням платіж­ного доручення є основною формою безготівкових розрахунків. Всі інші форми використовуються за спеціальною домовленістю гос­подарюючих суб'єктів або вказівки закону (наприклад, примусове списання здійснюється платіжними вимогами).

Чинна Інструкція НБУ про безготівкові розрахунки усунула де­тальне регулювання взаємин між учасниками розрахунків у порядку переказу коштів через органи зв'язку, необхідні в тих випадках, коли, наприклад, у віддаленій місцевості відсутні установи банків. Ці питання вирішуються Українським державним підприємством поштового зв'язку «Укрпошта». В теперішній час через підпри­ємства зв'язку здійснюються перекази на ім'я підприємств — для виплати заробітної плати, за організований набір працівників, для заготівлі сільгосппродукції тощо.

Розрахунки з використанням платіжної вимоги-доручення — це інструментальна форма розрахунків, що здійснюється за допо­могою комбінованого документа, який складається з двох частин: верхня — вимога одержувача коштів безпосередньо до платника сплатити грошовий борг; нижня — доручення платника банку, який його обслуговує, перерахувати кошти.

Одержувач коштів заповнює розділ «вимога» в платіжній вимо- зі-дорученні і направляє документ безпосередньо платникові. Плат­ник — у разі згоди — заповнює розділ «доручення» і представляє документ на оплату в банк, який його обслуговує.

Цим розрахунки платіжними вимогамидорученнями за своєю при­родою відрізняються від акцептної форми розрахунків, що діяла за часів Союзу РСР. При акцептній формі розрахунків платіжна вимога спрямо­вувалася бенефіціаром в банк, який обслуговував платника, і підлягала оплаті, окрім випадків прямої відмови платника його акцептувати. За відсутності відмови в акцепті протягом Ю ти днів, акцепт вважався «мовчазним» і платіжна вимога підлягала оплаті. Акцептна форма розрахунків ставила платника в жорсткі рамки поведінки. Але вона мала і позитивне значення. Вже після закінчення 10-денного терміну після пред'явлення платіжної вимоги до оплати постачальник ми оцінити безумовність факту порушення зобов'язання платником. Це дозволяло прийняти своєчасні заходи щодо стягнення заборгованості. Розрахунки з використанням розрахункового чека — це інструментальна форма розрахунків, за якою платник видає одержувачеві документ, що містить нічим не обумовлене розпорядження банку, який обслуговує чекодавця, переказати чекодержателю вказану в чеку суму грошей. Ця форма встановлюється ст.ст. 1102-1106 ЦК України і банківськими правилами.

Чеки застосовуються для здійснення розрахунків у безготівковій формі між юридичними особами, а також фізичними і юридични­ми особами з метою скорочення розрахунків готівкою за одержані товари, виконані роботи і надані послуги. У чековій формі розра­хунків обов'язково беруть участь 3 суб'єкти: чекодавець — особа, що здійснює платіж за допомогою чека; чекодержатель — особа, що одержує кошти за чеком; банк-емітент — банк, який обслуговує чекодавця і видає йому чекову книжку (розрахунковий чек).

Незаповнені чеки групуються в чекові книжки, обмежені гра­ничною сумою коштів — лімітом. Розрахункові чеки і чекові книжки є бланками строгої звітності. Без видачі чекової книжки розрахунковий чек може бути виданий банком-емітентом фізичній особі для разових розрахунків з підприємствами торгівлі або по­слуг. Термін дії чекової книжки — один рік. Чек, виданий з чекової книжки, повинен бути пред'явлений до сплати протягом 10 днів. Термін дії розрахункового чека для разового розрахунку з фізичною особою — 3 місяці. Для порівняння Одноманітний торговий кодекс СІЛА в ст. 4-404 дає 6 місяців для представлення чека до сплати.

Чек з чекової книжки виписується у момент здійснення платежу і видається чекодавцем чекодержателю за одержані ним товари (послуги). Чекодержатель здає чек в банк разом з реєстром, що відображає сумарні (кількісні) характеристики пред'явлених до оплати чеків.

Банк-емітент може відмовитися від оплати чека у випадках, якщо чек або реєстр заповнені з порушенням правил НБУ; чек ви­писаний чекодавцем на суму більшу, ніж депонована (заброньована) ним на спеціальному банківському рахунку.

На відміну від векселя розрахунковий чек не є цінним папером. Видача чека не погашає грошового зобов'язання, на виконання яко­го він виданий (ч. 4 ст. 1102 ЦК України). У разі неоплати банком чека чекодержатель не має права вимагати примусового стягнення сум за чеком з обслуговуючого чекодавця банку. В цьому випадку чекодержатель має можливість вимагати у чекодавця) не вико­нання «розрахункового чека», а виконання вихідного грошового зобов'язання (наприклад, щодо оплати товару).

Згідно зі ст.ст. 1105-1106 ЦК України чекодержатель зобов'язаний повідомити чекодавця про неплатіж протягом 2

робочих днів, наступних за днем здійснення протесту або іншого рівнозначного акту (підтвердження неплатежу за чеком). Проте це не означає, що порушення цього обов'язку позбавляє чекодержателя права на пред'явлення до суду позову про неоплату чека, як вважають деякі автори. Частина 2 ст. 1105 недвозначно вказує на те, що «особа, що не надіслала повідомлення у визначений строк. не втрачає своїх прав". Єдиний наслідок, який передбачений для такої особи — «вона відшкодовує збитки, які можуть статися внаслідок неповідомлення про несплату чека", але розмір відшкодування « не може перевищувати суму чека». Такі збитки можуть виникнути у чекодавця у зв'язку з неможливістю своєчасно пред'явити вимоги до свого банку внаслідок визнання його банкрутом, ліквідації тощо.

Розрахунки акредитивом - це інструментальна форма розра­хунків, при якій банк-емітент (банк, що відкрив акредитив) за дорученням клієнта (платника - заявника акредитива) зобов'язується здійснити платіж одержувачеві (бенефіціару) після одержання визначених в акредитиві документів. Останні, як правило, товаротранспортні документи, які підтверджують факт виконання товарного зобов'язання перед платником. Банк емітент може до­ручити іншому банку (виконуючому банку) здійснити платіж.

Ця форма розрахунків, окрім ст.ст. 1093-1098 ЦК України ре­гламентується також Інструкцією НБУ про безготівкові розрахунки і Уніфікованими правилами і звичаями для документарних акре­дитивів в редакції 1993 р., публікації Міжнародної торговельної палати № 500 (далі — УПДА). При вказівці на підстави платежу за акредитивом застосовується поняття «проти документів», одо означає «після надання документів».

Види акредитивів достатньо різноманітні. За забезпеченістю коштами платника вони поділяються на:

а) покритий акредитив, за якого своєчасно бронюються кошти платника в повній сумі на окремому рахунку в банку;

б) непокритий акредитив, оплата за яким гарантується банком емітентом за рахунок банківського кредиту.

За можливістю дострокового відкликання невиконаного акре­дитива вони поділяються на:

а) відкличний акредитив, який може бути замінено або анульова­но банком-емітентом без попереднього узгодження з бенефіціаром;

б) безвідкличний акредитив, який може бути замінений або анульований тільки з відома бенефіціара, на користь якого він від­критий.

У разі відсутності вказівки в акредитиві він вважається безвід­кличним.

Чинна Інструкція НБУ про безготівкові розрахунки, так само як і УПДА, не встановлює граничний термін, на який може бути відкритий акредитив.

Акредитив може бути депонованим (розміщеним) у банку бене- фіціара або в банку платника — згідно з умовам акредитива.

Інструкція НБУ не містить заборони щодо переадресації акре­дитива, тобто акредитив може призначатися для розрахунків з декількома бенефіціарами. Це відповідає ст. 54 УПДА, що перед­бачає переказний (трансферабельний) акредитив. Останній дозволяє торговому посередникові передати своє право на одержання коштів за акредитивом (як правило, за винятком посередницької націнки) третій особі (фактичному постачальникові).

Для виконання акредитива бенефіціар надає виконуючому банку документи, передбачені умовами акредитива. Але банк не перевіряє відповідність документів фактично проведеним операціям (напри­клад, не перевіряє прибуття вантажу в місце призначення). До­кументи перевіряються лише за формальними ознаками (їх склад, реквізити, наявність певних даних, підписів тощо). Саме тому УПДА веде мову про «документарний» акредитив.

Розрахунки по інкасо (з використанням інкасового доручення) згідно зі ст.ст. 1099-1101 ЦК України характеризуються тим, що банк (банк-емітент) за дорученням клієнта здійснює дії з одержання від платника платежу та/або акцепту платежу (наприклад, з одер­жання акцепту переказного векселя).

Розрахунки по інкасо можуть бути трьох видів, два з яких є інкасо документів, що не вимагають згоди платника і одне — перед­бачає таку згоду. Розглянемо ці види інкасо.

Розрахунки по інкасо документів, що вимагають згоди плат­ника, є інтегративною формою розрахунків, за якою одержувач коштів доручає банку, який його обслуговує, отримати грошовий платіж від платника після надання («проти») комерційних доку­ментів або в результаті інших інструкцій.

У господарському обороті України поширене інкасо чеків і вексе­лів, коли банки приймають на себе зобов'язання здійснити комплекс заходів щодо представлення цих документів до оплати платникам в необхідні строки і порядку, зокрема з виконанням супутніх про­цедур (наприклад, протесту в неплатежі).

Основою регламентації інкасової форми розрахунків є норма­тивні акти НБУ, а також Уніфіковані правила по інкасо в редакції 1995 р., публікації Міжнародної торгової палати № 550.

Розрахунки по інкасо в порядку примусового списання (стяг­нення) — це специфічна інструментальна форма розрахунків, за якою у випадках, встановлених законами України, банк здійснює платіж з рахунка платника, поза його волевиявлення, на підставі платіжної вимоги одержувача. Примусове списання коштів відпо­відає усталеному поняттю «безспірне стягнення коштів».

Правовою основою для такої форми розрахунків служить ч. 2 ст. 1071 ЦК України, Закон України «Про виконавче проваджен­ня», що встановлюють виняткові випадки стягнень (списань) ко­штів з банківських рахунків платника без їх на те згоди. Йдеться про виняток із правила ст. 1071 ЦК України про списання коштів з банківського рахунка особи лише з її згоди (розпорядження).

Примусові списання здійснюються для реалізації виконавчих документів у таких випадках:

* ч. 2 ст. 1071 ЦК України передбачає можливість списання коштів з банківського рахунка клієнта на підставі рішення суду, а також у випадках, встановлених договором банку з клієнтом;
* ст.ст. 46, 50, 63 Закону України «Про виконавче проваджен­ня» — в порядку виконавчого провадження.

Перелік виконавчих документів визначається Законом «Про виконавче провадження», зокрема, рішення комісій з трудових спорів, виконавчі написи нотаріусів тощо.

Розрахунки по інкасо в порядку договірного списання є само­стійною інструментальною формою розрахунків стосовно примусо­вого списання (стягнення) коштів. Поняття договірного списання вперше було встановлене в Законі «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» і охоплює собою процедуру, за якою банк реалізує платіжну вимогу, ініційовану одержувачем, на виконання договору між платником і одержувачем.

Стаття 1071 ЦК України передбачає можливість списання бан­ком коштів з рахунка клієнта без його розпорядження на підставі укладеного між ними договору (а не договору клієнта з іншими особами). Тому одержувач має право ініціювати договірне списання лише у разі, коли в договорі банківського рахунка його контрагента обумовлена умова про договірне списання.

У договорі між клієнтом і банком, який його обслуговує, може пе­редбачатися, наприклад, договірне списання плати за розрахунково- касове обслуговування. Тут сам банк виступає ініціатором списання.

Розрахунки, основані на заліку взаємної заборгованості, — це інтегративна форма розрахунків, за якою взаємні зобов'язання боржників і кредиторів один до одного погашаються в рівновеликих сумах, а на різницю здійснюється платіж на загальних підставах, тобто з використанням платіжного доручення, платіжної вимоги- доручення, чека або векселя.

Правова основа таких розрахунків — ст.ст. 203, 341 ГК Украї­ни, що встановлюють припинення зобов'язання заліком зустрічної однорідної вимоги, термін якої настав або термін якої не вказаний або визначений моментом вимоги. Для заліку достатньо заяви однієї сторони. Те саме передбачає ЦК в ст.ст. 601-603.

У випадках, вказаних у законі, наприклад, при закінченні позов­ної давності, залік зустрічних вимог не допускається.

Структурованим видом заліку взаємних вимог учасників плате­жів слід визнавати кліринг, під яким у ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» розуміється механізм, щовключає збір, сортування, реконсиляцію (контроль) і проведення взаємозаліку взаємних вимог фінансових установ, а також обчис­лення за, кожним з них сумарного залишку на певний період часу між загальними обсягами вимог і зобов'язань.

Розрахунки векселем — це ще одна інтегративна форма розра­хунків, за якою замість грошового зобов'язання, заснованого на ви­хідному товарному відношенні, учасники розрахунків оформляють безумовне і абстрактне грошове зобов'язання однієї особи сплатити іншій після настання строку певну суму. Інтегративність тут зумов­лена, по-перше, поєднанням у векселі кредитного і розрахункового інструменту, по-друге, застосуванням при погашенні векселя інших форм розрахунків — платіжного доручення, акредитива тощо.

Безумовність векселя означає, що зобов'язання щодо платежу за векселем повинне бути простим і необтяженим якими-небудь умовами і застереженнями. Абстрактність векселя означає його відірваність від вихідного правочину як текстуально, так за суттю, коли боржник не має права захищатися проти добросовісного век- селедержателя запереченнями, заснованими на дефектах і невико­нанні операції, яка передує видачі або передачі векселя. Вексельне зобов'язання цілком втілене в документі строгої форми — векселі. Для стягнення боргу за векселем не вимагається інших доказів; вексель не може бути знесилений ні запереченнями про безпідстав­ність його видачі, ні запереченнями про здійснений платіж. Такий висновок підтверджується правилом ч. 2 ст. 198 ЦК України про те, що відмова від виконання зобов'язання, посвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави зобов'язання або на його недійсність не допускається.

Основу регламентації вексельних операцій в Україні скла­дають вищенаведені Закон «Про обіг векселів в Україні» від 05.04.2001 р. № 2374-ІІІ, Женевська конвенція № 358 від 1930 р., що встановлює Одноманітний закон про переказний вексель та простий вексель; Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок», Указ Президента України «Про сплату державного мита за вексельні бланки» від 02.11.93 р. № 504/93; Положення про вимоги до стандартної (типової) форми виготовлення вексельних бланків, затверджене рішенням ДКЦПФР від 22.11.2001 р. № 338; Положення про порядок здійснення банками операцій з векселями в національній валюті на території України, затверджене постановою Правління НБУ від 16.12.2002 р. № 508.

Найбільш істотні особливості застосування векселів в госпо­дарському обігу України у порівнянні з Женевською конвенцією

1930 р. полягають у наступному: (1) векселі не можуть видаватися як попередня оплата за товари (роботи, послуги), не можуть вико­ристовуватися як внесок до статутного фонду господарських това­риств; (2) векселі повинні оформлятися на бланках строгої звітності, які реалізуються банками, із сплатою державного мита; (3) векселі підписуються не тільки керівником, але і головним бухгалтером юридичної особи, а також засвідчуються печаткою; (4) платіж за векселем на території України допускається тільки безготівковим шляхом тощо.

Залежно від того, платіж за векселем проводиться безпосередньо векселедавцем, або за його дорученням («переказом») іншою особою (акцептантом, його боржником), векселі поділяються на прості та переказні (тратти).

При переказному векселі фактично відбувається відступлення векселедавцем векселедержателеві вимоги до третьої особи, яка стає платником за векселем. Проте, на відміну від відступлення вимоги (ст. 195 ГК і ст. 516 ЦК України), платник за переказним векселем має дати згоду на платіж новому кредиторові, тобто акцептувати вексель. Це пов'язано з абстрактним характером векселя. Адже платник за векселем втрачає право висувати проти нового кредитора заперечення, що він мав проти первісного кредитора.

Право одержання платежу за векселем (як за простим, так і за переказним) векселедержатель має право передати іншій особі, що стає таким чином новим векселедержателем. Така передача оформ­ляється передавальним написом (індосаментом) на обороті векселя або на додатковому листі до нього (алонжі).

Для одержання платежу векселедержатель має пред'явити век­сель платникові до оплати в строк платежу за векселем.

При неодержанні платежу за векселем векселедержатель зо­бов'язаний засвідчити цей факт шляхом оформлення в нотаріаль­ному порядку протесту в неоплаті. Згідно з Законом «Про обіг век­селів в Україні», векселі для здійснення протесту в неоплаті прий­маються нотаріусами в день платежу або два наступних робочих дня (на відміну від Женевської конвенції 1930 р., де такий термін визначений днем, наступним після дати платежу за векселем, але не пізніше за 12-тої години наступного після цього терміну дня).

Тільки опротестований вексель вважається виконавчим докумен­том (документом із виконавчим написом) і може бути пред'явлений державному виконавцю для примусового стягнення коштів з боржника. Неопротестований вексель втрачає властивості векселя і розглядається звичайною розпискою, яка може бути покладена в основу судового позову про стягнення грошового боргу.

Контрольні запитання:

1. Визначте юридичні ознаки та юридичні властивості грошей.
2. Назвіть правові засоби забезпечення легальної платіжної сили грошей.
3. Які види грошових зобов'язань господарського характеру ви знаєте?
4. Визначте особливості виконання грошових зобов'язань у сфері господарювання.
5. Що таке розрахункові правовідносини?
6. Чим відрізняються різні способи розрахунків?
7. Назвіть основні акти законодавства, які регулюють розрахун­кові відносини.
8. 8. Назвіть порядок відкриття і обслуговування банківського рахунка?
9. Які форми готівкових розрахунків ви знаєте?
10. Назвіть принципи безготівкових розрахунків.
11. У чому полягає відмінність розрахункових документів від цінних паперів?
12. За яким критерієм можна поділити форми безготівкових розрахунків на інструментальні та інтеграційні форми?
13. Охарактеризуйте основні форми безготівкових розрахунків.

# Розділ 19 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

## § 1. Поняття, види та суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності (ЗЕД)

Здобуття незалежності Україною породило процеси ринкових реформ і її інтеграцію у світовий економічний простір. Поступово розширюється сфера зовнішньоекономічних відносин, як у сфері імпорту товарів і послуг іноземного походження на територію Укра­їни, так і в сфері експорту вітчизняної продукції на іноземні ринки. Ця обставина спричинила інтенсивний розвиток законодавства, що регулює ЗЕД.

Визначення ЗЕД дане в ст. 377 ГК України, відповідно до якої «зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, що у процесі її здійснення потребує пере­тинання митного кордону України майном, зазначеним у частині першій статті 139 цього Кодексу, і/або робочою силою».

Нагадаємо, що ч. 1 ст. 139 ГК України визначає термін «майно» як « сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне вираження, виробляються або викорис­товуються у діяльності суб'єктів господарювання й відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів».

Основні характеристики визначення ЗЕД можуть бути відтворені також на підставі Закону України «Про зовнішньоекономічну ді­яльність» від 16.04.91 р. (далі — Закон «Про ЗЕД»). У ст. 1 цього Закону зовнішньоекономічна діяльність визначається діяльністю суб'єктів господарської діяльності України й іноземних суб'єктів господарської діяльності, яка побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами.

У літературі відзначаються певні розходження в регулюванні ЗЕД між ГК України і Законом «Про ЗЕД», зокрема щодо того, що відповідно до Закону така ЗЕД не пов'язана обов'язково з перетинан- ням майном або робочою силою митного кордону України. Однак таке протиріччя варто витлумачувати на підставі загальправового принципу — «наступний закон скасовує дію попереднього» (lex posteriori derogat prioti): законодавець відмовився від можливості здійснення ЗЕД без перетинання її результатів митного кордону України.

Такий підхід є безумовно розумним. Адже інакше неможливо відмежувати діяльність усередині господарського обороту України від ЗЕД і відповідно — застосувати низку положень чинного за­конодавства, зокрема в сфері оподатковування. Адже, наприклад, експорт товарів за межі України обкладається за нульовою ставкою ПДВ, а операції з купівлі-продажу таких товарів в Україні — за загальною ставкою ПДВ.

Тому першою ознакою ЗЕД є територіальна ознака, тобто мож­ливість реалізації результатів господарської діяльності за межами України. Другою істотною ознакою ЗЕД є наявність іноземного суб'єкта, що вступає у відносини з українським суб'єктом ЗЕД.

Водночас не завжди участь іноземного суб'єкта в господарських відносинах на території України належить до ЗЕД. Зокрема, коли така діяльність не пов'язана з переміщенням товарів або результа­тів робіт (послуг) через митну територію України. Наприклад, не належить до ЗЕД і підпорядковується внутрішньогосподарському законодавству діяльність іноземних суб'єктів щодо придбання не­рухомості в Україні. Іноземне інвестування на території України належить до ЗЕД лише в тій частині, що передбачає переміщення капіталу й доходів від інвестиційної діяльності на території Украї­ни. Сама ж діяльність підприємства з іноземними інвестиціями на території України підпорядковується законодавству про господар­ську діяльність у межах України.

Наразі, участь українських юридичних і фізичних осіб у госпо­дарських відносинах за кордоном завжди розглядається як їхня зовнішньоекономічна діяльність. Нерідко іншою стороною зовніш­ньоекономічних відносин таких суб'єктів є державний орган іншої держави. Транзит товару через територію України належить до ЗЕД того суб'єкта господарської діяльності України, що надає дані по­слуги іноземному суб'єктові.

Іноді іноземний учасник ще не вступив у правовідносини, але, з огляду на спрямованість відповідних дій українського суб'єкта господарювання (наприклад, розміщення товару на складі митного органу для наступного експорту згідно зі ст. 168 Митного кодексу України) таку діяльність варто розглядати як ЗЕД і підпорядкову­вати законодавству про ЗЕД.

Джерелами правового регулювання ЗЕД є, насамперед, Кон­ституція України, зокрема, низка її положень, що безпосередньо

входять до ЗБД. Це, наприклад, ст.18, що закріплює принцип взаємовигідного співробітництва зі членами міжнародного співтовариства, а також ст. 92 Конституції, що вказує, що основи ЗЕД визначаються винятково законами України. Господарський кодекс України займає тут місце головного акта законодавства, регулюючи відносини у ЗЕД у розділі VII «Зовнішньоекономічна діяльність». Серед спеціальних законів треба насамперед відзначити Закон від 16.04.91 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність», а також низку інших законів, зокрема, «Про регулювання товарообмінних (бартер­них) операцій у сфері ЗЕД» від 23.12.98 р. (ред. від 22.05.2003 р.), «Про операції з давальницькою сировиною в зовнішньоекономічних відносинах» від 15.09.95 р. (ред. від 04.10.2001 р.). Поряд з ними діє низка законів із ще більшою спеціалізацією. Наприклад, у за­конодавство про ЗЕД входять і закони, що регулюють суміжні з ЗЕД відносини, наприклад, Митний кодекс України від 11.07.2002 р., Закон від 19.03.96 р. «Про режим іноземного інвестування» та ін.

Питому вагу в законодавстві про ЗЕД займають Укази Президента України, наприклад, Указ від 04.10.94 р. «Про застосування Між­народних правил інтерпретації комерційних термінів», і акти Кабі­нету Міністрів України, наприклад, постанова від 29.04.99 р. «Про деякі питання врегулювання товарообмінних (бартерних) операцій у сфері ЗЕД». Нормативно-правове регулювання ЗЕД характерно й тим, що здійснюється за допомогою значного масиву актів відом­чого характеру, зокрема, актів Державної митної служби України, колишнього Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України, Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України, та ін.

Особливістю є також широке застосування як джерела правового регулювання міжнародних договорів України, а також специфічної групи норм, іменованої Іех тегсаторіа (торгове право) і інших між­народних норм рекомендаційного характеру. Нормативне регулю­вання поєднується з таким важливим джерелом права, як практика міжнародного комерційного арбітражу. Нарешті, джерелом права тут може служити зарубіжне законодавство й зарубіжна судова практика, оскільки права та обов'язки сторін зовнішньоекономічної угоди визначаються правом місця його укладання, якщо сторони не погодили інше, коли права та обов'язки сторін визначаються правом країни, вибраної сторонами (ст.6 Закону про ЗЕД). Крім того, суб'єкт ЗЕД України виступає в країні свого контрагента як іноземний суб'єкт господарської діяльності, тобто суб'єкт зовніш­ньоекономічного права цієї країни.

Істотне значення в регулюванні ЗЕД надається звичаю (ч. 1 ст. 6 Закону «Про ЗЕД»). Суб'єкти ЗЕД при складанні тексту зовнішньо­економічного договору мають право використовувати відомі між­народні звичаї, рекомендації міжнародних органів і організацій, якщо це не заборонено прямо або у винятковій формі цим або іншими законами України.

А відповідно до п. 4 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у всіх випадках третейський суд приймає рішення відповідно до умов договору й з урахуванням торговельних звичаїв, які стосуються даної угоди.

Про застосування звичаю як джерела правового регулювання ЗЕД свідчить ст. 9 Віденської конвенції 1980 р. «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів». У цьому зв'язку можна назвати багато міжнародних організацій, які створили свого роду зведення звичаїв з певних питань, серед яких ІНКОТЕРМС-2000, Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів 1993 р., Уніфіковані правила з інкасо 1995 р. — Міжнародної торговельної палати; Принципи міжнародних комерційних до­говорів 1994 р. — розроблені УНІДРУА (міжнародним інститутом уніфікації приватного права).

Судовий прецедент офіційно не є джерелом правового регулюван­ня ЗЕД. Одночасно для трактування правових норм у процесі їхнього застосування судова і арбітражна практика має велике значення. Це значення зростає у зв'язку з поширенням на Україну юрисдикції Європейського суду з прав людини (у зв'язку з ратифікацією Кон­венції про захист прав і основних свобод людини 1950 р.); першого протоколу й Протоколу №2,4,7,11 Конвенції; Міжнародного цент­ру з врегулювання інвестиційних спорів у зв'язку з ратифікацією Вашингтонської конвенції 1965 р. про врегулювання інвестиційних спорів між державою та іноземними особами.

Значну роль у правовому регулюванні грає так зване «м'яке право» — міжнародні звичаї й інші правила, не закріплені у ви­гляді зобов'язуючих норм. Ці норми нерідко використовуються в міжнародній правозастосовній практиці в сфері торгівлі. Трансформуючись у судові або арбітражні рішення, вони здобувають у кон­кретних випадках обов'язковий характер. Зрештою, вони можуть трансформуватися на національному рівні в обов'язкові в чинність внутрішнього законодавства. Так, Указом Президента України від 04.10.94 р. № 566 установлено, що розрахунки за зовнішньо­економічними договорами (контрактам), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, пред­метом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил і звичаїв для документарних акредитивів і Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торговельної палати.

«М'яким правом» у сфері міжнародної торгівлі й інвестицій є правова система, найчастіше названа іех тегсаіогіа («торгове пра­во»). Під нею в теорії мають на увазі відособлену від національних систем права сукупність юридичних норм, що регламентують зо­внішньоекономічні операції, що виникли в результаті поширення елементів саморегуляції в діяльності учасників міжнародного

торговельного обороту. Ьех шегсаіогіа має свої джерела» які на сьогоднішній день не є вичерпаними. Умовно їх можна розділити на основні й допоміжні.

До основних належать: торговельні звичаї; норми міжнародного публічного права; загальновизнані принципи права, визнані всі­ма або більшістю країн, що активно беруть участь у міжнародній торгівлі; рішення міжнародних комерційних арбітражів; типові модельні закони, що розробляються на міжнародному рівні як мо­делі для національних нормативних актів з певного питання, типові проформи й контракти.

До допоміжних належать: ділова практика, кодекси поведінки, рекомендаційні документи міжнародних організацій, праці ви­датних юристів та ін.

При цьому ЗЕД підпорядковується певним принципам, серед яких на підставі ст. 377 ГК України і ст. 2 Закону України «Про ЗЕД» можна виділити:

а) принцип суверенітету при здійсненні ЗЕД, що полягає в праві народу України самостійно здійснювати зовнішньоекономічну ді­яльність, керуючись українськими законами;

б) принцип свободи ЗЕД, що означає право суб'єктів ЗЕД добро­вільно вступати в зовнішньоекономічні відносини, здійснювати цю діяльність у будь-яких формах, які прямо не заборонені чинними законами;

в) принцип юридичної рівності й не дискримінації, що полягає в рівності перед законом усіх суб'єктів ЗЕД незалежно від форм влас­ності, у забезпеченні вільної економічної конкуренції й обмеженні монополізму в сфері ЗЕД;

г) принцип верховенства закону, що полягає в регулюванні ЗЕД винятково законами України;

д) принцип рівного захисту прав і інтересів суб'єктів ЗЕД, у тому числі прав і інтересів суб'єктів ЗЕД України й іноземних суб'єктів на території України, прав і інтересів суб'єктів ЗЕД України за ме­жами України відповідно до норм міжнародного права, державних інтересів України як на її території, так і за її межами;

е) принцип еквівалентності обміну й неприпустимості демпінгу при ввозі й вивозі товарів. При цьому під демпінгом розуміється «ввіз на митну територію країни імпорту товару за ціною, нижчою від порівняної ціни на подібний товар у країні експорту, яке за­подіює шкоду національному товаровиробнику подібного товару» (ст. 1 Закону «Про ЗЕД»).

У свою чергу із загальних принципів ЗЕД випливають принципи державного регулювання ЗЕД (ст. 8 Закону), які ґрунтуються на сформованій системі та структурі державного регулювання ЗЕД на території України. Державне регулювання ЗЕД повинне забезпечу­вати: захист економічних інтересів України й законних інтересів суб'єктів ЗЕД, створення рівних можливостей для розвитку підпри- ємницької діяльності, заохочення конкуренції та обмеження моно­полізму в сфері ЗЕД на основі системи коштів захисту внутрішнього ринку, здатних забезпечити захист його від іноземної конкуренції, про що піде мова далі.

Склад суб'єктів ЗЕД визначається згідно зі ст. З Закону про ЗЕД. До таких належать:

фізичні особи — громадяни України, іноземні громадяни й осо­би без громадянства, що володіють цивільною правоздатністю й дієздатністю відповідно до законів України й постійно проживають на території України;

юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні, що мають по­стійне місцезнаходження на території України (підприємства, орга­нізації й об'єднання всіх видів, включаючи акціонерні товариства й інші види господарчих товариств, асоціації, союзи, концерни, консорціуми, торгові доми, посередницькі й консультаційні фірми, кооперативи, кредитно-фінансові установи, міжнародні об'єднання, організації та ін.), у тому числі юридичні особи, майно й/або капітал яких перебуває повністю у власності іноземних суб'єктів господар­ської діяльності;

об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, що не є юридичними особами відповідно до законів України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність (наприклад, промислово-фінансові групи);

структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяль­ності, що не є юридичними особами відповідно до законів України (філії, відділення й т.п.), які мають постійне місцезнаходження на території України;

спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяль­ності України й іноземних суб'єктів господарської діяльності, за­реєстровані як такі в Україні та мають постійне місцезнаходження на території України;

інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені законами України;

Україна в особі її органів, місцеві органи влади й органи місцево­го самоврядування, в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій.

Момент виникнення зовнішньоекономічної правосуб'єктності (права на ЗЕД) різний для вищевказаних категорій осіб — суб'єктів ЗЕД.

Для здійснення ЗЕД фізичною особою вона повинна набути ци­вільної дієздатності, а також бути у встановленому законом порядку зареєстрованим як підприємець. Що ж стосується юридичних осіб, то право на здійснення ЗЕД повинне бути закріплене в установчих документах юридичної особи.

Представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності підлягають реєстрації в порядку, встановленому ст. 5 Закону «Про ЗЕД» і Інструкцією «Про порядок реєстрації представництв інозем­них суб'єктів господарської діяльності в Україні», затвердженою наказом Міністерства зовнішньоекономічних зв'язків і торгівлі України від 18.01.96 р. № 30 (у цей час реєстрацію представництв здійснює Мінекономіки України). Закон «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців» (ч. 5 ст. 4) говорить про порядок акредитації філій і представництв іноземних компа­ній на території України. Для цієї мети повинен бути прийнятий спеціальний закон.

Вирішальним для рішення питання про необхідність реєстрації іноземного представництва в Україні є здійснення таким представ­ництвом операцій у внутрішньогосподарському обороті України. Тому, наприклад, якщо іноземний представник займається винятко­во тим, що укладає на території України експортно-імпортні контр­акти від імені іноземного суб'єкта господарювання із суб'єктами ЗЕД України, при цьому діє без відкриття рахунка, без залучення найманих робітників, то таке представництво не є «постійним» і його реєстрація в Мінекономіки не потрібна.

Крім того, структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності реєструються в податкових і митних органах як так звані «постійні представництва нерезидентів», через які нерезиденти здійснюють в Україні господарську діяльність. Така реєстрація здійснюється з метою оподатковування доходів нерезидентів в Укра­їні й робить їх «постійні представництва нерезидентів» суб'єктами ЗЕД України.

Суб'єктів ЗЕД України (резидентів) варто відрізняти від іно­земних суб'єктів господарювання (нерезидентів). Останні не підпо­рядковуються юрисдикції України і при здійсненні своєї діяльності керуються законодавством країни реєстрації, а не законами України про ЗЕД.

Говорячи про різновиди ЗЕД, варто сказати, що чинним за­конодавством встановлений не вичерпний їхній перелік, оскільки допускаються будь-які види, не заборонені законами України.

Причому, заборонені види ЗЕД мають одиничний характер. Зо­крема, постановою КМУ від 29.04.99 р. Й 756 встановлений Перелік товарів (робіт, послуг), експорт яких забороняється за бартерними (товарообмінними) операціями.

Стаття 4 Закону «Про ЗЕД» до видів ЗЕД відносить: експорт і імпорт товарів, капіталів, робочої сили; надання суб'єктами ЗЕД України різних послуг іноземним суб'єктам господарювання; міжнародні фінансові операції й операції з цінними паперами, кредитні й розрахункові операції між суб'єктами ЗЕД і іноземними суб'єктами господарської діяльності; здійснення спільної підпри- ємницької діяльності між суб'єктами ЗЕД і іноземними суб'єктами господарської діяльності, тощо.

При цьому частина 2 ст. 4 Закону передбачає, що посередницькі операції в ЗЕД, при здійсненні яких право власності на товар не переходить до посередника (на підставі комісійних, агентських договорів, договорів доручення тощо), здійснюються без обмежень.

Останнім часом все більшу актуальність набуває інвестиційне співробітництво з іноземними партнерами — залучення іноземних інвестицій та інвестування за кордоном, створення спільних під­приємств, міжнародних об'єднань та інших організацій.

Практика світового розвитку показала, що одним із найперспек- тивних способів активізації ЗЕД і залучення іноземних інвестицій є створення вільних економічних зон (далі — ВЕЗ), робота яких сприяє підвищенню ділової активності, зростанню виробництва в країні.

У ст.1 Закону «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» від 13.10.92 р. ВЕЗ ви­значається як частина території України, на якій встановлюються і діють спеціальний правовий режим економічної діяльності та по­рядок застосування і дії законодавства України. На території ВЕЗ надаються пільгові митні, валютно-фінансові, податкові та інші умови економічної діяльності національних і іноземних юридичних і фізичних осіб.

У свою чергу, режим ВЕЗ варто відрізняти від режиму території пріоритетного розвитку (далі — ТПР). Тут можуть надаватися піль­ги, які аналогічні пільгам у ВЕЗ, з тією відмінністю, що мова йде про поширення спеціального правового режиму не на всіх суб'єктів, розташованих у ТПР, а на тих, які реалізують інвестиційний про­ект за пріоритетними видами економічної діяльності, схвалений уповвоваженим державним органом. Наприклад, такий режим встановлений Законом України від 15.07.99 р. «Про спеціальний режим інвестиційної діяльності на території пріоритетного розвит­ку в Луганській області».

Особливий правовий режим передбачений для технологічних пар­ків, визначення та перелік яких наведені в Законі від 16.07.99 р. « Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків». Згідно зі ст.ст. 2,3 Закону відмітною рисою правового режиму тех- нопарків є надання податкових, митних, валютних і інших пільг, а також державної підтримки не тільки учасникам технопарку, але й самому технопарку, а також його підприємствам, причому тільки в період реалізації інвестиційних і інноваційних проектів за обумовленими в законі пріоритетними напрямками. В цьому — істотна відмінність правового режиму технопарків, створюваних за даним законом, від технопарків, які можуть створюватися як суб'єкти ВЕЗ у рамках режиму ВЕЗ або технопарків, які самі можуть виступати в ролі ВЕЗ.

Співробітництво на компенсаційній основі охоплює як прості, так і складні компенсаційні операції, переробку давальницької сировини (толлінг) і інші види зустрічної торгівлі.

Досить широкий діапазон соціально-культурних послуг, якими обмінюються українські учасники ЗЕД з іноземними партнерами. До таких належать: готельне господарство, охорона здоров'я, освіта, спорт і т.д.

За всієї різноманітності видів ЗЕД у деяких випадках передба­чаються особливі умови здійснення експортно-імпортних операцій, а відносно окремих товарів можуть встановлюватися обмеження при їхньому переміщенні через митний кордон України. Так, ст. 17 За­кону «ЗЕД» встановлює заборону окремих видів експорту й імпорту.

## § 2. Державне регулювання ЗЕД. Тарифне і нетарифне регулювання, ліцензування і квотування

Відмітною рисою декількох останніх десятиріч є постійно зроста­юча роль і значення зовнішньоекономічної політики серед багатьох інших напрямків загальної економічної діяльності держави. Зви­чайно, держава й раніше досить активно втручалася в сферу між­народних економічних відносин, використовуючи торгово-митну, протекціоністську політику, стимулюючи експорт, здійснюючи вирівнювання торговельних і платіжних балансів. Але в цей час, коли в результаті стрімкої інтернаціоналізації господарського жит­тя багато важливих характеристик економічного розвитку країн складаються більшою мірою під впливом зовнішніх факторів, увага до питань зовнішньоекономічної політики помітно підсилилася.

До основних методів державного регулювання ЗЕД належать:

* тарифне регулювання, під яким розуміється регулювання цін і тарифів, у тому числі митних платежів;
* нетарифне регулювання, у тому числі:
* ліцензування й квотування;
* реєстрація зовнішньоекономічних контрактів;
* сертифікація продукції;
* фітосанітарний, ветеринарний і екологічний контроль;
* експортний контроль;
* інші види обмежень і заборон у ЗЕД;
* непрямі методи нетарифного регулювання, а саме: валютне регулювання; встановлення особливого податкового режиму; регулювання ціноутворення у ЗЕД; різні «приховані» форми захисту національних товаровиробників та ін.;

3) комплексні методи регулювання, а саме: митне регулювання в ЗЕД; антидемпінгові, антисубсидиційні й спеціальні міри; інвес­тиційне регулювання; встановлення порядку державних закупівель у ЗЕД та ін.

Комплексні методи державного регулювання ЗЕД містять як та­рифні, так і нетарифні методи. Так, застосування антидемпінгових, антисубсидиційних і спеціальних мір відповідно до Законів України « Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпор­ту» від 22.12.98 р., «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту» від 22.12.98 р., «Про застосування спеці­альних заходів щодо імпорту в Україну» від 22.12.98 р. передбачає не тільки використання антидемпінгового, компенсаційного або спеціального мита (тарифне регулювання), але також ліцензуван­ня, квотування й реєстрацію зовнішньоекономічних контрактів (нетарифне регулювання).

Ліцензування й квотування зовнішньоекономічних операцій здійснюється всіма країнами, митними союзами й економічними групами держав як одна з мір регулювання цього виду господарської діяльності1. Метою такого регулювання є забезпечення захисту економічних інтересів учасників економічного обороту, створення для суб'єктів ЗЕД рівних можливостей, заохочення конкуренції, ліквідацію монополізму, формування раціональної структури екс­порту та захист внутрішнього ринку.

Кабінет Міністрів України щорічно затверджує перелік видів товарів, експорт і імпорт яких підлягає ліцензуванню й квотуванню.

На підставі ст. 16 Закону «Про ЗЕД» можна дійти висновку, що ліцензування зовнішньоекономічних операцій являє собою комплекс адміністративних дій органу виконавчої влади з питань економічної політики з надання дозволу на здійснення суб'єктом ЗЕД експорту (імпорту) товарів.

У ст. 16 Закону України «Про ЗЕД» виділяється автоматичне й неавтоматичне ліцензування.

Автоматичне ліцензування визначається як комплекс адміні­стративних дій органу виконавчої влади з питань економічної по­літики з надання суб'єктові ЗЕД дозволу на здійснення протягом певного періоду експорту (імпорту) товарів, щодо яких не вста­новлюються квоти. Тобто таке ліцензування як адміністративна процедура не робить обмежувального впливу на товари, експорт (імпорт) яких підлягає ліцензуванню. Строк видачі ліцензії при автоматичному ліцензуванні не повинен перевищувати 10 робочих днів від дня одержання відповідної заявки.

Неавтоматичне ліцензування має місце при видачі дозволу на здійснення протягом певного часу експорту (імпорту) товарів, щодо яких установлюються певні квоти (кількісні або інші обмеження).

Для автоматичного та неавтоматичного ліцензування передбача­ється різний порядок видачі ліцензій. Так, у випадку неавтоматич­ного ліцензування строк розгляду заявок не повинен перевищувати 30 днів при розгляді в порядку надходження, і не більше 60 днів, починаючи з дати закінчення оголошеного строку прийому заявок, якщо всі вони розглядаються одночасно з іншими заявками.

За змістом розрізняються такі види ліцензій, як генеральна (на здійснення операцій протягом терміну дії ліцензії); разова (на здійснення однієї операції); відкрита (на здійснення операцій протягом певного часу з визначенням їхнього загального обсягу); антидемпінгова, компенсаційна й спеціальна.

Антидемпінгова, компенсаційна і спеціальна ліцензії видаються на здійснення імпорту товарів, що є об'єктом заходів щодо захис­ту вітчизняного товаровиробника відповідно до законів України 22.12.98 р. «Про захист національного товаровиробника від дем­пінгового імпорту» і «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну». При таких заходах рішення про введення режиму ліцензування приймається Міжвідомчою комісією з між­народної торгівлі при КМУ.

Слід враховувати, що ліцензії в цьому випадку видаються аби уникнути (на заміну) загального режиму експорту-імпорту, що передбачає сплату антидемпінгового, компенсаційної або спеці- ального мита.

Щодо одного виду товару може встановлюватися тільки один вид ліцензії.

Говорячи про квотування ЗЕД у варто розрізняти наступні види експортних (імпортних) квот: а) глобальні (обмеження обсягу без ви­значення країн експорту або імпорту); б) групові (обмеження обсягу з визначенням групи країн експорту або імпорту); в) індивідуальні (обмеження обсягу з визначенням конкретної країни експорту або імпорту); г) антидемпінгові, компенсаційні й спеціальні (обмеження обсягів імпорту в Україну товарів, що є об'єктом вищевказаних за­ходів щодо захисту вітчизняного товаровиробника).

До методів державного регулювання ЗЕД належать також забо­рони, обмеження й забезпечувальні заходи щодо імпорту, експорту та транзиту товарів і послуг, а також експортний контроль.

Стаття 17 Закону «Про ЗЕД» встановлює, що в Україні заборо­няється:

а) експорт із території України предметів, які є національним, історичним або культурним надбанням українського народу;

б) імпорт або транзит товарів, про які заздалегідь відомо, що вони можуть завдати шкоди суспільній моралі, здоров'ю чи становити загрозу життю населення, тваринного світу та рослинам, або при­звести до заподіяння шкоди навколишньому природному середови- щу, якщо стосовно транзитних товарів не вжито необхідних заходів для запобігання такої шкоди;

в) імпорт продукції та послуг, що містять пропаганду ідей війни, расизму та расової дискриминації, геноциду тощо, які суперечать відповідним нормам Конституції України;

г) експорт природних ресурсів, які вичерпуються,.якщо об­меження також застосовуються до внутрішнього споживання або виробництва;

д) експорт та імпорт товарів, які здійснюються з порушенням прав інтелектуальної власності;

є) експорт з території України товарів у межах виконання рішень Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй про застосування об­межень або ембарго на поставки товарів у відповідну державу.

До забезпечувальних заходів належать спеціальні імпортні процедури, застосовувані в Україні, що включають застосування процедури міжнародних торгів або аналогічних їм процедур і режим попередніх імпортних депозитів, які вносяться в банки.

Міжнародні торги — це змагальний спосіб купівлі-продажу товарів або здачі в підряд на здійснення окремих робіт на відпо­відних умовах. Державні закупівлі щодо імпорту комплексного устаткування або масових партій інших товарів з використанням коштів Державного валютного фонду України мають провадитися з використанням процедури міжнародних торгів.

Режим попередніх імпортних депозитів уводиться НБУ з метою регулювання платіжного балансу України. При цьому НБУ вста­новлює порядок здійснення таких операцій і розмір сум депозитів у відсотках до вартості договору, що не може перевищувати 50 % (наприклад, наприкінці 90-х уводився режим попередніх імпортних депозитів для експорту насіння соняшника).

На територію України дозволяється імпорт тільки тих товарів, які відповідають технічним, фармакологічним, санітарним, фі- тосанітарним, ветеринарним і екологічним вимогам, а отже, не порушують мінімальних умов відповідних товарів і вимог, які діють на території України. Наприклад, в Україну дозволяється ввозити вантажі рослинного походження тільки при наявності фітосанітар- ного сертифіката країни-експортера, проведення перевірки пред­ставниками карантинної служби й видачі імпортного карантинного дозволу. Сертифікація продукції й послуг регламентується Законом України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. і Декретом КМУ «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.93 р.; ветеринарний контроль — Законом «Про ветеринарну медицину» від 25.06.92 р., санітарний контроль — Законом України «Про карантин рослин» від 30.06.93 р., екологічні стандарти й вимоги — Постановою КМУ від 20.03.95 р. І| 198 «Про здійснення екологічного контролю в пунктах пропуску через державний кордон».

Як приклад можна привести наступні дані:

Україна ввела заборону на ввезення птахів, продуктів і сировини з неї з території Саудівської Аравії з 22.11.2007 р. Заборона введена згідно з офіційним повідомленням Міжнародного епізоотичного бюро про реєстрацію на території Саудівської Аравії високопато- генного грипу птаха. Ввезення з території Саудівської Аравії інших вантажів, підконтрольних ветслужбі, повинен здійснюватися від­повідно до ветеринарних вимог у частині імпорту в Україну об'єктів державного ветеринарно-санітарного контролю й нагляду.

Державний департамент ветеринарної медицини з 19.11.2007 р. заборонив ввезення великої рогатої худоби й сировини із нього з Кіпру. Відповідно до офіційного повідомлення Міжнародного епі­зоотичного бюро про реєстрацію на території Кіпру захворювання тварин ящуром, заборонений ввіз в Україну сприйнятливих до ящуру тварин, сировини й продукції з них.

У випадку відсутності національних стандартів і вимог України на певний товар застосовуються відповідні міжнародні стандарти й вимоги або стандарти й вимоги, які діють у провідних країнах- експортерах певних товарів. Зазначені стандарти й вимоги, а також процедура їхнього застосування не можуть використовуватися з метою створення бар'єрів для здійснення суб'єктами ЗЕД цієї ді­яльності. До імпортованих товарів застосовується національний режим їхньої сертифікації.

З 15.10.2007 р. попередній документальний контроль товарів (санітарно-епідеміологічний, ветеринарний, фітосанітарний, еко­логічний, радіологічний контроль і контроль за переміщенням культурних цінностей) буде проводитися в пунктах пропуску на державному кордоні шляхом аналізу інформації, що знаходиться в товаросупроводжувальному й іншому документах, наданих при переміщенні. Подібні заходи відповідають міжнародним стандар­там і значною мірою спростять процедуру контролю товарів під час перевезення їх через державний кордон України. Для прискорен­ня цієї процедури буде використовуватися Єдина автоматизована інформаційна система (ЄАІС) Державної митної служби України.

Державний експортний контроль являє собою комплекс за­ходів з контролю за міжнародними передачами товарів, їхнім ви­користанням юридичними або фізичними особами. Даний контроль здійснюється Державною службою експортного контролю (далі — Держекспортконтроль), що діє на підставі Положення, затвердженого Указом Президента України від 17.04.2002 р., з метою забезпечення захисту інтересів національної безпеки і виконання міжнародних зобов'язань України. Предметом експортного контролю є товари військового призначення й подвійного використання. Дефініції цих понять дані в Законі України «Про державний контроль за міжна­родними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» від 20.02.2003 р.

Суб'єкти господарської діяльності, що мають намір здійсню­вати міжнародні передачі товарів військового призначення, по­передньо реєструються в Держекспортконтролі як суб'єкти здій­снення міжнародних передач товарів. Для здійснення експорту й імпорту товарів військового призначення й товарів, що містять відомості, що становлять державну таємницю, суб'єкти ЗЕД по­винні одержати відповідні повноваження від Кабінету Міністрів України (ч. 1 ст. 13 Закону України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання»).

Держекспортконтроль видає дозволи та висновки. Для проведен­ня переговорів, пов'язаних з укладанням конкретних контрактів або для здійснення передач товарів за такими контрактами, суб'єктам ЗЕД надається разовий дозвіл або висновок строком до одного року. Якщо передбачається кількаразове проведення переговорів або кількаразове здійснення таких передач конкретним кінцевим споживачам видається генеральний дозвіл або висновок строком до трьох років, а якщо різним кінцевим споживачам конкретної держави — може надаватися відкритий дозвіл або висновок на строк, обумовлений у рамках відповідних міжнародних договорів. Для одержання генерального або відкритого дозволу або висновку відповідний суб'єкт ЗЕД зобов'язаний створити систему внутріш- ньофірмового експортного контролю.

До державного регулювання ЗЕД також входить встановлення різних правових режимів для взаємин суб'єктів ЗЕД з іноземними суб'єктами з тих або інших держав:

— національний режим, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України. Національний ре­жим застосовується щодо всіх видів господарської діяльності іно­земних суб'єктів цієї діяльності, пов'язаної з їхніми інвестиціями на території України, а також щодо експортно-імпортних операцій іноземних суб'єктів господарської діяльності тих країн, які входять разом з Україною до економічних союзів;

1. режим найбільшого сприяння, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав, преференцій та пільг щодо мит, податків та зборів, якими користується та/або буде користуватися іноземний суб'єкт господарської діяльності будь-якої іншої держави, якій надано згаданий режим, за винятком випадків, коли зазначені мита, податки, збори та пільги щодо них встановлю­ються в рамках спеціального режиму, визначеного нижче. Режим найбільшого сприяння надається на основі взаємної угоди суб'єктам господарської діяльності інших держав згідно з відповідними до­говорами України та застосовується у сфері зовнішньої торгівлі;

* спеціальний режим, який застосовується до територій спеці­альних економічних зон, а також до територій митних союзів, до яких входить Україна, і в разі встановлення будь-якого спеціального режиму згідно з міжнародними договорами за участю України.

*В Україні діють* особливі правові режими для товарів, що ім­портуються з держав-членів світової організації торгівлі (СОТ).

До таких режимів належить, зокрема, режим найбільшого сприяння, який стосується мита, митних зборів, методів стягнення таких мита і зборів, правил і формальностей у зв'язку з імпортом і означає, що будь-яка перевага, сприяння, привілей чи імунітет, які надаються стосовно будь-якого товару, що походить з будь-якої держави, повинні негайно і безумовно надаватися аналогічному товару, який походить з території держав-членів СОТ або держав, з якими укладено двосторонні або регіональні угоди щодо режиму найбільшого сприяння. Крім режиму найбільшого сприяння може бути встановлений національний режим, який означає, що стосов­но імпортованих товарів походженням з держав-членів СОТ нада­ється режим не менш сприятливий, ніж для аналогічних товарів українського походження щодо податків, зборів встановлюваних законами та іншими нормативно-правовими актами правил та вимог до внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, тран­спортування, розподілу або використання товарів, а також правил внутрішнього кількісного регулювання, які встановлюють вимоги щодо змішування, переробки або використання товарів у певних кількостях чи пропорціях. Наприклад, національний режим ЗЕД повинен бути встановлений в Україні для членів СОТ.

Основи валютного регулювання в сфері ЗЕД закріплені в Декре­ті КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контро­лю» від 19.02.93 р. Відповідно до даного Декрету під валютними цінностями розуміються: а) валюта України, до якої належать властиво валюта України, платіжні документи й інші цінні папе­ри, виражені у валюті України; б) іноземна валюта, у поняття якої включаються як властиво іноземна валюта, так і банківські мета­ли, платіжні документи й інші цінні папери, виражені в іноземній валюті й банківських металах.

До валютних операцій у сфері ЗЕД входять операції, які пов'язані з використанням валютних цінностей у міжнародному обороті як способу платежу, операції, пов'язані із ввезенням, переказом і пересиланням на територію України й вивозом, переказом і пере­силанням за її межі валютних цінностей та ін.

Митне регулювання ЗЕД здійснюється відповідно до Закону «Про ЗЕД», Митного кодексу України від 11.07.2002 р., Закону «Про єдиний митний тариф» від 05.02.92 р., Закону «Про єдиний збір,який справляється у пунктах пропуску через державний кордон України» від 04.11.99 р. і іншими нормативно-правовими актами. Митне регулювання ґрунтується на виключній юрисдикції України на її митній території, виключній компетенції митних органів Укра-

їни щодо здійснення митної справи, єдиному порядку переміщення товарів через митний кордон України.

Митне оформлення товарів у повному обсязі і їхній пропуск через митний кордон України можуть здійснюватися тільки після сплати відповідних митних платежів. До митних платежів, що підлягають сплаті на митниці, належать: мито, митний збір, акцизний збір і ПДВ.

Згідно зі ст. 29 Закону «Про ЗЕД» вищевказані мита можуть за­стосовуватися в тому числі як заходи у відповідь на дискримінаційні або недружні дії іноземних держав, митних союзів і економічних угруповань, які обмежують здійснення законних прав і інтересів суб'єктів ЗЕД або зачіпають інтереси України.

Успішним прикладом тут можна вважати введення КМУ 29.03.2002р. спеціал ьних мит у розмірі 20% на імпорт широкого спек­тра товарів із Росії (продукція металургійної й хімічної промисловості, машинобудування й автомобілебудування) у відповідь на прийняте дискримінаційне рішення уряду Російської Федерації від21.05.2001 р. про введення спеціальних мит у розмірі 20% і 40% на імпорт сталевих труб з України, залежно від діаметра. В результаті відповідних дій з боку України російські мита так і не були введені на імпорт українських труб, а саме рішення Російської Федерації було скасовано 04.10.2002р. без набрання митами чинності.

Складовою частиною системи державного регулювання ЗЕД є регулювання цін і тарифів, відповідно до гл. 21 ГК України, За­кону України «Про ціни і ціноутворення» від 03.12.90 р., Митного кодексу України (МКУ) та ін.

При здійсненні експортних і імпортних операцій безпосередньо або через зовнішньоторговельного посередника в розрахунках із закордонними партнерами можуть застосовуватися контрактні (зовнішньоторговельні) ціни, які формуються відповідно до цін і умов світового ринку. Водночас, митними органами при визначенні митної вартості товарів здійснюється перевірка контрактної ціни на предмет її відповідності цінам на ідентичні (подібні) товари. Адже від цього залежить розмір митних платежів. У випадку їхньої невід­повідності митні органи вправі самостійно визначати таку вартість, виходячи із цін на ідентичні товари. Суб'єкт ЗЕД вправі оскаржити такі рішення (ст. 265 МКУ).

## § 3. Форма та зміст зовнішньоекономічних договорів

Зовнішньоекономічний договір (контракт) — матеріально оформ­лена угода двох або більше суб'єктів ЗЕД і їхніх іноземних контр­агентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їхніх взаємних прав і обов'язків у сфері ЗЕД (ст. 1 Закону «Про ЗЕД»).

Основними актами законодавства України, що регулюють форму, порядок укладання і виконання зовнішньоторговельних договорів (контрактів), є: ГК України, ЦК України, закови України «Про ЗЕД», « Про операції з давальницькою сировиною в зовнішньоеконо­мічних відносинах» у редакції від 04.10.2001 р., «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23.12.98 р., Положення про форму зовнішньоеконо­мічних договорів (контрактів) від 06.09.2001 р. № 201; Інструкція про порядок заповнення інформаційної картки реєстрації зовнішньоеко­номічного договору (контракту), затверджена Наказом Міністерства економіки «Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з метало­брухтом» від 15.12.2005 р.

Серед основних міжнародних джерел, що регулюють питання укладання й виконання зовнішньоекономічних договорів (контр­актів), можна виділити Віденську конвенцію 1980 року про між­народну купівлю-продаж товарів, Нью-Йоркську конвенцію про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року, а також Європейську конвенцію про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року тощо.

Практика міжнародної торгівлі передбачає чимало видів зовніш­ньоекономічних контрактів. Серед них основними є:

* контракти купівлі-продажу товарів;
* зовнішньоторговельні агентські угоди і їхні підвиди (контр­акти комісії й доручення);
* контракти, що оформляють операції зустрічної торгівлі:
* операції натурального обміну (бартеру);
* операції, що передбачають участь продавця в реалізації това­ру, запропонованого покупцем (зустрічні закупівлі, авансові закупівлі, угоди типу «свитч», рамкові угоди, угоди типу «офсет», угоди позитивної зустрічної торгівлі й ін.);
* операції промислового співробітництва (виробниче кооперу­вання, співробітництво на компенсаційній основі, операції з давальницькою сировиною);
* контракти міжнародного перевезення вантажів (пасажирів) та інші види.

Уся зовнішньоекономічна діяльність опосередковується зовніш­ньоекономічними договорами (контрактами).

Стаття 6 Закону України «Про ЗЕД» встановлює порядок їх укладання. Зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається в простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом.

Міжнародні акти про зовнішньоекономічні договори не перед­бачають обов'язкові вимоги щодо письмової форми укладання до­говорів. Так, ст.11 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. закріплює загальний принцип, відповідно до якого не потрібно, щоб договір купівлі-продажу був укладений або підтверджений у писемній формі. Однак Україна при ратифікації Віденської конвенції зробила застереження, відповідно до якого для угод, підписаних суб'єктами підприємницької діяль­ності з місцем розташування в Україні, обов'язковою є письмова форма незалежно від місця їхнього здійснення.

На відміну від колишньої редакції ст. 6 Закону «Про ЗЕД» (яка була предметом тлумачення Конституційним Судом України1) нова редакція цієї статті передбачає, що підписувати договір від імені суб'єкта ЗЕД України — юридичної особи (замість двох осіб, як це було передбачено раніше) тепер може одна особа, повноваження якої на укладання договору повинні виходити з доручення, статутних документів, договорів і інших підстав, які не суперечать Закону.

Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнаний недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам за­конів України або міжнародних договорів України.

Право, що підлягає застосуванню до контракту в сфері ЗЕД, ви­значається за згодою сторін контракту. При відсутності в контракті умови про застосовне право, сторони можуть погодити вибір права надалі. Якщо така домовленість не досягнута, компетентне право договору визначається на підставі колізійних норм, передбачених Законом України «Про міжнародне приватне право».

Зміст зовнішньоекономічного договору визначається відповідно до вимог ГК України про істотні умови договорів. Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затверджене наказом Міністерства економіки України та з питань європейської інтеграції від 06.09.2001 р. № 201, є свого роду примірним догово­ром, тому що визначає обов'язкові для суб'єктів ЗЙД України умови ЗЕД договорів — сторони можуть передбачити інші умови, якщо тільки така домовленість не позбавляє договір предмета, об'єкта та інших істотних умов.

Це Положення застосовується при укладанні договорів купівлі- продажу товарів (наданні послуг, виконанні робіт) і товарообмінних договорів, але не застосовується до концесійних та деяких інших договорів.

До примірних умов зовнішньоекономічного договору належать:

* + Назва, номер договору, дата й місце його укладання.
  + Преамбула.
  + Предмет договору. У додатку до договору на переробку даваль­ницької сировини вказується, крім того, відповідна технологічна схема переробки.
  + Кількість і якість товару.

б. Базисні умови поставки товарів (відповідно до правил «Інко- 1 Рішення Конституційного Суду України від 26.11.1998 р.

термс») або порядок прийому-передачі виконаних робіт або зробле­них послуг.

* + - Ціна й загальна вартість договору (контракту).

Цінові показники можуть бути також зазначені в додатках (спе­цифікації), на які робиться посилання в тексті договору.

У договорі на переробку давальницької сировини визначається також його заставна вартість. У бартерному (товарообмінному) до­говорі заставна вартість експортованих товарів виражається в іно­земній валюті, яка віднесена НБУ до І групи Класифікатора валют.

* + - Умови платежу, що вказують на спосіб, порядок і строки фі­нансових розрахунків і гарантій виконання сторонами взаємних платіжних зобов'язань.
    - Умови здачі (прийому) товарів (робіт, послуг), що передбача­ють строки й місце фактичної передачі товарів, перелік товаросу- проводжувальних документів.
    - Умови про упакування й маркування товару.
    - Форс-мажорні обставини.
    - Порядок застосування санкцій, відшкодування збитків і пред'явлення рекламацій (претензій) у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань.
    - Урегулювання спорів у судовому порядку. Тут визначаються умови й порядок розгляду спорів щодо тлумачення договору (кон­тракту) з визначенням назви суду, а також матеріального й проце­суального права, що буде застосовуватися цим судом.

У договорах міжнародної купівлі-продажу товарів, бартерних і інших контрактах, що укладаються українськими суб'єктами госпо­дарювання, найчастіше обмовляється, що суперечки, які виникають за даним контрактом або в зв'язку з ним, підлягають передачі на розгляд і остаточне рішення в Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж\* від 24.02.94р., Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України, за­твердженого рішенням Президії ТПП України від 25.08.94 р.).

* + - Місцезнаходження й платіжні реквізити сторін.
    - Додаткові умови: страхування, гарантії якості, визначення норм навантаження (розвантаження), умови передачі технічної документації на товар, порядок сплати податків, митних зборів, можливість і порядок внесення змін до договору.

З метою забезпечення відповідності зовнішньоекономічного до­говору законодавству України окремі види зовнішньоекономічних контрактів підлягають обов'язковій реєстрації згідно зі ст. 383 ГК України. Реєстрації підлягають зовнішньоекономічні контракти на здійснення експортних операцій з металобрухтом на підставі Постанови Кабінету Міністрів України від 15.02.2002 р.; товари,

які ввозяться на митну територію України відповідно до Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20.11.2003 р.

## § 4. Базисні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) купівлі-продажу (поставки)

Світовою економічною системою, у яку інтегрується наша держава, вироблені норми й правила, що регулюють міжнародні торговельні відносини.

При укладанні й виконанні зовнішньоторговельних договорів купівлі-продажу значну роль грає особливий вид звичаїв, що скла­лися в міжнародній торгівлі, — так звані базисні умови поставки.

Базисними умовами в експортно-імпортному контракті на­зивають спеціальні умови, які визначають обов'язки продавця й покупця щодо доставки товару й встановлюють момент переходу ризику випадкової загибелі або ушкодження товару із продавця на покупця. Це сформований комплекс типових звичаїв, найбільшою мірою відповідних до характеру даного виду угод. Базисні умови визначають, хто несе витрати, пов'язані із транспортуванням товару від продавця-експортера до покупця-імпортера.

С метою уникнути розбіжностей і спорів щодо тлумачення ба­зисних умов поставки вони були позначені певними торговельними термінами, що найбільш часто зустрічаються і які згодом були си­стематизовані в уніфікованому документі — Міжнародних правилах інтерпретації комерційних термінів (скорочена назва ІНКОТЕРМС) Міжнародною торговельною палатою в 1936 р.

Розвиток міжнародної торгівлі, поява нових видів товарів і способів їхнього упакування, транспортування, нових видів страхування вантажів, обміну даними, проведення фінансових розрахунків привели до необхідності внесення доповнень і змін у правила ІНКОТЕРМС. Нові редакції правил були прийняті в 1953, 1967,1976,1980,1990 і 2000 роках.

У світовій торгівлі правила ІНКОТЕРМС мають рекомендацій­ний характер. Однак деякі країни, у тому числі й Україна, своїм внутрішнім законодавством встановлюють обов'язкове викорис­тання правил ІНКОТЕРМС національними суб'єктами в їхніх зовнішньоторговельних операціях. Так, відповідно до Указу Пре­зидента від 04.10.94 р. «Про застосування Міжнародних правил

інтерпретації комерційних термінів» при укладанні суб'єктами Підприємницької діяльності всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари, базисні умови поставки визначаються відповідно до правил ІНКОТЕРМС. Ці правила діють у редакції 2000 року, оскільки відповідно до Указу Президента від 04.10.94 р. № 567/94 опубліковані ІНКОТЕРМС-2000 у газеті «Урядовий кур'єр» ІІ63 від 03.04.2002 р, і № 68 від 10.04.2002 р.

Прийнявши тлумачення термінів ІНКОТЕРМС за основу контр­акту, сторонам доцільно не відтворювати текст ІНКОТЕРМС, а зро­бити відсилання до нього в усьому, що не передбачено контрактом. (Разом з тим вони можуть внести до нього зміни або доповнення, що відповідають умовам, які є прийнятими у даній галузі торгівлі, або обставинам, що склалися при укладанні контракту. Зміст цих змін повинен бути детально обговорений у контракті, оскільки вони можуть істотно вплинути на рівень ціни товару.

В ІНКОТЕРМС-2000 є 13 торговельних термінів, розділених на чотири групи, розташованих у міру нарощування контрактних зобов'язань продавця стосовно покупця. Перша група починається з терміна, відповідно до якого продавець несе один лише обов'язок: надати товар у розпорядження покупця на своєму підприємстві («Е» -термін — ЕХW). Далі йде друга група, відповідно до якої про­давець зобов'язаний поставити товар перевізникові, призначеному покупцем («Р» -терміни — FCA, FAS і FOB). Третю групу станов­лять «С»-терміни, відповідно до яких продавець повинен укласти контракт на перевезення, але не приймає на себе ризик втрати або ушкодження товару або додаткові витрати, що виникли після від­правлення товару (CFR, CIF, СРТ і СІР). Нарешті, у четверту групу входять «Б»-терміни, при яких продавець несе всі витрати й ризики, необхідні для доставки товару в певне місце в країну призначення (DAF, DES, DEQ, DDU і DDP).

Посилання на конкретну базисну умову ІНКОТЕРМС виключає невизначеність у виборі права країни, застосовуваного до контракту, а також недостатність інформації і розвитку в тлумаченні термінів.

Із всіх розглянутих вище базисних умов найбільше поширення в практиці міжнародної торгівлі одержали умови СІР (стандартна імпортна ціна) і РОВ (стандартна експортна ціна).

Вибір умови поставки, що найбільшою мірою підходить і про­давцеві. і покупцеві, залежить від конкретної ситуації. Найменш вигідним для покупця є умова ЕХW, при якій продавець надає товар у розпорядження покупця на своєму складі. Одночасно на покупця переходять ризик випадкової загибелі товару, всі витрати щодо завантаження, перевезення й страхування товару, оплати митних платежів, тобто для продавця передбачається мінімум обов'язків для покупця — максимум. Найменш вигідним для продавця й найбільш зручним для покупця є умова DDP, що передбачає, що продавець несе всі витрати й ризики з доставки товару на склад покупця. Водночас, користь і незручність тут досить умовні, адже вони прямо відображаються на ціні товару. Тому першорядними тут виступають організаційні питання, а не економічні.

Зрідка економічний фактор превалює. Наприклад, при викорис­танні умови DDP витрати, які несе продавець, доставляючи товар покупцеві, включають платежі в іноземній валюті. При наявності її у продавця в достатній кількості, йому вигідніше всього умова DDP; при недостачі іноземної валюти більш вигідним для нього виявляється EXW (наприклад, він може організувати доставку товару на своєму власному транспорті й т.п.)

Іноді в практиці зустрічається помилкове сприйняття умов ІНКОТЕРМС як договору перевезення і невірне уявлення про те, що правила ІНКОТЕРМС охоплюють всі обов'язки сторін.

По-перше, правила ІНКОТЕРМС мають справу тільки з дого­ворами купівлі-продажу (поставки). При цьому на одну із сторін такого договору покладаються обов'язки щодо укладання з третіми особами договорів перевезення, страхування й митного оформлення товару. Причому, іноді сторона обмежена у визначенні умов таких суміжних договорів. Так, за умовами СЕН або СІР продавець не може доставити товар іншим видом транспорту, крім морського, тому що за цими умовами він повинен надати покупцеві коносамент або інший морський транспортний документ.

Зокрема, між іноземною компанією «К» (продавець ) і українською компанією «Л» (покупець) був укладений зовнішньоекономічний договір купівлі-продажу устаткування. Відповідно до умов даного договору, продавець зобов'язався продати покупцеві на умовах СІР Іллічівськ, а покупець — прийняти й оплатити устаткування вар­тістю 342£ тисячі євро. Продавець зобов'язаний був доставити товар протягом 45 днів. При цьому устаткування підлягало перевезенню залізничним транспортом. Однак продавець здійснив перевезення морським транспортом, тим самим, виконавши умови перевезення СІР. Під час перевезення устаткування було ушкоджено й доставле­не в місце призначення із запізненням. Покупець зажадав повернення перерахованих коштів і відшкодування збитків.

Суд, розглядаючи дану суперечку, дійшов висновку, що продавець порушив умови договору, змінивши в односторонньому порядку вид

Таблиця 5. Терміни ІНКОТЕРМС 2000

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Група Е | EXW | Франко-завод |
| Відправлення | Ех ^Уогка (... пате рід се) | (назва місця) |
|  | РСА | Фраико-перевізинк |
|  | Ргее Сяггіег (... пате ріасе) | (назва місця призначення) |
| ГрупаР | РА8 |  |
|  | Ргее аі0п£8і(іє ЗЬір | Франко вздовж борта судна |
| Основне | (... патесі рогі о і вНіртепі) | (назва порту відвантаження) |
| перевезення не | РОВ |  |
| Оплачене | Ргее Оп Воагсі (... патесі | Франко'борт |
|  | рогі оі зНіртепі) | (назва порту відвантаження) |
|  | СРК | Вартість і фрахт |
|  | Созі аші РгеівЬІ | (назва порту призначення) |
|  | (... патесі рогі о£ |  |
|  | (іезііпаііоп) | Вартість, страхування Й фрахт |
|  | СІР | (назва порту призначення) |
|  | Сові, Іпаигапсе апсі |  |
| ГрупаС | Ргеі^Ьі (,.. патесі рогіо 1 | Фрахт/перевезення оплачені до |
|  | сіезііпаііоп) | (назва місця призначення) |
| Основне | СРТ |  |
| перевезення | Саггіа^е Раі(1 То | Фрахт/перевезення й |
| Оплачене | (... патесі ріасе оІ | страхування оплачені до |
|  | (Іезііпаііоп) | (... назва місця призначення) |
|  | СІР |  |
|  | Саггіеде апсі Іпаигапсе |  |
|  | Раісі То (... пашесі ріасе о £ |  |
|  | (Іезііпаііоп) |  |
|  | БАР | Поставка до границі |
|  | ІЗєііуєгєсі Аі Ргопііег | (...назва місця поставки) |
|  | (... па тесі ріасе) |  |
|  | РЕ8 | Поставка із судна |
|  | Веііуегед Ех 8Ьір | (... назва порту призначення) |
|  | (... патесі рогі о І |  |
|  | сіезііпаііоп) | Поставка із пристані |
| Група В | БЕР | (...назва порту призначення) |
| І)е1іуегес1 Ех фиау |  |
| Прибуття | (... патесі рогі о\* | Поставка без оплати мита |
| (Іезііпаііоп) ЇШТЇ | (...назва місця призначення) |
|  | Беїіуегей Еїиіу ІІпраісі | Поставка з оплатою мита |
|  | (... патесі ріасе о І | (...назва місця призначення) |
|  | (Іезііпаііоп) |  |
|  | ІМ>Р |  |
|  | Веііуегед ї)иіу Раігі |  |
|  | (... патесі ріасе оІ |  |
|  | «іезііпаііоп) |  |

транспортування товару, що спричинило більш тривалий час перевзення і, як наслідок, порушення строку поставки. Суд у своєму рішенні ухвалив розірвати договір і стягнути з продавця на користь покупці суму коштів, що була перерахована на користь продавця. По-друге, велика кількість проблем, які можуть виникнути в такому договорі купівлі-продажу, взагалі не розглядаються в пра­вилах ІНКОТЕРМС, наприклад, передача права володіння й прав власності, порядку визначення якості товару, порядку звільненая від відповідальності й т.п. Варто підкреслити, що ІНКОТЕРМС не призначено для заміни умов договору, необхідних для повного до­говору купівлі-продажу або за допомогою включення нормативних умов, або індивідуально обговорених умов. Ці питання повинні бути розв'язаними іншими умовами договору купівлі-продажу (поставки).

Правила ІНКОТЕРМС призначені для поставки через національні кордони. Однак ІНКОТЕРМС на практиці найчастіше включають­ся в договори для продажу товарів винятково в межах внутрішніх ринків. Зокрема, ГК України в ст. 265 закріпив, що будь-які до­говори поставки повинні викладатися відповідно до вимог правил ІНКОТЕРМС. У цих випадках положення правил ІНКОТЕРМС, що стосуються митних процедур, не застосовуються.

## § 5. Особливості розрахунків за контрактами у сфері ЗЕД і механізм контролю за надходженням валютного виторгу

Розрахунки в сфері ЗЕД мають свої особливості. Насампе­ред, вони регулюються великим масивом нормативно-правових актів, серед яких центральне місце займають ГК і ЦК України, Закон України «Про порядок розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.94 р. та ін.

Стаття 1 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» визначає, що виручка резидентів в іноземній валюті підлягає зарахуванню на їхні валютні рахунки в уповнова­жених банках у строки сплати заборгованостей, певні в контрактах, але не пізніше 90 календарних днів з моменту митного оформлен­ня (виписки вивізної вантажної митної декларації) продукції, що експортується, а у випадку експорту робіт (послуг), прав інтелек­туальної власності — з моменту підписання акта або іншого доку­мента, що свідчить про виконання робіт, наданні послуг, експорті прав інтелектуальної власності. Перевищення зазначеного строку вимагає індивідуальної ліцензії НБУ. Порушення резидентами за­значених вище строків спричиняє стягнення пені за кожний день прострочення в розмірі 0,3 % суми неодержаної виручки (митної вартості недопоставленої продукції) в іноземній валюті, перерахованої в грошову одиницю України за валютним курсом НБУ на день виникнення заборгованості. Фактично це відповідальність за неприйняття заходів щодо витребування заборгованості за контр­актом у ЗЕД.

Варто враховувати, що згідно зі ст. 5 Декрету КМУ «Про систе­му валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.93 р., не вимагають індивідуального ліцензування платежі в іноземній валюті, які здійснюються резидентами за межі України на вико­нання зобов'язань у цій валюті перед нерезидентами, для оплати продукції, послуг, робіт, прав інтелектуальної власності та інших майнових прав (крім оплати валютних цінностей і за договорами страхування життя).

Суб'єкти ЗЕД після сплати передбачених податків і зборів (обов'язкових платежів) за загальним правилом вправі самостійно розпоряджатися валютною виручкою від здійснення ЗЕД (ст. 387 ГК). У період фінансової кризи такі обмеження можуть вводити­ся, наприклад, постановою НБУ від 04.09.98 р. «Про введення обов'язкового продажу надходжень іноземної валюти на користь резидентів-юридичних осіб» у вигляді продажу на міжбанківському валютному ринку 50% надходжень на користь резидентів України, що діяло до 2005 року.

Для здійснення розрахунків за контрактами у ЗЕД необхідна низка передумов. Крім відкриття банківського рахунка суб'єктові ЗЕД необхідно придбати іноземну валюту на міжбанківському валютному ринку (за посередництвом банківської установи). Необ­хідний також правовий зв'язок банку, що обслуговує вітчизняного суб'єкта ЗЕД, з іноземними банками. Цей зв'язок встановлюється за допомогою відкриття банками один у одного кореспондентських рахунків. Відповідний порядок передбачений Положенням про відкриття та функціонування в уповноважених банках України рахунків банків-кореспондентів в іноземній валюті та в гривнях, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 26.03.98 р.

Характеризуючи розрахунки в сфері ЗЕД, варто вказати на спо­соби та форми розрахунків у ЗЕД. До способів розрахунків варто відносити: платіж готівкою та безготівковий платіж, що включає авансовий платіж, оплату після відвантаження й торгівлю за відкри­тим рахунком. До форм розрахунків належать прямий банківський переказ, платежі чеками, векселями, поштовими платіжними до­рученнями, телеграфними/телексними платіжними дорученнями, грошовими переказами за системою 8\УІРТ, інкасо, акредитив тощо.

Розмаїття форм розрахунків у ЗЕД визначається тим, що ГК України в ст. 344 допускає регулювання міжнародних розрахунків нормами міжнародного права, банківськими звичаями і правила­ми, умовами контрактів у ЗЕД. Аналогічні правила передбачені в ст. 1088 ЦК України.

Готівкові платежі за зовнішньоекономічними договорами засто­совуються з обмеженнями, встановленими законодавством Україна про касові операції, оскільки є обов'язковими для українських суб'єктів ЗЕД. Зокрема, відповідно до Правил використання готів­кової іноземної валюти на території України, затверджених постано­вою Правління НБУ від 30.05.2007р. № 200, банки України можуть приймати від повноважного представника нерезидента в касу для наступного зарахування на рахунок суб'єкта господарювання Украї­ни готівкову іноземну валюту в еквіваленті 10 тис. доларів США при наявності експортного договору та інших документів, передбачених Правилами. У свою чергу законодавство України не передбачає можливості вивезення представниками суб'єктів господарювання України іноземної валюти за межі України для розрахунків з не­резидентами за зовнішньоекономічними договорами (контрактами). Тому розрахунки готівкою за договорами, що передбачають імпорт товарів, не допускаються.

Авансовий безготівковий платіж — найбільш зручний спосіб платежу для експортера, тому що він одержує повну оплату перед відвантаженням товару. На відміну від законодавства Союзу РСР законодавство України не забороняє вільне встановлення правил про попередню оплату. Водночас, за наявності умови про наступну оплату товару, український суб'єкт ЗЕД буде позбавлений права на придбання валюти і Гї перерахування за межі України, тому що не зможе надати в уповноважений банк митну декларацію, що під­тверджує імпорт товарів за контрактом.

Оплата після відвантаження (платіж проти документів) несе ризики для продавця, тому що здійснення платежу цілком залежить від покупця.

Торгівля за відкритим рахунком передбачає надання експор­тером імпортерові товаророзпорядчих документів, минаючи банк, і оплату імпортером експортерові сум за контрактом на відкритий ра­хунок у строки, встановлені за попередньою згодою сторін (звичайно щомісяця, щокварталу, за півріччя). Такий спосіб розрахунків може бути вигідний тільки на умовах взаємності, коли контрагенти по­перемінно виступають у ролі покупця й продавця.

Переходячи до характеристики форм розрахунків у ЗЕД, необхід­но розглянути прямий банківський трансферт (переказ). Ця форма розрахунків аналогічна до розрахунків платіжними дорученнями. Потрібно відзначити, що в постанові Правління Національного банку України від 30 грудня 2003 р. «Про переказування коштів у національній та іноземній валюті на користь нерезидентів за деякими операціями» вказується повний перелік документів, що с підставою для переказу банками коштів на користь нерезидентів як з доручення резидентів — суб'єктів підприємницької діяльності, так і на виконання власних зобов'язань щодо оплати робіт, послуг,

прав інтелектуальної власності за договорами, які передбачають їхнє виконання, надання, передачу нерезидентами.

Загальні положення щодо розрахунків чеками передбачає § 5 гл. 74 ЦК України. Спеціальні норми знаходяться в Положенні про порядок здійснення операцій з чеками в іноземній валюті на території України, затвердженому Постановою Правління НБУ від 29.12.2000 р.

У ЗБД застосовуються два види чеків — дорожній та іменний. Дорожній чек використовується як спосіб міжнародних розрахунків неторгового характеру. Іменний чек використовується в торговель­ному обороті.

Використання чеків в іноземній валюті при розрахунках у зов­нішньоекономічних операціях дозволяється, якщо в зовнішньоеко­номічному договорі визначено, що чек виписується нерезидентом на резидента, а учасники платежу є сторонами за договором. У чеку або супровідному доповненні до нього повинне визначатися призна­чення платежу. Нерезидентом — чекодавцем за загальним правилом можуть виступати банк, держава (в особі уповноваженого державного органу), або міжнародна організація, корпорація, страхова компанія.

Необхідно також зупинитися на характеристиці такої форми розрахунків, як платіж векселем. Регулювання даного способу розрахунків забезпечується Законом України «Про обіг векселів в Україні» від 05.04.2001 р. Особливість таких розрахунків розгля­нута в розділі цього підручника про розрахунки.

Переходячи до характеристики таких способів платежу, як акре­дитив та інкасо, необхідно відзначити, що в постанові КМУ й НБУ від 21.06.95 року «Про типові платіжні умови зовнішньоекономіч­них договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті», такі форми розрахунків рекомен­дуються при експорті й імпорті товарів, робіт, послуг. Указ Пре­зидента України «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, які укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 04.10.94 р. встановлює, що такі розрахунки здійсню­ються відповідно до Уніфікованих правил і звичаїв для докумен­тарних акредитивів і Уніфікованих правил по інкасо Міжнародної торговельної палати.

Регулювання акредитивних розрахунків у ЗБД, таким чином, ґрунтується на загальних положеннях § 3 гл. 74 ЦК України й спеціальних вимогах Уніфікованих правил і звичаїв для до­кументарних акредитивів у редакції 1993 р. (публікація МТП № 500). Постановою Правління НБУ від 03.12.2003 р. затверджене Положення про порядок здійснення уповноваженими банками опе­рацій за документарними акредитивами в розрахунках у зовніш­ньоекономічних операціях.

Крім таких стандартних видів акредитивів, як відкличний і без­відкличний, покритий і непокритий, у сфері ЗЕД застосовується

низка спеціальних акредитивних угод. Так, застосовуються екс­портний акредитив, що відкривається іноземним банком-емітентом на користь бенефіціара, розміщеного на території України, імпортний акредитив, що відкривається уповноваженим банком- емітентом за дорученням наказодавця акредитива або від власного імені на користь бенефіціара, розташованого за межами України або в Україні за умови відкриття трансферабельного (перекладного) акредитива. Крім того використовується трансферабельний (переказний) акредитив, що являє собою акредитив, що містить умову про відступлення прав за акредитивом. Такий акредитив сприяє участі в операції посередника. Останній одержує лише винагороду за свої послуги, а основна сума акредитива надходить безпосередньо власникові товару.

Переходячи до характеристики такого способу платежу, як інка­со, необхідно відзначити, що Уніфіковані правила по інкасо Між­народної торговельної палати діють у редакції 1995 р. Уніфіковані правила МТП виступають у цьому випадку як спеціальні норми щодо загальних правил § 4 гл. 74 ЦК України про розрахунки з інкасових доручень. Інкасо у ЗЕД визначається як розрахункова банківська операція, при якій банк-ремітент, що діє в строгій від­повідності з інструкціями свого клієнта (довірителя) здійснює опе­рації з представленими клієнтом документами з метою одержання від платника платежу й/або акцепту векселя або видачі документів на інших умовах.

Зазначені вище Уніфіковані правила встановлюють два різно­види інкасо. До першого виду належить чисте інкасо, що означає інкасо фінансових документів, не супроводжуваних комерційними документами. До фінансових документів входять прості векселі, чеки, платіжні розписки й інші документи, що використовуються для одержання платежу. До комерційних документів належать ра­хунки, відвантажувальні документи, документи про право власності та інші документи, що не є фінансовими. До другого виду інкасо належить документарне інкасо, тобто інкасо фінансових докумен­тів, що супроводжуються комерційними документами, або інкасо комерційних документів, що не супроводжуються фінансовими документами.

## § 6. Санкції за порушення законодавства про ЗЕД

Відповідно до Закону України «Про ЗЕД» Україна як держава, так і всі суб'єкти ЗЕД, а також іноземні суб'єкти господарської діяльності відповідають за порушення законів України й своїх зобов'язань, закріплених у договірному порядку. Наразі Україна як держава не несе відповідальності за дії суб'єктів ЗЕД, а суб'єкти ЗЕД не несуть відповідальності за дії держави Україна.

У ст. 33 Закону «Про ЗЕД» згадується майнова і кримінальна відповідальність за порушення правил здійснення операцій у сфері ЗЕД.

Майнова відповідальність застосовується у формі матеріаль­ного відшкодування збитків, а також застосування майнових санк­цій. Якщо порушення суб'єктами ЗЕД або іноземними суб'єктами господарювання законів України про ЗЕД призвели до виникнення збитків, втрати вигоди й/або моральної шкоди в інших суб'єктів або держави, правопорушники несуть майнову відповідальність у повному обсязі.

Порядок застосування й розмір договірних майнових санкцій визначається у зовнішньоекономічному договорі. Крім того, у ви­падку, коли право контракту — законодавство України, то при застосуванні майнової відповідальності використовуються відпо­відні положення розділу 5 ГК України про відшкодування збитків, стягнення штрафних і оперативно-господарських санкцій, а також субсидіарно застосовуються норми ЦК України про відповідальність за порушення зобов'язань. -

Кримінальна відповідальність за порушення ЗЕД настає тільки у випадках, передбачених нормами кримінального законодавства. Зокрема, ст.ст. 199-204, 207-209 КК України передбачають кри­мінальну відповідальність за порушення митних правил (у т.ч. за контрабанду), порушення порядку ліцензування господарської ді­яльності, відхилення від повернення валютного виторгу й порушен­ня іншого валютного законодавства, незаконне відкриття рахунків за кордоном і інші діяння, які можуть вчинятися громадянами — підприємцями й посадовими особами при здійсненні ЗЕД.

Крім договірних майнових санкцій і кримінальної відповідаль­ності до суб'єктів ЗЕД можуть застосовуватися адміністративно- господарські санкції відповідно до гл. 27 ГК України, а до гро­мадян — підприємців і посадових осіб також заходи адміністра­тивного стягнення згідно з КУпАП (ст.ст. 162,164,169,202,208, 209 та ін.)

Відповідно до ст. 37 Закону України «Про ЗЕД» за порушення законодавства України про ЗЕД до суб'єктів ЗЕД або іноземних суб'єктів господарської діяльності можуть бути застосовані наступні спеціальні адміністративно-господарські санкції:

* накладення штрафів, розмір яких визначається законами (тут мова йде про застосування адміністративно-господарського штрафу за ст. 241 ГК України й адміністративного штрафу за різними статтями КУпАП);
* застосування індивідуального режиму ліцензування;
* тимчасове припинення ЗЕД.

Зазначені санкції застосовує Мінекономіки України до суб'єктів ЗЕД за рішенням судових органів України або за поданнями орга­нів державної податкової й контрольно-ревізійної служб, митних, правоохоронних органів, органів Антимонопольного комітету

України, спеціально уповноваженого органу виконавчої влади в сфері регулювання ринків фінансових послуг і НБУ. Санкції можуть бути застосовані до суб'єктів ЗЕД протягом трьох років з моменту виявлення порушень законодавства.

Застосування індивідуального режиму ліцензування як санкції за порушення в сфері ЗЕД, крім вищевказаного, регламен­тується:

а) ч. 1 ст. 245 ГК України;

б) «Положенням про порядок застосування до суб'єктів зовніш­ньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господар­ської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»», затвердженим Наказом Міністерства економіки України та з питань європейської інтеграції України від 17.04.2000 р. № 52;

в) «Положенням про порядок видачі разових (індивідуаль­них) ліцензій», затвердженим Наказом того ж міністерства від 17.04.2000 р. № 47, який встановлює, що разова (індивідуальна) ліцензія є підставою для здійснення окремої зовнішньоеконо­мічної операції суб'єктами ЗЕД, до яких застосована спеціальна санкція — індивідуальний режим ліцензування.

З метою контролю за діяльністю суб'єктів ЗЕД, які допустили порушення в цій сфері, на кожну операцію оформляється разова (індивідуальна) ліцензія, що видається Мінекономіки України або уповноваженим ним органом. Разова (індивідуальна) ліцензія є підставою для митного оформлення товарів і здійснення зовніш­ньоекономічних розрахункових операцій суб'єктами ЗЕД, до яких застосовані спеціальні санкції. Ліцензія видається на період не мен­ший, необхідного для здійснення відповідної зовнішньоекономічної операції й не підлягає передачі іншим особам. Рішення про видачу або відмову у видачі ліцензії приймається не пізніше 15 робочих днів з дати реєстрації заявки в Мінекономіки України або уповноважено­му ним органі. Індивідуальний режим ліцензування діє до моменту усунення порушень законодавства України або застосування прак­тичних заходів, які гарантують виконання Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» і/або пов'язаних з ним законів України, і скасовується Міністерством економіки України.

Тимчасове припинення ЗЕД щодо українських суб'єктів ЗЕД і іноземних суб'єктів господарської діяльності означає позбавлення права займатися всіма видами ЗЕД, передбаченими ст. 4 Закону України «Про ЗЕД», за винятком завершення певних розрахунків.

Для завершення таких операцій українському суб'єктові ЗЕД варто одержати разову (індивідуальну) ліцензію у встановленому порядку.

Тимчасове припинення ЗЕД може застосовуватися у випадку дій суб'єктів:

— які можуть зашкодити інтересам національної економічної безпеки;

— які можуть призвести до порушень міжнародних зобов'язань України.

Таке припинення діє до моменту усунення порушень чинного законодавства України в сфері ЗЕД, але не більше трьох місяців з дати ухвалення відповідного рішення Мінекономіки України. Після тимчасового припинення зовнішньоекономічної діяльності суб'єкти ЗЕД переводяться на індивідуальний режим ліцензування. Продовження дії тимчасового припинення зовнішньоекономічної діяльності здійснюється винятково за рішенням суду.

Застосування зазначених санкцій може бути оскаржене в суді, але подача відповідного адміністративного позову не припиняє застосування санкцій. В окремих випадках, зокрема при виник­ненні форс-мажорних обставин, при подачі позову про визнання або стягнення боргу, санкції можуть бути припинені на термін дії форс-мажорних обставин або на час розгляду справи в суді.

З огляду на специфіку предмета правопорушення, особливої ува­ги заслуговують санкції за порушення валютного законодавства.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 245 ГК України при несумлінній кон­куренції, незаконному розміщенні валютних цінностей на рахун­ках і внесках за межами України, а також в інших випадках, при діях, що завдають шкоду економіці України, експортно-імпортні операції таких суб'єктів господарювання припиняються на умовах і в порядку, передбачених законом.

При відкритті валютного рахунка в банківській установі за межами України суб'єкт ЗЕД зобов'язаний повідомити про це НБУ не пізніше триденного строку. Порушення цієї вимоги тягне адміністративно-господарську відповідальність у порядку, встанов­леному законом, відповідно до ч. 2 ст. 386 ГК України.

Відповідно до ст. 16 Декрету КМУ від 19.02.93 р. «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» встановлена від­повідальність за порушення положень діючого валютного законо­давства. Для розвитку даного нормативного акта прийнято низку підзаконних актів:

* Постанова НБУ № 49 від 08.02.2000 р. «Про затвердження Положення про валютний контроль»;
* Указ Президента України від 27.06.99 р. «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства»;
* Наказ Державної податкової адміністрації України № 542 від 04.10.99 р. «Про затвердження Порядку застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства».

У господарській практиці України більшість подань про засто­сування спеціальних санкцій здійснюється органами державної податкової служби — близько 85 %, оскільки в ході податкових перевірок виявляються порушення законодавства про ЗЕД.

Як правило, після відповідного подання Міністерство економік України ухвалює рішення щодо застосування санкцій. Виняток становлять лише окремі правопорушення, наприклад, у випадку коли у головного експортера незначна заборгованість за зовніщ! ньоекономічним контрактом у порівнянні із загальним обсягом продажу. Кожний такий випадок розглядається в робочому порядку за узгодженням з органом, що направив подання. Таким чином, стосування даних норм може мати й диференційований характер.

Правильність введення відповідальності за порушення законо­давства про ЗЕД підтверджується наявністю аналогічних правових інститутів в економічно розвинених країнах Європи й Америки. Від- сутність подібної відповідальності привело б до хаосу в сфері ЗЕД.

При застосуванні такої відповідальності варто також врахо­вувати положення ст. 250 ГК України, які передбачають, щоадміністративно-господарські санкції (до яких належить більшість санкцій у сфері ЗЕД) можуть бути застосовані до суб'єкта господа­рювання протягом шести місяців від дня виявлення порушення, але не пізніше ніж через один рік від дня порушення цим суб'єктом встановлених законодавчими актами правил здійснення господар­ської діяльності, крім випадків передбачених законом.

Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 14 Закону «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» від 28.12.98 р. попе­редні антидемпінгові заходи застосовуються за рішенням уповно­важеної Комісії не раніше, ніж через 60 днів і не пізніше ніж через дев'ять місяців після порушення відповідного антидемпінгового розслідування.

Контрольні запитання:

* 1. Що таке зовнішньоекономічна діяльність (ЗЕД)?
  2. Які існують види зовнішньоекономічної діяльності?
  3. Хто може стати суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України?
  4. В чому полягають державні методи регулювання ЗЕД?
  5. Назвіть відмінності в методах тарифного й нетарифного регу­лювання ЗЕД.
  6. Які вимоги до форми й змісту зовнішньоекономічних договорів передбачені законодавством України?
  7. Що таке базисні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) купівлі-продажу (поставки) і яке їхнє значення?
  8. Назвіть особливості розрахунків за контрактами у ЗЕД.
  9. У чому полягає механізм контролю за надходженням валют­ного виторгу в Україну?
  10. Охарактеризуйте правове положення вільних економічних зон, технопарків і територій пріоритетного розвитку (ТПР).
  11. Які ви знаєте санкції за порушення законодавства про ЗЕД і в чому полягає порядок їхнього застосування?

# Розділ 20 ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

# ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ТА ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

## § 1. Поняття, форми і суб'єкти інвестиційної діяльності

Протягом останніх декількох років в Україні здійснюються за­ходи щодо створення умов, які сприяють підвищенню інвестиційної активності, а також усунення зайвого адміністративного втручан­ня держави в діяльність суб'єктів господарювання, яке негативно впливає на інвестиційну і інноваційну діяльність.

Правовідносини, які складаються в процесі організації, безпо­середнього здійснення інвестиційної діяльності і управління нею регулюються за допомогою актів законодавства, міжнародних договорів, правових документів локального характеру — заснов­ницьких, внутрішніх, а також договорів інвестиційного характеру.

У контексті регулювання інвестиційних правовідносин особли­ве місце займають приписи ст. 9 та ст. 10 Господарського кодексу України, якими визначаються зміст і форми державної інвестицій­ної політики. Тісний зв'язок із законодавством про інвестиційну діяльність мають також приписи ст.ст. 13,41. Конституції України стосовно обов'язку держави забезпечувати захист прав всіх суб'єктів прав власності і права кожного володіти, користуватися і розпо­ряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності.

ГК України — за відсутності в ньому спільних положень щодо ін­вестування — регламентує окремі форми інвестування, визначаючи їх як окремі види або сфери господарської діяльності (капітальне будівництво — гл. 33; інноваційна діяльність — гл. 34; зовнішньо­економічна діяльність, в т.ч. іноземні інвестиції—гл. 38; спеціальні режими господарювання, включаючи спеціальні (вільні) економічні зони — гл. 39, концесії гл. 40, інші види спеціальних режимів господарської діяльності — гл. 41).

Спеціальне законодавство в цій сфері ґрунтується на законах України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.91 Про режим іноземного інвестування» від 19.03.96 р., «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р.

Регулювання інвестиційної діяльності здійснене також у законах України «Про оподаткування прибутку підприємств», «Про банки і банківську діяльність», «Про угоди про розподіл продукції», «Про концесії», «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомо­більних доріг» та ін.

Серед підзаконних нормативно-правових актів можна виділити: Указ Президента України від 12.07.2001 р. № 512/2001 «Про заходи щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні», Концепцію регулювання інвестиційної діяльності в умовах ринкової трансфор­мації економіки, затверджену постановою Кабінету Міністрів Укра­їни від 01.06.95 р. № 384, Постанову Кабінету Міністрів України від 28.12.2001 р. № 1801 «Про затвердження Програми розвитку інвестиційної діяльності на 2002-2010 роки» і т. д.

Такі ключові поняття, як «інвестиції», «інвестиційна діяльність», починаючи з праці А. Маршала « Принципи економіки », стають пред­метом дослідження провідних економістів. Подальше вивчення інвес­тиційних процесів в економіці здійснювали Дж. Кейнс, Дж. Робінсон, Е. Чемберлін, Р. Хоутрі, Дж. Гобсон, Е. Хансен, Р. Харрод і багато інших. У господарсько-правовій літературі питанням інвестицій присвятили свої праці В.К. Мамутов, О.Р. Зельдіна, Ю.Є. Атаманова, О.М. Вінник та інші.

Інколи зустрічається спрощене розуміння інвестицій. Так, французький економіст П. Массе вважає, що «інвестування є актом обміну капіталу на задоволення в майбутньому інвестиційними благами» Американські автори С. Фішер, Р. Дорнбуш і Р. Шма- лензі стверджують, що інвестиції — «це витрати на створення но­вих потужностей з виробництва машин, фінансування житлового, промислового або сільськогосподарського будівництва, а також запасів». Майже ідентичним є визначення П. Манкива, який розді­ляє інвестиції на три види: інвестиції в основний капітал, інвестиції в житлове будівництво і інвестиції в запаси.

Деколи поняття «інвестиції» ототожнюється з поняттям «ка­піталовкладення»,.розглядається як вкладення капіталів у від­творення основних коштів, іцо не враховує всієї різноманітності об'єктів інвестування.

Як пише Г.В. Козаченко, інколи не беруться до уваги тезавраційні інвестиції, тобто вкладення коштів в об'єкти, які не викорис­товуються у виробництві. Тому інвестиції слід розглядати ширше.

Закон України «Про інвестиційну діяльність» дає легальне ви­значення інвестицій: «Інвестиціями е всі види майнових і інтелек­туальних цінностей, які вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект».

Окрім поняття «інвестиції», виділяється поняття «інвестицій­на діяльність». Це поняття визначається Законом України «Про інвестиційну діяльність» як сукупності практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій.

Різницю між цими поняттями вдало визначає М.П. Денисенко. Він вважає, що «інвестиційна діяльність — це комплекс заходів і дій фізичних і юридичних осіб, які вкладають свої ресурси з ціллю отримання прибутку». Тоді як інвестиційний процес є спільною направленою діяльністю «всіх учасників суспільного відтворення, метою якої є створення основних фондів, призначених для вироб­ництва кінцевого продукту на заданому рівні. Він характеризується рухом вартісної і натуральної форм».

Отже, інвестиції слід розглядати як процес вкладення капіталу і отримання результату від цих вкладень, але, у свою чергу, вони є результатом експлуатації капіталу. Ці процеси нерозривні, вза­ємозалежні і взаємообумовлені.

Вінник О.М. визначає інвестиційну діяльність як систематичні дії організаційно-майнового характеру, направлені на вкладення інвестицій на довготривалій або постійній основі з метою досяг­нення визначеного соціально-економічного ефекту, в першу чергу, отримання прибутку.

При цьому, інвестування визначене цим же автором як різновид або елемент господарської діяльності, змістом якого є сукупність практичних дій учасників інвестування (інвесторів, виконавців, посередників, держави, територіальної громади) щодо організа­ції, вкладення інвестицій або здобуття запланованого соціально- економічного ефекту.

Інвестиційна діяльність спрямовується на вирішення багатьох важливих завдань розвитку економіки підприємства, зокрема, за­безпечення формування необхідних обсягів та оптимальної структу­ри інвестиційних ресурсів з урахуванням потреб на довготермінову

перспективу; забезпечення високих темпів економічного розвитку підприємства; підтримання фінансової стійкості та платоспромож­ності підприємства у процесі здійснення інвестиційної дыяльності та забезпечення оптимальної ліквідності інвестицій та можливостей швидкого реінвестування капіталу тощо.

*З метою обліку, аналізу і планування* інвестиції класифікують- ся за різними ознаками.

За об'єктами вкладень виділяються реальні і фінансові інвес­тиції. Під реальними інвестиціями розуміють вкладення засобів в реальні активи — як матеріальні, так і нематеріальні (інколи вкладення засобів в нематеріальні активи, пов'язані з науково- технічним прогресом, характеризуються як інноваційні інвести­ції). Реальні інвестиції є вкладення капіталу в яку-небудь галузь економіки або підприємство, результатом чого є утворення нового капіталу або приріст наявного капіталу (будівлі, устаткування, товарно-матеріальні запаси і т.д.). Фінансові інвестиції це — вкла­дення капіталу (державного або приватного) в акції, облігації, інші цінні папери.

Відповідно до характеру участі в інвестуванні виділяються прямі і непрямі інвестиції. Під прямими інвестиціями розуміється безпо­середнє вкладення коштів інвестором в об'єкти інвестування. Під непрямими інвестиціями розуміється інвестування, опосередковане іншими особами (інвестиційними або фінансовими посередниками). У цьому направленні виділяють ще портфельні інвестиції — інвес­тиції в цінні папери, що формуються у вигляді портфеля ЦІННИХ паперів. Портфельні інвестиції є пасивним володінням цінними паперами, наприклад акціями компаній, облігаціями і ін., і не передбачають з боку інвестора участі в оперативному управлінні підприємством, що випустило цінні папери.

Відповідно до періоду інвестування розрізняють короткострокові і довгострокові інвестиції. Під короткостроковими інвестиціями розглядають як вкладення капіталу на період, не більше одного року (наприклад, короткострокові депозитні внески, купівля ко­роткострокових ощадних сертифікатів і т. ін.). Під довгостроковими інвестиціями розуміють вкладення капіталу на період більше одного року. У практиці великих інвестиційних компаній довгострокові інвестиції деталізують таким чином: до 2 років; від 2 до 4 років; від З до 5 років; понад 5 років.

За регіональною ознакою виділяють інвестиції усередині країни і за кордоном. Під внутрішніми інвестиціями розуміють вкладення коштів в об'єкти інвестування, розміщені в межах даної країни. Під іноземними інвестиціями розуміють вкладення засобів в об'єкти інвестування, розміщені за межами даної країни. За даними Держ-

комстату, станом на 1 січня 2008 року спільний обсяг прямих іно­земних інвестицій до України склав 29 489,4 млн доларів США.

Інвестиції в об'єкти підприємницької діяльності здійснюються в різних правових формах, серед яких можна відзначити корпора­тивну, договірну, змішану.

Інвестування може здійснюватися у визначених економіко- правових формах: інноваційне інвестування, капітальне будів­ництво, концесійне, лізингове та інші економіко-правові форми інвестування.

До суб'єктів (учасників) інвестиційної діяльності належать: фізичні особи, суб'єкти господарювання, держава, територіальні громади, які вступають в інвестиційні правовідносини як інвесто­ри, виконавці, посередники, страховики, інвестиційні біржі і т.д.

Основною фігурою інвестиційної діяльності є інвестор.

Інвестори — суб'єкти інвестиційної діяльності, що здійсню­ють вкладення власних, позикових або залучених коштів у формі інвестицій і забезпечують їхнє цільове використання. Інвестори можуть бути: органи, уповноважені управляти державним і май­ном територіальної громади, або майновими правами; громадяни, підприємства, господарські об'єднання і інші юридичні особи; іно­земні фізичні і юридичні особи, держави і міжнародні організації. Допускається об'єднання коштів інвесторами для здійснення спіль­ного інвестування. Інвестори можуть виступати в ролі вкладників, замовників, кредиторів, покупців, а також виконувати функції будь-якого іншого учасника інвестиційної діяльності.

У літературі існують різні критерії класифікації інвесторів. Так, Поєдинок В.В. класифікує види інвесторів за 7 критеріями: харак­тером господарської правосуб'єктності, спрямованістю основної господарської діяльності, метою інвестування, державною прина­лежністю; спільним і спеціальним правовим статусом; регіональною спрямованістю інвестування, формою інвестиційної діяльності.

Окрім інвесторів, до учасників інвестиційної діяльності можна віднести замовників, інвестиційні інститути, банки і інші фінансові структури, органи державного, регіонального, галузевого, міжгалу­зевого господарського управління, органи державного регулювання у сфері інвестиційної діяльності.

Указом Президента України «Про створення Державного агент­ства України з інвестицій та інновацій» від 30.12.2005 р. № 1873 створено Державне агентство з інвестицій та інновацій (далі — Держінвестиції), що діє на підставі Положення, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 749 від 16.05.2007 р. Держінвестиції є спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності.

Основним правовим документом, який регулює взаємовідношення між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір. Умови догово­рів, укладених між суб'єктами інвестиційної діяльності, зберігають свою силу на весь термін дії цих договорів і у випадках, коли після їх укладення законодавством (крім податкового, митного і валют­ного законодавства, а також законодавства з питань ліцензування певних видів господарської діяльності) встановлюються умови, які погіршують становище суб'єктів або обмежують їхні права, якщо вони не дійшли згоди про зміну умов договору.

## § 2. Правовий режим іноземних інвестицій

Загальні принципи, порядок і умови здійснення іноземного ін­вестування на території України регулюються ГК України (глава 38), законами України «Про інвестиційну діяльність», «Про захист іноземних інвестицій на Україні», «Про зовнішньоекономічну ді­яльність».

Основоположним актом у сфері іноземного інвестування є Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.96 р.

Іноземні інвестори практично не обмежені у формах і об'єктах інвестування. Інвестиції можуть здійснюватися у формі участі в підприємствах (їх створення), придбання частки підприємств, що вже діють, створення філій або інших відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб, придбання нерухомого або рухомого майна, цінних паперів, придбання прав на користування землею і використання природних ресурсів на території України, придбан­ня інших майнових прав, здійснення господарської діяльності на основі угод про розподіл продукції, в інших формах, не заборонених законами України.

У статті 4 Закону України «Про режим іноземного інвестування», іноземні інвестиції можуть вкладатися в будь-які об'єкти, інвесту­вання, які не заборонені законами України.

Відповідно до статті 4 Закону України «Про інвестиційну ді­яльність», який може застосовуватися як загальний закон у сфері інвестиційної діяльності, об'єктами інвестиційної діяльності може бути будь-яке майно, зокрема, основні фонди і оборотні кошти у всіх галузях і сферах народного господарства, цінні папери, цільові грошові внески, науково-технічна продукція, інтелектуальні цін­ності, інші об'єкти власності, а також майнові права. Забороняється інвестування в об'єкти, створення і використання яких не відпо­відає вимогам санітарно-гігієнічних, радіаційних, екологічних, архітектурних і інших норм, встановлених законодавством Укра­їни, а також порушує права і інтереси громадян, юридичних осіб і держави, що охороняються законом.

Згідно з Законом України «Про режим іноземного інвестування» іноземною інвестицією слід розглядати як цінності, які вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відпо­відно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Слід звернути увагу на те, що іно­земною інвестицією може бути визнане не будь-яке майно, а лише те, яке вкладається іноземним інвестором з конкретною метою: з метою отримання прибутку від здійснення інвестування або з метою досягнення соціального ефекту. Таким чином, не будь-яке вкла­дення капіталу іноземцями на території України вважатиметься іноземною інвестицією.

Держава надає іноземним інвесторам низку гарантій при здій­сненні ними інвестиційної діяльності. Ці гарантії включають:

* незмінності протягом 10 років після можливої зміни режиму іноземного інвестування тих гарантій захисту іноземних ін­вестицій, які вказані нижче;
* обмеження примусових вилучень (націоналізації) інвестицій;
* право на відшкодування збитків іноземним інвесторам, за­подіяних їм унаслідок дій, бездіяльності або неналежного виконання державними органами України або їх посадовими особами передбачених законодавством обов'язків стосовно іноземного інвестора або підприємства з іноземними інвес­тиціями;
* право безперешкодного і негайного переведення доходів, отри­маних унаслідок здійснення іноземних інвестицій;
* право на повернення інвестицій в натуральній формі або в гро­шовій формі у валюті інвестування без сплати митного збору не пізніше шести місяців після припинення інвестиційної діяльності.

Дані гарантії передбачені в гл. 58 ГК і ст.ст. 8-12 Закону України «Про режим іноземного інвестування».

Гарантії іноземних інвесторів слід відрізняти від пільг, якими наділяються підприємства з іноземними інвестиціями, — підпри­ємства, в статутному капіталі яких іноземна інвестиція складає не менше 10 відсотків. Зокрема, згідно зі ст.ст. 18 і 19 Закону такі підприємства звільняються від сплати мита при ввезенні майна до статутного фонду як внесок іноземного інвестора (крім товарів для реалізації і власного споживання), до того ж продукція власного виробництва таких підприємств не підлягає ліцензуванню і кво­туванню.

Державна реєстрація іноземних інвестицій є обов'язковою. Не- зареєстровані іноземні інвестиції не дають права на отримання пільг і гарантій, передбачених цим законом. Процедура такої реєстрації встановлена Положенням про порядок державної реєстрації іно­земних інвестицій, що затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 07.08.96 р. № 928.

Відповідно до вищевказаного Положення для державної реєстра­ції іноземних інвестицій іноземний інвестор подає в орган держав­ної реєстрації інформаційне повідомлення про внесення іноземної інвестиції з відміткою податкової інспекції за місцем здійснення інвестиції про її фактичне внесення; документи, що підтверджують форму здійснення іноземної інвестиції і її вартість, а також підтвер­дження оплати за реєстрацію.

Державна реєстрація іноземних інвестицій здійснюється лише після їх фактичного внесення. У низці випадків при створенні під­приємств з іноземними інвестиціями необхідно враховувати По­ложення про порядок залучення експертів до оцінки майна, яке знаходиться в загальнодержавній власності. Відмова в реєстрації іноземних інвестицій можлива лише у разі порушення встановлено­го порядку реєстрації. Він має бути оформлений письмово з вказів­кою мотивів відмови і може бути оскаржений у судовому порядку.

При поверненні інвестованих коштів і репатріації прибутку за кордон іноземні інвестори повинні керуватися положеннями Декрету КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», Інструкцією про порядок відкриття, використання і закриття рахунків в національній і іноземних валютах, затвердже­ній Постановою НБУ від 12 листопада 2003 р. № 492 (в редакції від 23.06.2004 р.).

Правові основи державного регулювання іноземного інвестуван­ня мають нестабільний характер. Зокрема, в 1997 і 2000 роках низ­кою нормативно-правових актів держава скасувала низку пільг, які визначалися в попередніх актах стосовно іноземного інвестування, що значно погіршило інвестиційний клімат в Україні. До одних з таких актів належить Закон України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна і засобів вітчизняного походження» від 17.02.2000 р.

Сьогодні для іноземних інвесторів актуальними є не стільки політичні ризики націоналізації або експропріації їхнього майна, скільки ризики нестабільності економічної ситуації, складна сис­тема оподаткування, а також прояви корупції.

## § 3. Інвестиційний договір: порядок укладання, основні і додаткові умови

Основною підставою виділення інвестиційного договору в особ­ливий договірний вид є інвестиційна мета, яка охоплює реаліза­цію інвестиційного проекту і визначає спрямованість договірного зобов'язання. За ознакою спрямованості інвестиційний договір можна віднести в широкому розумінні до групи договорів про надання послуг, оскільки діяльність замовника містить ознаки надання послуг.

Кафарський В.В. вказує на особливості інвестиційного договору, до яких відносить:

* 1. передумову укладення договору —- наявність інвестиційного проекту;
  2. довготривалий характер правовідносин сторін;
  3. обов'язкове здійснення інвестицій у формі вкладення майно­вих і інтелектуальних цінностей в об'єкти підприємницької і інших видів діяльності;
  4. комерційну зацікавленість або досягнення певного соціального ефекту (за умови здійснення державних інвестицій);
  5. цільове використання коштів інвестора;
  6. спільну (часткова) власність на вкладене майно і на результат інвестиційної діяльності;
  7. за інвестиційним договором цінності у вигляді інвестицій, як правило, вкладаються в об'єкти права, а не надаються суб'єктам пра­ва, як за іншими подібними господарсько-правовими договорами.

Отже, не дивлячись на відсутність у законодавстві визначення інвестиційного договору, виходячи з його особливостей, можливо визначити інвестиційний договір як правочин між двома або де­кількома особами, яким встановлюються на певний термін права і обов'язки між сторонами стосовно вкладення всіх видів майнових і інтелектуальних цінностей в об'єкти підприємницької і інших ви­дів діяльності для отримання прибутку або досягнення соціального ефекту.

Залежно від розподілу обов'язків між сторонами, інвестиційні договори визначаються як двосторонні, оскільки кожна із сторін до­говору має права і несе обов'язки. Так, наприклад, за інвестиційним договором на будівництво інвестор зобов'язаний вносити інвестиції в порядку, передбаченому договором, і має право отримати у влас­ність об'єкт інвестування після закінчення будівництва, а реципієнт несе обов'язок направляти інвестиції, отримані від інвестора, на будівництво об'єкта містобудування.

Як правило, інвестиційні договори мають оплатний характер, оскільки дії інвестора з внесення інвестицій компенсуються відпо­відними діями реципієнта (одержувача).

До істотних умов інвестиційного договору слід віднести:

* предмет - інвестиції в будь-якій не забороненій законодав­ством України формі;
* кількісні і якісні характеристики предмета - інвестицій (кількість і характеристика майна, яке передається, види і конкретні обсяги робіт і т.д.);
* властива інвестиційним договорам спеціальна умова — форма і об'єкт інвестування;
* ціна договору, тобто вартість інвестицій у національній або вільноконвертованій валюті (якщо здійснюються іноземні інвестиції), а також вартість одиниці виміру конкретного майна, прав, робіт, послуг, які передаються, виконуються;
* термін інвестиційного договору, оскільки останній зазвичай має тривалий характер (про внесення долі до статутного фон­ду господарського товариства, про повну сплату акцій і т.д., а у ряді випадків — також і проміжні терміни — внесення інвестицій (у статутних документах, які опосередковують корпоративну форму інвестування, повинні визначатися тер­міни внесення засновниками своїх внесків — до моменту дер­жавної реєстрації товариства у визначеному законом розмірі, а останні — протягом визначеного статутними документами терміну, який зазвичай не може бути більше одного року) або виконання певних етапів робіт (наприклад, у процесі реаліза­ції інвестиційного або інноваційного проекту).

До звичайних умов інвестиційного договору належать умови: про форму платежу; про порядок виконання; відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань; порядок розгляду спорів, які виникають між сторонами в процесі виконання договору; об­ставини, які звільняють сторони від відповідальності; страхування інвестиційних ризиків і обов'язку сторін відносно цього, способи забезпечення сторонами виконання договірних зобов'язань.

До випадкових умов можна віднести, наприклад, надання ін­вестором виконавцям робіт виробничих і житлових приміщень, забезпечення працівників виконавця харчуванням і т.д.

Інвестиційний договір укладається у письмовій формі (ч. 1 ст. 181 ГК України, ст. 208 ЦК України, ч. 1 ст. 9 Закону «Про інвестиційну діяль­ність» від 18.09.91 р.), що зумовлено низкою факторів, у першу чергу, необхідністю ведення бухгалтерського обліку і звітності суб'єктами інвестиційних правовідносин, захистом інтересів сторін договору.

У випадках, передбачених законом, при укладенні інвестицій­ного договору застосовується нотаріальна форма (наприклад, у разі продажу в процесі приватизації цілісних майнових комплексів під­приємств або їх структурних підрозділів згідно з ч. 4 ст. 27 Закону «Про приватизацію державного майна») або за домовленістю сторін (ч. 1 ст. 209 ЦК України).

Для деяких видів господарських договорів передбачена держав­на реєстрація, з якою пов'язується або момент дійсності договору (договори концесії, наприклад, — ст. 14 Закону «Про концесії»; Постанова Кабінету Міністрів України від 18.01.2000 р. № 72 «Про реєстр концесійних договорів»), або придбання особливого режиму для його сторін або одній з них: інвестиційні договори, що реалізуються на території пріоритетного розвитку або в спеціальній (вільною) економічній зоні.

Що стосується кваліфікації інвестиційних договорів, то вони належать до фідуціарних операцій. Стаття 21 Закону України «Про інвестиційну діяльність» надає право інвесторові у будь-який мо­мент прийняти рішення про припинення інвестиційної діяльності з відшкодуванням збитків учасникам інвестиційної діяльності.

Слід зазначити, що Законом України «Про внесення змін до де­яких законодавчих актів України» від 15.12.2005 р. були внесені зміни до статті 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.91 року — тепер об'єктами інвестиційної діяльності не можуть бути об'єкти житлового будівництва, фінансування спору­дження яких здійснюється з використанням недержавних коштів, притягнених від фізичних і юридичних осіб, у тому числі в управлін­ня. Інвестування і фінансування будівництва таких об'єктів може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, недержавні пенсійні фонди, а також через випуск безпроцентних (цільових) облігацій, за якими базовим товаром виступає одиниця такої нерухомості.

У зв'язку з цим інвестиційний договір про залучення грошових коштів від третіх осіб на будівництво житла з 14 січня 2006 року є недійсним.

Зокрема, господарським судом Запорізької області 01.03.2004 р. був задоволений позов ПП «КСО» до ТОВ «Х" про визнання недійсним ін­вестиційного договору на будівництво житлового будинку, укладеного 18.01.2004 р. Суд обґрунтував своє рішення тим, що Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівни­цтві житла і операції з нерухомістю» від 19 червня 2005 року договір управління майном укладається з управителем, яким згідно зі ст. 4 вищезазначеного Закону може бути банк або інша фінансова установа. Оскільки ТОВ «X» не є фінансовою установою, воно не мало права приймати кошти від позивача як оплату за об'єкт будівництва.

## § 4. Загальна характеристика інноваційної діяльності в Україні

Інновації і інвестиції традиційно сприймаються як галузь знань в економіці. Інноваціям присвячені праці таких авторів, як Г.Андрощук, Ю.Бажал, Л.Безчасний, О.Волков, А.Гальчинський, В.Гєєць, Г.Гольдштейн, Е. Тоффлер, Ф. Фукуяма та інші. Але, останнім часом правознавці стали також приділяти цим питанням увагу. Зокрема, серед юристів-господарників виділяються в цьому плані праці Ю. Атаманової, Д. Задихайла і деяких інших. Правове регулювання державної підтримки інвестицій в інновації досліджуєО. Подцерковний.

Закон «Про інвестиційну діяльність» установлює, що основною метою державної інноваційної політики є створення соціально- економічних, організаційних і правових умов для ефективного від­творення, розвитку та використання науково-технічного потенціалу країни, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, виробництва та реалізації нових видів конкурентоспроможної продукції.

Не дивлячись на те, що такий різновид інвестиційної діяльності, як інноваційна діяльність, був виділений у Законі України «Про інвестиційну діяльність» ще в 1991 році, правова база для її здій­снення і розвитку фактично почала створюватися лише з 1999 року. Зокрема, були ухвалені закони України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 16.07.99 р., «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки» від 11.07.2001 р., «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р. На двадцять сьомому пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учас- ниць СНД, Постановою № 27-16 від 16.11.2006 р. був затверджений Модельний закон про інноваційну діяльність, метою якого стала гар­монізація законодавства держав-учасниць СНД в галузі інноваційної діяльності, направленої на підвищення конкурентоспроможності національної економіки країн Співдружності за рахунок вживання результатів науково-технічної діяльності.

На даний час основним нормативно-правовим актом у сфері ін­новаційної діяльності виступає ГК України (глава 34). Крім того, положення ЦК України в субсидіарному порядку регулюють чимало інноваційних відносин. Так, можна виділити два блоки норм ЦК, пов'язаних з інноваційним договором: щодо прав інтелектуальної власності (книга 4) і договору на виконання науково-дослідних і дослідно-конструкторських і технологічних робіт (глава 62).

Засадничим правовим документом, що регулює інноваційну діяльність є Закон України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р. Цей закон визначає правові, економічні та органі­заційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, встановлює форми стимулювання державою інноваційних процесів і спрямований на підтримку розвитку економіки України інноваційним шляхом.

Серед законів у цій сфері варто також визначити закони України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків»у редакції від 12.01.2006 р., «Про державні цільові про­грами» від 18.03.2004 р., «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 р. Сучасна нормативно-правова база стосовно науково-технічної та інноваційної діяльності налічує близько 200 документів.

Законодавче визначення інновацій міститься в Законі Укра­їни «Про інноваційну діяльність» — новостворені (застосовані) і (або) вдосконалені конкурентоздатні технології, продукція або послуги, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) соціальної сфе­ри. Виходячи з такої дефініції, можна констатувати, що об'єктом інновацій за законом можуть бути: технологія, продукція, послу­ги і організаційно-технічні рішення. Для набуття ними статусу інновацій необхідно, щоб вони відповідали таким умовам: а) були новоствореними або вдосконаленими; б) повинні покращувати структуру і якість виробництва і/або соціальну сферу; в) таке по­ліпшення має бути істотним.

Ю. Атаманова пропонує наукове визначення інновації — упрова­джений (реалізований) суб'єктом господарювання об'єкт інтелекту­альної власності, який є результатом виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і інших необхідних робіт щодо виготов­лення дослідницьких зразків, пробних партій продукції і впрова­дження експериментального виробництва, що здійснюється згідно з інвестиційним проектом.

Повністю відповідають поняттю інновацій такі об'єкти інтелек­туальної власності: винаходи; корисні моделі; компонування (то­пографії) інтегральних мікросхем; сорти рослин; породи тварин.

Таким чином, об'єкти інтелектуальної власності в результаті про­ведення робіт з розробки проекту їх реалізації, доведення до стану, придатного до практичного використання і впровадження входять до складу інновацій і складають їхні елементи.

Основними функціями інновації є: інтелектуально-інформаційна, техніко-технологічна, інвестиційна і конкурентна.

У Законі інноваційна діяльність вперше трактується як спе­цифічна форма інвестування. Зокрема, у ст. З Закону вказано, що інноваційна діяльність як форма інвестування здійснюється з метою впровадження досягнень науково-технічного прогресу у виробни­цтво та соціальну сферу і включає: випуск і розповсюдження прин­ципово нової техніки, технологій; прогресивні міжгалузеві струк­турні зрушення; реалізацію довгострокових науково-технічних про­грам; фінансування фундаментальних досліджень для забезпечення якісних змін у виробничих засобах; розробку і впровадження нових ресурсозберігаючих технологій, призначених для поліпшення со­ціального і екологічного стану виробництва.

Згідно з частиною 3 п.1 ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002 р. інноваційна діяльність визначається як діяльність, яка направлена на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень і розробок і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоздатних товарів і послуг. При цьому, ст, 325 ГК України містить більш вдале визначення інноваційної діяльності і розглядає її, як діяльність учасників господарських відносин, щ0 здійснюється на основі реалізації інвестицій з метою виконання довгострокових науково-технічних програм з тривалими термінами окупності витрат і впровадження нових науково-технічних досяг­нень у виробництво і інші сфери суспільного життя.

Закон України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяль­ності в Україні» побудований саме за принципом регулювання інновацій в окремих галузях економіки України. Щодо змісту цього поняття у фахівців існують два підходи: широкий і вузький. Класичним широким підходом вважають викладене австрійським економістом Й. Шумпетером ще у 1913 р. у праці «Теорія економіч­ного розвитку» розуміння цього процесу як такого, що складається з п'яти основних варіантів:

* введення нового товару (товару, з яким не знайомий споживач, або товару нового виду);
* впровадження нового методу виробництва продукції (методу, який раніше не використовувався у цій галузі промисловості);
* відкриття нового ринку, на якому цю галузь промисловості цієї країни не було представлено;
* завоювання нового джерела сировини та напівфабрикатів;
* впровадження нової організаційної структури в будь-якій галузі.

Особливість інноваційної діяльності як одного з різновидів підприємницької діяльності полягає в тому, що вона є діяльністю підвищеного ризику порівняно зі звичайним підприємництвом. Такий ризик обумовлений новизною, творчим характером науково- технічної роботи, можливістю отримання як позитивного, так і негативного результату.

Державні пріоритети інноваційної діяльності викладені в За­коні України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» від. 16.01.2003 р. Цей закон визначає правові, економічні й організаційні засади формування та реалізації пріоритетних на­прямів інноваційної діяльності в країні.

Пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні зобо­в'язують органи виконавчої влади всіх рівнів створювати режим найбільшого сприяння виконанню робіт, спрямованих на реаліза­цію відповідних пріоритетних напрямів, та концентрації на них фінансово-економічних та інтелектуальних ресурсів.

Згідно із Законом України «Про інноваційну діяльність» дер­жавну підтримку одержують суб'єкти господарювання всіх форм власності, що реалізують в країні інноваційні проекти, і підпри­ємства всіх форм власності, які мають статус інноваційних.

Для того, аби створити і ефективно використовувати потенціал інноваційного розвитку економіки України, необхідно сформувати систему ефективного стимулювання інвестиційно-інноваційної діяльності підприємств, задіяти державну підтримку і ефективне використання внутрішніх можливостей підприємств для створення потенціалу інноваційного розвитку.

Контрольні запитання:

* 1. Дайте визначення інвестиційної діяльності.
  2. Які джерела правового регулювання інвестиційної діяльності та їхня правова природа?
  3. Що таке іноземна інвестиція, який порядок і значення її дер­жавної реєстрації?
  4. Який правовий статус підприємства з іноземними інвестиці­ями?
  5. У чому полягають гарантії іноземних інвесторів?
  6. Що таке інвестиційний договір і які його види?
  7. Охарактеризуйте поняття інновацій.
  8. Визначте поняття інноваційної діяльності.

# Розділ 21

# ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ РЕЖИМІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

## § 1. Поняття спеціальних режимів господарювання

Спеціальний режим господарювання є інститутом господарського права, який включає в себе норми, що регулюють як організаційно- господарські, так і виробничо-господарські відносини.

Науковець О.Р. Зельдіна пропонує визначати спеціальний ре­жим господарювання як правовий режим, який встановлює особ­ливий порядок організації та здійснення господарської діяльності на певній території в певній галузі економіки, що відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого зако­нодавством, вводиться державою з певною метою для забезпечення свідомого поєднання публічних та приватних інтересів через вста­новлення обмежень та/або заохочень для суб'єктів господарювання.

Л.В. Таран наголошує на тому, що спеціальний режим господа­рювання — це особливий порядок правового регулювання певних загальних відносин, який встановлюється до конкретного кола суб'єктів або суб'єктів сфери їхньої діяльності і який відрізняється від загального режиму або пільговою, або обмежувальною направле­ністю регулювання, обумовленого публічним інтересом, відображе­ного в усіх елементах його механізму, через гарантії, пільги, форми державної підтримки, обмеження, заборони і додаткові підстави юридичної відповідальності.

Юридична конструкція спеціального режиму господарюван­ня відрізняється множинністю ланок, специфікою взаємодії та взаємопов'язаності норм, які регулюють організаційно-господарські та виробничо-господарські відносини, різноманітністю горизонталь­них та вертикальних зв'язків.

В літературі пропонується класифікація спеціального режиму господарювання залежно від обраних законодавцем правових за­собів за видами: обмежувальний, заохочувально-обмежувальний, заохочувальний.

Обмежувальний спеціальний режим господарювання — це такий режим, при якому законодавець за допомогою встановлення обмежень у процесі здійснення господарської діяльності досягає пев­ної мети щодо охорони територій, об'єктів тощо. Цей вид включає такі режими: державного кордону, надзвичайного та воєнного стану, виключної (морської) економічної зони, господарська діяльність у Збройних Силах України. Наприклад, господарське забезпечення Збройних Сил України, яке регулюється за допомогою юридичної конструкції, що встановлює обмеження при організації та здій­сненні господарських операцій військовими частинами, дозволяє збалансувати публічні та приватні інтереси.

Заохочувально-обмежувальний спеціальний режим господа­рювання включає спеціальні режими, в умовах яких поєднуються певні обмеження у процесі здійснення господарської діяльності, та пільги для досягнення необхідних цілей. До цього виду можна від­нести такі режими, як концесія, санітарно-захисні та інші особливо охоронні території. Головним у другому виді є концесія. Концесія — це складна юридична конструкція, яка відрізняється поєднанням заохочень та обмежень, що спрямована на залучення інвестицій для будівництва і/або експлуатації об'єктів права державної і/або комунальної власності.

Заохочувальний спеціальний режим господарювання вклю­чає підвиди спеціального режиму господарювання, введення яких пов'язане з необхідністю вирішення соціально-економічних про­блем, залученню інвестицій на певну територію держави, у певну галузь економіки, створення нових робочих місць через надання різного роду заохочень для суб'єктів господарювання. До цього виду належать спеціальні економічні зони, території пріоритетного роз­витку, єврорегіони, зони вільної торгівлі та господарська діяльність в окремих галузях народного господарства. Головним у третьому виді є спеціальний режим інвестиційної діяльності. Спеціальний режим інвестиційної діяльності — це юридична конструкція за­лучення інвестицій в економіку депресивних регіонів України, яка застосовується законодавцем на територіях пріоритетного розвитку і передбачає заходи заохочення для суб'єктів господарювання, які виконують спеціальні вимоги законодавця, що забезпечує поєднан­ня публічних та приватних інтересів.

Пільговий правовий режим господарювання реалізується в різно­манітних організаційно-правових формах, серед яких відзначають вільні економічні зони (ст. 401 ГК), окремі галузі народного господар­ства (ст. 414 ГК), території пріоритетного розвитку (ст. 415 ГК) та ін.

Говорячи про спеціальні режими господарювання, слід, на­самперед, відрізняти територіальну ознаку відповідного регу­лювання, яка передбачає розповсюдження такого режиму на всіх суб'єктів господарювання, що діють на відповідній території, від організаційно-суб'єктної ознаки регулювання, яка передбачає введення особливого режиму для суб'єктів певної організаційно- правової форми або господарювання.

Хоча в літературі, яка присвячена спеціальним режимам гос­подарювання, об'єднуються ці дві ознаки, у власному розумінні цього слова спеціальний режим господарювання слід пов'язати лише з територіальною ознакою, розповсюджуючи на нього поло­ження про вільні економічні зони, зони пріоритетного розвитку, виключні морські економічні зони, охоронні зони, зони стихій­ного лиха та прикордонної території, надзвичайної екологічної ситуації тощо.

Що ж до організаційно-суб'єктної ознаки, то вона стосується введення спеціальних норм стосовно окремих суб'єктів господарю­вання залежно від виду діяльності, яку здійснює така особа. Якщо розглядати в такому напрямку спеціальний режим господарювання, то він є занадто невизначеним, оскільки до нього слід віднести ді­яльність у банківській сфері, у сфері страхування, у сфері транспорт­ної діяльності, капітального будівництва, зберігання, сільського господарства тощо, тобто у всіх галузях народного господарства, що співпадає у значній мірі з обсягом всієї особливої частини гос­подарського права.

У зв'язку з цим слід погодитися з позицією деяких авторів, на­приклад Н.О. Саніахметовою, яка розглядає концесійну діяльність і договірні відносини щодо розподілу продукції в розділі особливої частини господарського права про інвестиційну діяльність, а не в розділі про спеціальні режими господарювання.

## § 2. Окремі види спеціальних режимів господарювання

Правовий режим господарювання в спеціальних (вільних) еко­номічних зонах визначається положеннями глави 39 ГК України, розділом VI Закону України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.96 р., ст. 24 Закону У країни від 16.04.91 р. «Про зовніш­ньоекономічну діяльність»; Законом України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» від 13.10.92 р. (далі — Закон «Про загальні засади створення і функціонування ВЕЗ»); законами про окремі ВЕЗ (наприклад, Закон України «Про спеціальну (вільну) економічну зону «Порто- франко» на території Одеського морського торговельного порту» від 23.03.2000 р. (далі — Закон «Про ВЕЗ «Порто-франко») та ін.

В Україні ідея іноземних інвестицій та вільних економічних зон (ВЕЗ) виникла відразу ж після набуття незалежності, і з початку 90-х років почалося створення нових форм регіонального розвитку, які базуються на можливостях регіонів повніше та ефективніше ви­користовувати наявні ресурси та переваги сприятливого економіко- географічного та геополітичного положення.

На жаль, у 2005 році під гаслами боротьби з тіньовою економі­кою всі види ВЕЗ були позбавлені податкових пільг, що зумовило сьогоденну обережність інвесторів у створенні нових підприємств на території ВЕЗ.

У ст. 401 ГК України ВЕЗ визначається як частина території України, на якій встановлюється спеціальний правовий режим господарської діяльності, особливий порядок застосування та дії за­конодавства України. На території ВЕЗ можуть вводитися пільгові податкові, митні, валютно-фінансові та інші умови підприємництва національних та іноземних інвесторів.

Метою створення ВЕЗ є: залучення іноземних інвестицій та сприяння їм, активізація спільно з іноземними інвесторами під­приємницької діяльності для нарощування експорту товарів та послуг, поставок на внутрішній ринок високоякісної продукції та послуг, покращення використання природних і трудових ресурсів, прискорення соціально-економічного розвитку України та інші цілі.

Окрім загальних цілей для кожної ВЕЗ встановлюються специ­фічні цілі. Наприклад, цілями ВЕЗ «Порто-франко» є: сприяння розвитку зовнішньоекономічних зв'язків і підприємництва, за­вантаження потужностей портового комплексу та розвитку його інфраструктури, збільшення поставок високоякісних товарів та послуг, створення сучасної виробничої, транспортної та ринкової інфраструктури.

На території України можуть створюватися різні функціональні типи ВЕЗ: вільні митні зони та порти, експортні, транзитні зони, митні склади, технологічні парки, технополіси тощо. Це питання впершерозкривалося у Концепції створення ВЕЗ в Україні від 1994 р.

Концеп­ція визначала види ВЕЗ та їхню загальну характеристику на підставі Закону України «Про загальні засади створення та функціонування ВЕЗ», що утворило орієнтир для їх класифікації:

Зовнішньоторговельні зони — це частина території держави, де товари іноземного походження можуть зберігатися, купуватися та продаватися без сплати мита і митних зборів або з їхнім відстрочен­ням. Створюються ці зони з метою активізації зовнішньої торгівлі (імпорт, експорт) за рахунок надання митних пільг, послуг.

Комплексні виробничі зони — це зони, які являють собою час­тину території держави, на якій запроваджується спеціальний (пільговий податковий, валютно-фінансовий, митний тощо) режим економічної діяльності з метою стимулювання підприємництва, за­лучення інвестицій у пріоритетні галузі господарства, розширення зовнішньоекономічних зв'язків, запозичення нових технологій, забезпечення зайнятості населення.

Науково-технічні зони — тобто ВЕЗ, спеціальний правовий режим яких орієнтований на розвиток наукового і виробничого по­тенціалу, досягнення нової якості економіки через стимулювання фундаментальних і прикладних досліджень, з подальшим впрова­дженням результатів наукових розробок у виробництво.

У більшості випадків поняття науково-технічних зон охоплю­ється терміном «технологічні парки» або «наукові парки». При­кладом такого технопарку є Український мікробіологічний центр синтезу та нових технологій (УМБІЦЕНТ), створений у м. Одесі в числі інших технопарків згідно з Законом України «Про спеціальні режими інвестиційної та інноваційної діяльності технологічних парків». Законом від 22.12.2006 р. «Про науковий парк «Київська політехніка» створений науковий парк «Київська політехніка».

Туристично-рекреаційні зони або вільні економічні зони, які створюються в регіонах, що мають багатий природний, рекреацій­ний та історико-культурний потенціал, з метою ефективного його використання і збереження, а також активізації підприємницької діяльності (в тому числі із залученням іноземних інвесторів) у сфері рекреаційно-туристичного бізнесу, наприклад курортополіс Труекавець.

Банківсько-страхові (офшорні) зони — це зони, в яких запро­ваджується особливо сприятливий режим здійснення банківських та страхових операцій в іноземній валюті для обслуговування не­резидентів. Офшорний статус надається банківським та страховим

установам, які були створені за участю лише нерезидентів і обслу­говують лише ту підприємницьку діяльність, що здійснюється за межами України.

Відмітною рисою офшорних зон є те, що зареєстровані на її те­риторії підприємства не займаються підприємницькою діяльністю в зоні, і тільки при дотриманні цієї умови отримують значні подат­кові пільги з прибутку навіть до повного звільнення від податків з прибутку, з оплатою лише реєстрації компанії, а також невеликої щорічної виплати державі, що їх приймає, і зарплати робітникам які приймаються на роботу з числа місцевих мешканців. Кабінет Міністрів України своїм Розпорядженням від 24.02.2003 р. № 77-р затвердив перелік іноземних офшорних зон. Сучасне законодав­ство України не передбачае створення офшорних зон на території України.

Зони прикордонної торгівлі —- це зони які являють собою час­тину території держави на кордонах з сусідніми державами, де діє спрощений порядок перетину кордонів і торгівлі. Створюються в основному в морських портах, аеропортах.

Окрім вищевказаних, в Україні можуть створюватися ВБЗ ін­ших типів, а також комплексні ВБЗ, які вбирають в себе риси та елементи зон різних типів.

Вибір варіанта організації ВЕЗ визначається двома основними критеріями: економічна ефективність та оптимальне об'єднання типових елементів з умовами конкретного об'єкта.

Особливим різновидом ВЕЗ слід вважати території пріоритетного розвитку. Зокрема, згідно з Законом від 24.12.98 р. «Про спеціаль­ні економічні зони і спеціальний режим інвестиційної діяльності в Донецькій області» територія пріоритетного розвитку — це територія в межах міста, району, на якій склалися несприятливі соціально-економічні умови та на якій запроваджується спеці­альний режим інвестиційної діяльності з метою створення нових робочих місць.

Правовий режим господарювання у виключній (морській) еконо­мічній зоні України характеризується тим, що розповсюджується не тільки на суб'єкти господарювання України, але і на іноземні суб'єкти господарювання.

Зокрема, постановою КМУ від 13.08.99 р. для іноземних суб'єктів господарювання встановлені правила ловлі, добування та викорис­тання рибних та інших водних живих ресурсів виключної (морської) економічної зони України.

Виключна (морська) економічна зона України (далі — МЕЗ) — морські райони, зовні прилеглі до територіального моря України, включаючи райони навколо островів, які належать Українській державі. Ширина виключної (морської) економічної зони становить

до двохсот морських миль, відлічених від тих самих вихідних ліній що і територіальне море України. Делімітація виключної (мор­ської) економічної зони провадиться з урахуванням законодавства України шляхом укладення угод з державами, побережжя яких протилежні або суміжні побережжю України, на підставі принци­пів і критеріїв, загальновизнаних у міжнародному праві, з метою досягнення справедливого вирішення цього питання.

Правовий режим господарювання в МЕЗ визначається: Госпо­дарським кодексом України (ст.ст. 411, 418); Законом України від 16 травня 1995 р. «Про виключну (морську) економічну зону України» (далі — Закон «Про МЕЗ»), Конвенцією ООНз морського права 1982 р., ратифікованою Законом України від 03.06.99 р.; Ко­дексом України «Про надра» від 27.07.94 р. в галузі використання морського дна та його надр у виключній (морській) економічній зоні, актами законодавства про континентальний шельф та ін.

Метою встановлення такого режиму є забезпечення суверенних прав України на розвідку, експлуатацію, збереження живих ресур­сів та управління ними у виключній (морській) економічній зоні. Змістом такого режиму є сукупність заходів, які вживає держава для забезпечення дотримання суб'єктами господарювання зако­нодавства України на території виключної (морської) економічної зони.

Згідно зі ст. 411 ГК України держава у виключній (морській) економічній зоні України має виключне право створювати, а також дозволяти і регулювати спорудження, експлуатацію та використан­ня штучних островів, установок і споруд для морських наукових досліджень, розвідки і розробки природних ресурсів, інших еконо­мічних цілей відповідно до законодавства України.

До органів, наділених повноваженнями зі здійснення охоронних та контрольних функцій на території МЕЗ, можуть бути віднесені: Державна прикордонна служба України, органи рибоохорони Мі­ністерства рибного господарства України та органи Міністерства охорони навколишнього природного середовища України, Держав­на комісія по запасах корисних копалин при Міністерстві охорони навколишнього середовища тощо.

Режим здійснення господарської діяльності в МЕЗ залежить від виду такої діяльності та природних ресурсів зони, які при цьому використовуються, а також від виду суб'єктів господарювання.

Система спеціальних санкцій, які спрямовані на порушників за­конодавства про МЕЗ: огляд судна-порушника (ст. 17 Закону «Про МЕЗ»); інспекція, переслідування судна-порушника, затримання або арешт судна-порушника (статті 19-20 Закону «Про МЕЗ»);

господарсько-адміністративні штрафи (статті 22-26 Закону «Про МЕЗ»); конфіскація майна (засобів, знарядь, суден, споруд), з ви­користанням яких здійснено порушення (статті 22, 24, 26 Закону «Про МЕЗ») тощо.

Прикордонний режим господарської діяльності встановлю­ється та діє на прикордонній території (на державному кордоні України).

Державний кордон України — це лінія і вертикальна поверх­ня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України ~ суші, вод, надр, повітряного простору (ст. 1 Закону «Про державний кордон України»). Державний кордон України визначається Конституцією та законами України, а також міжна­родними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Правовий режим господарської діяльності на прикордонній тери­торії (на державному кордоні України) встановлюється: ГК України (ст. 412); законами України «Про державний кордон України» від 04.11.91 р. та «Про державну прикордонну службу» від 03.04.2003 р.; міжнародними договорами (наприклад, Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про будівництво автодорожнього мос­ту через річку Західний Буг на українсько-польському державному кордоні у районі пункту пропуску Ягодин-Доруйськ, ратифікована Законом України від 20.04.2004 р.); підзаконними нормативно- правовими актами, які були прийняті згідно з законом (Наказ Пре­зидента України від 02.06.96 р. «Про заходи з розвитку економічної співпраці Автономної Республіки Крим із суміжними прикордонни­ми адміністративно-територіальними одиницями Російської Федера­ції» ; Наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України та Державної митної служби України від 24.11.2003 р. X® 297/793 «Про затвердження Технології прикордонного та митного контролю у пунктах пропуску через державний кордон» тощо).

О.М. Вінник наголошує на поєднанні загальних (визначених законом) і місцевих (визначених на підставі закону відповідними органами державної влади за погодженням з органами Державної прикордонної служби України) умов здійснення господарської ді­яльності на прикордонній території (судноплавство, користування водними об'єктами для потреб лісосплаву та інші види водокорис­тування, створення різних гідроспоруд, провадження інших робіт у внутрішніх водах України, користування землею, лісами, тваринним світом, ведення гірничої справи, геологічних розвідувань тощо).

До загальних умов належать: необхідність отримання дозволу Державної прикордонної служби України (ДПСУ) на провадження робіт на прикордонній смузі та пропуск на цю територію; можли- вість запровадження у необхідних випадках ДПСУ додаткових

тимчасових режимних обмежень на в'їзд і провадження робіт у прикордонній смузі (ст. 24 Закону «Про державний кордон Украї­ни»); порядок здійснення перетину кордону особами, проходження вантажів, транспортних засобів та іншого майна під контролем Дер­жавної прикордонної служби України (статті 11, 12); необхідність дотримання суднами, що перетинають морський кордон України, заходять у порти та внутрішні води України, встановлених україн­ським законодавством вимог і правил (статті 13—15); можливість запровадження (у випадках та порядку, визначених законом, Кабінетом Міністрів України) на окремих ділянках державного кордону з метою запобігання поширенню інфекційних хвороб, об­межень чи припинення сполучення через державний кордон або встановлення карантину для людей, тварин, вантажів, насінного, садивного матеріалу та іншої продукції тваринного та рослинного походження (ст.19).

Правовий режим господарської діяльності в охоронних зо­нах — це особливий порядок господарської діяльності у санітарно- захисних, водоохоронних зонах, територіях і об'єктах природно- заповідного фонду України, курортних, лікувально-оздоровчих, рекреаційних зонах та інших територіях і об'єктах, що віднесені законодавством до особливо охоронних.

Джерелами правового режиму господарської діяльності в охоронних зонах є: ГК України (статті 413, 418), Водний кодекс України, Лісовий кодекс України, закони України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.91 р.; «Про охорону атмосферного повітря» від 16.10.92 р., «Про нафту і газ» від 12.07.2001 р., «Про природно-заповідний фонд України» від 16.06.92 р.; «Про статус гірських населених пунктів в Україні» від 15.02.95 р. та ін.

Особливості здійснення господарської діяльності на територіях, які мають спеціальний правовий режим, пов'язані зі встановленням у законодавстві заборон або обмежень щодо використання таких територій або з покладанням додаткових обов'язків на суб'єкти господарювання. Такі особливості зумовлені правовим режимом охоронних зон, визначеним у встановленому порядку.

Наприклад, санітарно-захисні зони встановлюються згідно зі ст. 24 Закону «Про охорону атмосферного повітря» з метою за­безпечення оптимальних умов життєдіяльності людини в районах житлової забудови, масового відпочинку і оздоровлення населення, при визначенні місць розміщення нових, реконструкції діючих під­приємств та інших об'єктів, які впливають або можуть впливати на стан атмосферного повітря. А відповідно до ст. 47 Закону України «Про нафту і газ» санітарно-захисні та охоронні зони встановлю­ються для забезпечення безпеки населення, що проживає в районі розміщення об'єктів нафтогазової галузі. Розміри і порядок вико­ристання таких зон встановлюються законодавством і проектами вказаних об'єктів, які затверджуються у встановленому порядку.

При цьому, якщо внаслідок порушення встановлених кордонів і режиму санітарно-захисних зон виникає необхідність у відселенні мешканців, виведення з цих зон об'єктів соціального призначен­ня або вчинення інших дій, підприємства, установи, організації і громадяни — суб'єкти підприємницької діяльності, місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування мають вирі­шувати питання про фінансування необхідних робіт та заходів, а також термінів та їх реалізації.

Зокрема, на території водоохоронних зон забороняється ви­користання стійких та сильнодіючих пестицидів, упорядкування цвинтарів, скотомогильників, звалищ, полів фільтрації; скидання неочищених стічних вод тощо.

Законами України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 27.02.91 р., «Про статус і соціальний захист громадян, які по­страждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28.02.91 р. встановлюються додаткові вимоги щодо здійснення господарської діяльності та соціальних гарантій для працівників на територіях, які радіоактивно забруднені в результаті Чорнобильської ката­строфи.

Наприклад, у зонах відчуження і безумовного (обов'язкового) відселення забороняється здійснення діяльності з метою отримання товарної продукції без спеціального дозволу Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій і у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи.

Спеціальний режим господарської діяльності в умовах над­звичайного стану, воєнного положення, надзвичайної екологічної ситуації має яскраво виражений адміністративно-господарський підтекст.

Надзвичайний стан — це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природ­ного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства і передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самовря­дування відповідно до цього Закону повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення безпеки і здоров'я громадян, нормального функціонування національної економіки, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, захисту конституційного ладу, а також допускає тимчасове, обумовлене

загрозою, обмеження у здійсненні конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Надзвичайна екологічна ситуація — надзвичайна ситуація, при якій на окремій місцевості сталися негативні зміни в навко­лишньому природному середовищі, що потребують застосування надзвичайних заходів з боку держави.

Воєнний стан — це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її те­риторіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення національної безпеки, а також тимчасове, зумов­лене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазна­ченням строку дії цих обмежень.

Вказані режими не можуть мати постійний характер — строк їхньої дії зумовлений строком дії вказаних особливих ситуацій.

Правовими підставами встановлення таких режимів є Кон­ституція України (ст.ст. 85, 92, 106), ГК України (ст.ст. 416, 417, 418); закони України: «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16.03.2000 р., «Про правовий режим воєнного стану» від 06.04.2000 р., «Про захист населення і територій від над­звичайних ситуацій техногенного та природного характеру» від 08.06.2000 р., «Про зону надзвичайної екологічної ситуації» від 13.07.2000 р. та ін.

Прикладами Указів Президента з введення надзвичайного ста­ну можуть слугувати: Указ Президента України «Про введення надзвичайного стану в населених пунктах Автономної Республі­ки Крим» від 03.12.2005 р., затверджений Законом України від 06.12.2005 р., «Про оголошення окремих територій Вінницької, Івано-Франківської, Закарпатської, Львівської, Тернопільської та Чернівецької областей зонами надзвичайної екологічної ситуації» від 13.07.2008 р. та ін.

Слід враховувати, що особливість господарської діяльності в умовах надзвичайного стану, в тому числі надзвичайної екологічної ситуації, пов'язана з тимчасовими обмеженнями у здійсненні кон­ституційних прав і свобод громадян, а також прав юридичних осіб та покладання на них додаткових обов'язків. Окрім того, органам державної влади і місцевого самоврядування надаються додаткові повноваження, спрямовані на забезпечення комплексу заходів, які приймаються в умовах воєнного або надзвичайного стану (надзви­чайної екологічної ситуації).

Закон «Про правовий режим надзвичайного стану» передбачає низку заходів, які прямо впливають на господарську компетенцію суб'єктів господарювання. Мова йде про встановлені у ст.ст. 15-19 Закону публічно-правові обмеження, зокрема:

* зміна режиму роботи підприємств, установ, організацій усіх форм власності, переорієнтація їх на виробництво необхідної в умовах надзвичайного стану продукції, інші зміни виробничої діяльності, необхідні для проведення аварійно-рятувальних і відновлювальних робіт;
* мобілізація та використання ресурсів підприємств, установ і організацій, незалежно від форми власності, для відвернення небезпеки та ліквідації надзвичайних ситуацій з обов'язковою компенсацією понесених втрат;
* тимчасова заборона будівництва нових, розширення діючих підприємств та інших об'єктів, діяльність яких не пов'язана з ліквідацією надзвичайної ситуації або забезпеченням жит­тєдіяльності населення та аварійно-рятувальних формувань;
* обмеження руху транспортних засобів та їх огляд;
* обмеження або тимчасова заборона продажу зброї, отруйних і сильнодіючих хімічних речовин, а також алкогольних напоїв та речовин, вироблених на спиртовій основі, інші обмеження.

Як приклад, можна звернути увагу на Указ Президента України «Про введення надзвичайного стану в населених пунктах Автоном­ної Республіки Крим» від 03.12.2005 р., згідно з яким було створено оперативний штаб для координації заходів з метою недопущення подальшого розповсюдження та ліквідації високопатогенного пта­шиного грипу, до повноважень якого було віднесено встановлення на території тимчасової заборони реалізації живої птиці і продукції птахівництва.

Спеціальний режим господарювання в окремих галузях госпо­дарського комплексу, як вказувалось вище, вельми умовно може бути віднесено до інституту спеціальних режимів господарювання. Пов'язано це з тим, що кожна галузь економіки має свої особливості правового регулювання. Значною мірою в контексті інституту спеці­альних режимів господарювання це питання розглядається з точки зору існування спеціальних законів про господарську діяльність в окремих галузях економіки.

На думку Вінник О.М., мова йде про галузеві режими господа­рювання, які можуть встановлюватися за поданням КМУ у формі прийняття Верховною Радою відповідного закону у разі необхідності стабілізації або прискореного розвитку в цих галузях. Як доповнен­ня можна сказати, що при встановленні такого режиму можуть переслідуватися і інші цілі. Наприклад, у випадку встановлення спе­ціальних режимів господарювання в загальних секторах економіки враховуються суспільний інтерес щодо забезпечення збереження

та примноження державної та комунальної форм власності. Такі цілі переслідуються, зокрема, у сфері господарської діяльності в Збройних Силах України та в цілому при встановленні особливостей господарювання (управління) з державним майном.

Система нормативно-правових актів про галузеві режими гос­подарювання — це ГК України (ст.ст. 414, 418); закони України ♦Про господарську діяльність у Збройних Силах України» від 21.09.99 р., «Про заходи щодо державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні» від 18.11.99 р., «Про державну підтримку літакобудівної промисловості в Україні» від 12.07.2001 р., «Про державну підтримку космічної діяльності» від 16.03.2000 р. та ін.

Серед елементів спеціального правового режиму в окремих га­лузях економіки застосовуються такі: державні гарантії у вигляді збереження правового режиму у певний проміжок часу; державна підтримка, зокрема у формі визнання державно-будівельної та національно-створювальної функції обраної галузі економіки; впро­вадження обмежень, які переважно стосуються суб'єктів і видів ді­яльності; заборони стосовно певних видів господарської діяльності; додаткові основи юридичної відповідальності за порушення норм, закріплених законом про введення спеціального режиму господа­рювання в окремих галузях народного господарства та ін.

Спеціальний правовий режим у галузях господарювання вста­новлюється шляхом прийняття окремого закону за поданням КМУ. Наприклад, Закон України «Про розвиток автомобільної промисловості України» від 18.03.2004 р. спрямований на ефек­тивне використання виробничого, науково-технічного і експорт­ного потенціалу національного автомобілебудування, яке визна­чається як пріоритетна галузь економіки України. Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. у ст.1 закріплює основи державної політики у бю­джетній, кредитній, ціновій, страховій, регуляторній та інших сферах державного управління щодо стимулювання виробництва сільськогосподарської продукції та розвитку аграрного ринку, а також забезпечення продовольчої безпеки населення.

Закріплюючи галузевий режим господарської діяльності, зако­нодавство чітко встановлює коло суб'єктів відповідної галузі. На­приклад, у частині другій ст. 1 Закону України «Про заходи щодо державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні» від 18.11.99 р. вказано, що перелік суднобудівних підприємств, для яких запроваджуються зазначені заходи, затверджується Кабінетом Міністрів України за наслідками їхньої діяльності за попередній період. У Законі України «Про державну підтримку книговидав­ничої справи в Україні» від 06.03.2003 р. суб'єктами, на яких роз­повсюджується спеціальний правовий режим господарювання, є

особи, встановлені Законом України «Про видавничу справу» від 05.06.97 р.

Специфіка *правового режиму господарювання в Збройних Си­лах України* полягає в наступному:

* у військових частинах дозволена лише неприбуткова госпо­дарська діяльність відповідно до встановленого Кабінетом Міністрів України переліку;
* мета здійснення такої діяльності — отримання додаткових джерел фінансування повсякденного фінансування військо­вих частин, закладів і організацій, а також для підтримання на належному рівні їхньої бойової і мобілізаційної готовності;
* форма здійснення господарської діяльності — створювані військовими частинами (закладами, організаціями) підсобні господарства, що мають забезпечувати виробництво продук­ції, виконання робіт, надання послуг з вищезгаданою метою;
* можливість передання (на конкурсних засадах і в передбаче­ному порядку) в оренду майна (крім бойового та спеціального) юридичним та фізичним особам за умови, якщо це не шкодить бойовій мобілізаційній готовності;
* можливість обмеження або припинення господарської діяль­ності військових частин за рішенням Міноборони, у встанов­леному КМУ порядку.

Таким чином, говорячи про спеціальний режим господарювання в окремих галузях народного господарства, варто враховувати все різноманіття правового регулювання господарської діяльності за­лежно від виду такої діяльності.

Контрольні запитання:

* 1. Що таке спеціальний режим господарювання?
  2. Чим викликана необхідність встановлення спеціальних ре­жимів господарювання?
  3. Які види спеціальних режимів господарювання ви знаєте?
  4. У чому полягає особливість правового режиму спеціальних (вільних) економічних зон?
  5. Що таке технопарк?
  6. У чому полягає спеціальний режим у прикордонних територіях?
  7. Що таке спеціальний режим господарювання в умовах воєн­ного та надзвичайного стану або надзвичайної екологічної ситуації?
  8. Чим характеризується правовий режим господарської діяль­ності у винятковій (морській) економічній зоні?
  9. Які галузеві правові режими господарювання ви знаєте?

# Розділ 22

# ПРАВОВА РОБОТА В ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

## § 1. Поняття правової роботи у сфері господарювання

На сучасному етапі в умовах багатократних законодавчих і дого­вірних вимог, що ускладнилися, до господарської діяльності жоден громадянин-підприємець або юридична особа не можуть обійтися без юридичної допомоги або консультування. Для успішного і ефек­тивного господарювання необхідна щоденна і дбайлива робота щодо юридичного супроводу операцій у сфері організації і здійснення господарської діяльності.

Юридичне обслуговування господарюючих суб'єктів має на увазі центральну частину роботи, яка іменується правовою.

Чуднов В.І. розглядає правову роботу як використання право­вих засобів для зміцнення правопорядку, водночас головна роль організатора і помічника господарського керівника в здійсненні правової роботи належить юридичній службі, яка за допомогою консультативного підрозділу є однією з найважливіших служб, яка покликана здійснювати організацію правопорядку в народно­му господарстві. Годес А.Б. відзначає, що правова робота повинна забезпечувати дотримання законності, державної, планової дис­ципліни в господарській діяльності та керівництво нею. Вона по­винна забезпечувати якомога повніше здійснення прав і виконання обов'язків підприємств, широке використання правових засобів для удосконалення господарської діяльності, захист законних прав і інтересів підприємств, організацій і громадян. Замойський І.Е., розглядаючи правову роботу в народному господарстві, оперує понят­тям «господарсько-правова робота», включаючи в зазначене поняття договірну і претензійно-позовну роботу. Мамутов В.К. розглядає правову роботу як організаційну діяльність всіх підрозділів апарату управління господарських органів, діяльність у сфері матеріального виробництва, яка безпосередньо пов'язана з процесом створення матеріальних цінностей і направлена на забезпечення законності цього процесу. Водночас, юридична служба — це частина апарату управління, яка виступає основним організатором щодо інших під­розділів, тобто вона є активним організатором правової роботи.

Правова робота використовується не тільки як засіб правової охорони і захисту прав суб'єктів господарювання, але і як засіб формалізації тих вимог у процесі здійснення ними господарської діяльності, які покликані забезпечити досягнення економічних за­вдань. Досягається це шляхом закріплення в локальних правилах одноманітних, багатоетапних і структурованих дій структурних під­розділів, кадрової роботи, закріплення функціональних обов'язків служб і органів суб'єкта господарювання, обліку і контролю за виконанням таких обов'язків, розробки і роз'яснення типових інструкцій, що дозволяють уникнути розкрадання майна, його втрату, безхазяйне використання тощо. Натомість, правові засоби вирішення виробничих проблем не повинні підміняти економічні рішення. Тобто правова робота повинна бути підпорядкованою виробничо-господарським потребам, не стримувати розвиток гос­подарюючих суб'єктів.

Ось чому правова робота, хоч і пов'язана із застосуванням правових засобів і правових актів, проте має не тільки право­ву (правоохоронну і правозахисну) функцію, але і економічну функцію — забезпечення ефективної виробничо-торгової та іншої статутної діяльності суб'єкта господарювання.

Господарсько-правова робота може бути професійною і звичай­ною. Професійною така робота вважається тоді, коли її органі­зовують і виконують компетентні юристи на основі професійних знань. Цінність професійної господарсько-правової роботи полягає в оперативному, якісному і ефективному досягненні поставлених цілей. Здійснює і контролює професійну правову роботу юридична служба або юрист. Водночас керує правовою роботою господарюю­чого суб'єкта його керівник.

Допускається для організації правової роботи залучення зов­нішніх консультантів, адвокатів і юридичних фірм. Проте слід враховувати, що ці особи повинні не підміняти, а доповнювати власну юридичну службу суб'єкта господарювання. Адже правова робота має бути щоденною, заснованою на організаційній єдності взаємодії власної юридичної служби суб'єкта господарювання з іншими органами і посадовими особами (працівниками). Вона має бути здатна врахувати динаміку господарської діяльності, опера­тивно реагувати на внутрішні і зовнішні конфлікти і загрози їх виникнення. Залучення зовнішніх юристів на підставі цивільно- правових договорів доцільно у разі захисту інтересів суб'єктів господарювання за кордоном, при вирішенні окремих питань, що вимагають високого рівня спеціалізації в проведенні тих чи інших господарських операцій (наприклад, при емісії акцій, при рейдерських захопленнях, при оформленні земельних ділянок і проведенні інших складних дозвільних (ліцензійних) процедур, укладенні складних зовнішньоекономічних контрактів тощо). Слід урахову­вати також економічні чинники: суб'єкти малого підприємництва часто не мають коштів на утримання юрисконсульта, а тим більш юридичної служби, а тому саме вони найчастіше звертаються до послуг зовнішніх консультантів.

При цьому важливо розуміти відмінність юридичного консуль­тування від правової роботи. Перше є вужчим поняттям, пов'язано з роз'ясненням змісту нормативно-правових актів, що використо­вуються в діяльності суб'єкта господарювання. Правова робота — поняття складніше і динамічніше, припускає активну, цілеспрямо­вану діяльність органів, посадових осіб і працівників підприємства щодо застосування норм права, локальних актів і договорів.

Принципами господарсько-правової роботи є: законність і про­фесіоналізм, плановість, дисципліна і порядок, економічність і ефективність ухвалених правових рішень, оптимізація управління і підлеглості кадрів, винагорода за працю і відповідальність за її результати.

У процесі правової роботи дуже випукло виявляються будь-які вади в господарюванні. Її можна назвати збільшувальним склом, через яке видно дефекти, недоробки, неправильні дії, що деколи вислизають від неозброєного погляду. У цьому полягає важливість і цінність правової роботи. Дійсно, правова робота є, передусім, організаційною діяльністю, а не власне реалізація правових норм. Змістом правової роботи є підвищення рівня (інтенсифікація) реа­лізації норм чинного законодавства (насамперед, господарського).

Таким чином, під правовою роботою слід розуміти комплекс організаційних дій органів, посадових осіб і працівників суб'єкта

*господарювання на основі реалізації норм права, локальних актів і положень договорів, необхідних для організації і здійснення діяль­ності суб'єкта господарювання в рамках існуючого правопорядку і одночасно якомога повнішого досягнення ним статутних цілей (для громадян-підприемців* — *отримання найбільшого прибутку) усунення умов і наслідків юридичних конфліктів як у внутрішньо­господарських відносинах, так і у взаєминах із третіми особами.*

Держава не може примушувати суб'єктів господарювання при­ватного сектора економіки до належної організації правової роботи, оскільки постановка такої роботи — питання дбайливого відношен­ня підприємця до збереження і примноження свого майна, своїх законних прав і обов'язків, договірних зобов'язань, кадрової робо­ти, усунення умов для правопорушень і так далі, що знаходиться в межах його власного комерційного ризику.

Водночас, правова робота в державному секторі економіки вима­гає чіткого, послідовного і дієвого регулювання з боку держави, тобто встановлення її основних засад, вимог, положень і понять. Адже забезпечення єдності підходів до організації такої роботи — необ­хідність, пов'язана з потребами використання всього її потенціалу для забезпечення ефективності використання державного майна, його збереження, захисту інтересів держави і суспільства в про­цесі здійснення господарської діяльності державних підприємств, установ і організацій. •

На сьогоднішній день у цій сфері діє Загальне положення про юридичну службу міністерства, іншого центрального органу ви­конавчої влади, державного підприємства, установи, організації (далі — Загальне положення про юридичну службу), затверджене постановою КМУ від 27.08.95 р. Такий акт може за аналогією ви­користовуватися і в приватному секторі економіки.

У літературі почасти висловлюються думки про необхідність подальшого нормативно-правового закріплення порядку здійснен­ня правової роботи. Так, І.В. Головань пропонує прийняти закон, який встановив би процесуальні норми здійснення перевірок господарсько-фінансової діяльності суб'єктів підприємництва, а також механізм отримання суб'єктами інформації про діяльність державних контролюючих органів і законодавчого закріплення прав суб'єктів підприємницької діяльності користуватися допомо­гою консультантів. В.І. Коростей бачить перспективу в прийнятті Закону « Про державну юридичну службу в Україні», в якому пропо­нується вказати систему і статус, завдання і цілі, структуру служби; визначити її взаємини з адміністрацією підприємства і державою, тобто встановити правовий і соціальний захист, фінансування працівників служби, спеціальні звання (ранги), відповідальність служби за наслідки діяльності.

Важливу роль у правовій роботі суб'єкта господарювання віді­грають локальні акти, а саме: накази, розпорядження, інструкції, положення, методики та інші акти. Вони сприяють ефективності правової роботи і наданню допомоги юристові з боку інших осіб відповідно до покладених на них повноважень.

## § 2. Зміст і види правової роботи суб'єкта господарювання

На сьогоднішній день існують різні види правової роботи. їхній вибір залежить від волевиявлення і можливостей самого суб'єкта господарювання. Наприклад, керівник підприємства самостійно здійснює правову роботу, при цьому про її якість говорити дуже складно; керівник запрошує зовнішнього консультанта, це най­більш оптимальний і дешевий спосіб; керівник створює на підпри­ємстві юридичну службу, це класичний варіант правової роботи; керівник взаємодіє і із зовнішніми консультантами, і з юридичною службою підприємства, при цьому вони або взаємодіють один з од­ним або ні.

Правова робота в господарській сфері, як указувалося вище, має внутрішні і зовнішні складові, направлені на якомога повніше вирі­шення економічних завдань такого суб'єкта за допомогою правових засобів, а також охорону і захист його прав і інтересів.

Внутрішні аспекти такої роботи включають комплекс засобів, направлених на організацію і нормальне функціонування самого суб'єкта, його структурних підрозділів і органів, посадових осіб і працівників.

Внутрішня частина правової роботи складається з цілої низки складових, а саме: контрольно-облікової, кадрової роботи, організа­ції ліквідаційних процедур, оптимізації оподаткування, локальної нормотворчості, роз'яснювально-консультаційних робіт, візування актів, складання проформ (типових форм) документації, що вико­ристовуються у договірній та іншій роботі, тощо.

Зовнішні складові правової роботи включають різноманітні відно­сини суб'єкта з іншими суб'єктами господарювання, громадянами, і відповідними органами державної влади і місцевого самоврядування. Зовнішні відносини є ще складнішими і динамічнішими, включаючи: реєстраційну, договірну, претензійно-позовну роботу, правову охорону прав підприємств, захист прав і інтересів суб'єкта господа­рювання тощо. Саме ці відносини знаходять загальногосподарське регулювання в приватноправових і публічно-правових нормах, передусім в ГК України. Внутрішньогосподарська частина правової роботи знаходить законодавче закріплення в державному секторі економіки, застосовуючись за аналогією в приватному секторі.

Зв'язок внутрішніх і зовнішніх складових правової роботи обу­мовлений тим, що без належної організації взаємодії між органами і підрозділами юридичної особи, внутрішнього контролю і обліку, роз'яснювальної роботи неможливо досягти законослухняної ді­яльності в цілому суб'єкта господарювання. І навпаки, укладен­ня договорів з іншими суб'єктами господарювання, результати претензійно-позовної роботи, проведення тих чи інших реєстра­ційних процедур, — прямо впливає на внутрішню спрямованість, пріоритети і завдання органів юридичної особи, необхідність вве­дення додаткових внутрішніх правил і інструкцій, підвищення функцій контролю і обліку при здійсненні внутрішньої частини правової роботи.

Організація реєстраційних процедур є, по суті, першим кро­ком у діяльності суб'єкта господарювання і його правової роботи. В даному випадку йдеться про підготовку і підписання установчих документів суб'єкта господарювання, нотаріальне посвідчення підписів засновників на таких документах і протоколах загальних зборів, довіреності, представництво інтересів суб'єкта господарю­вання перед державним реєстратором, заповнення реєстраційної картки, отримання свідоцтва про державну реєстрацію, підготов­ку документів для відкриття банківських рахунків, реєстрацію інвестицій, отримання дозволу на виготовлення друку, ліцензій, патентів, інших документів у процесі легалізації господарської ді­яльності (див. розділ 4 цього підручника).

До реєстраційних робіт приєднується юридичний супровід лік­відації, санації і банкрутства підприємства. Від того, наскільки якісно буде проведена така робота, залежатиме відновлення пла­тоспроможності підприємства — боржника, задоволення вимог кредиторів, повернення інвестицій інвесторам тощо.

Юридичний супровід трудових відносин на підприємстві включає, насамперед, кадрову роботу. Організація кадрової роботи на підприємстві сприяє його ефективній і результативній роботі і регулюється п. 9 Загального положення про юридичну службу. Також правовою основою даної роботи є Кодекс законів про пра­цю України та інші акти трудового законодавства. Мета кадрової роботи — це формування та ефективна робота законослухняного трудового колективу для досягнення поставлених завдань і цілей суб'єкта господарювання, а також розробка локальних нормативних актів, в яких вказані права і обов'язки конкретних працівників з урахуванням положень чинного законодавства і специфіки виробництва. Наприклад, проекти наказів про звільнення, переведення застосування засобів відповідальності можуть готувати начальники цехів, відділів, служб, але вони зобов'язані отримати погодження від юриста за цими документами для оперативного та остаточного вирішення кадрових питань. У відповідності з п. 9 Загального поло­ження про юридичну службу прийняття актів правового характеру без попередньої перевірки юридичною службою не допускається. Для оптимізації такої роботи юристові доцільно розробити наказ «Про організацію кадрової роботи на підприємстві".

Юридичний супровід трудових відносин на підприємстві не об­межується кадровою роботою. Йдеться про необхідність проведення роботи з укладання колективного трудового договору, договорів про повну матеріальну відповідальність з визначеними в законодавстві категоріями працівників, розробки локальних актів про функціо­нальні обов'язки тих або інших органів, працівників або посадових осіб, контролю за проведенням техніки безпеки, веденням трудових книжок, вирішенням трудових конфліктів і т. п.

Найважливішим напрямом правової роботи є юридичний су­провід управлінських дій: управління майном підприємства, управління якістю продукції, планування господарської діяль­ності, проведення природоохоронних заходів, документування управлінської діяльності.

Організація договірної роботи є найважливішим напрямом ді­яльності юридичної служби або юриста. В основному всі відносини у сфері господарювання опосередкують укладанням між суб'єктами господарювання відповідних договорів, які направлені на забез­печення нормального виробничого процесу, випуск і реалізацію продукції, рентабельності виробництва та отримання максималь­ного прибутку. Основні положення з організації договірної роботи регулює п. 7 ст. 9 Загального положення про юридичну службу.

Договірна робота — це сукупність організаційно-правових, економіко-виробничих і інших дій органів суб'єкта господарювання та юридичної служби (юриста) з укладання, зміни, припинення, розірвання, обліку і контролю за виконанням господарських дого­ворів. При виконанні даної роботи слід ураховувати положення ГК України, ЦК України, всього масиву законів України господарської спрямованості, про яких достатньо сказано в цьому виданні, а та­кож матеріали судової практики, наприклад інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7.04.2008 р. «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України».

Для нормальної і ефективної організації договірної роботи вели­кого підприємства, особливо, коли на підприємстві створений спе-

діальний договірний відділ, додільно підготувати і прийняти низку локальних актів суб'єкта господарювання, наприклад, наказ «Про порядок розробки, укладання, зміни і розірвання господарських договорів», «Про порядок обліку, контролю і виконанню господар­ських договорів» тощо, в яких слід закріпити права та обов'язки юридичної служби (юриста), а також інших служб і підрозділів з організації договірної роботи.

Належне виконання господарських договорів у багатьох випад­ках виявляється неможливим без контрольних і роз'яснювальних заходів юридичної служби, формалізації окремих сторін діяльності суб'єкта господарювання та інших засобів, які сприяють належному здійсненню господарських операцій та забезпеченню доказів при порушенні прав і інтересів підприємства. Зокрема, для забезпечен­ня виконання інструкцій з приймання продукції за кількістю та якістю в цілях забезпечення належної доказової бази на випадок спору юридична служба зобов'язана підготувати посвідчення для осіб, що беруть участь у прийманні, підготувати договір про повну матеріальну відповідальність з такими особами, типову форму по­переднього і остаточного акта про прийом продукції за кількістю та якістю, ініціювати укладення договору з торговельно-промисловою палатою або іншою незалежною організацією в цілях забезпечення участі їхніх представників у прийманні, провести роз'яснювальну роботу з працівниками, що беруть участь у прийманні, тощо.

Контроль за дотриманням публічно-правових вимог госпо­дарського законодавства, зокрема юридичний супровід перевірок суб'єкта господарювання з боку публічних органів (див. наступний параграф підручника), — найважливіша частина правової роботи. Зокрема, при укладенні господарських договорів та інших операцій суб'єкта господарювання не можна обійтися без урахування порядку ліцензування і патентування господарської діяльності, дотримання державної дисципліни цін, вимог антимонопольно-конкурентного законодавства, порядку фінансового обліку та аспектів оподатку­вань діяльності, митного оформлення передач товарів, квотування тощо. Важливо враховувати, що організаційні, тимчасові і матері­альні витрати, необхідні для виконання таких публічно-правових розпоряджень, у більшості випадків зумовлюють можливість і до­цільність здійснення господарської операції.

Оптимізація оподаткування суб'єкта господарювання стає ключовим напрямом його правової роботи в контексті вирішення економічних завдань і виконання публічно-правових розпоряджень законодавства.

Цілеспрямовану правову роботу з оптимізації (мінімізації) по­даткового тиску слід відрізняти від поняття «ухилення від сплати податків». Останнє охоплюється кримінальними, адміністративни­ми і адміністративно-господарськими санкціями в межах диспози­цій статей КК України, КУпАП, Закону «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» тощо. Положення Конституції України про заборону до примусової поведінки, не передбаченої законодавством (ст. 19), про свободу підприємницької діяльності в межах, не заборо­нених законом (ст. 42), про обов'язок сплачувати податки в порядку і розмірі, передбаченому законом (ст. 67) — орієнтують на вибір платником податків такої правомірної поведінки, яка не призводить до сплати зайвих податків. Тобто оптимізація оподаткування при­пускає обрання таких законних форм опосередкування відносин між суб'єктами господарювання, які призводять до виникнення мінімального об'єкта оподаткування здійснюваних операцій**.**

Диференціація пільгових баз оподаткування, які виникають на підставі винятків, знижок і податкових кредитів, є державною економічною політикою всіх розвинених країн світу. У Англії, на­приклад, «застосування в судовій практиці принципу буквального тлумачення податкового закону і доктрини первинності форми акта над його змістом призводить до того, що численні випадки фактич­ного ухилення від податків, які не підпадають під формальну дію буквально витлумачених заборон, вирішуються судом на користь платників податків».

Наприклад, О.П. Подцерковний виділяє такі правомірні спосо­би зменшення (оптимізації) податкового навантаження в Україні: метод поділу зобов'язань; метод диверсифікації діяльності; метод зменшення обсягу публічних послуг; метод контролю за термінами виконання зобов'язань; метод використання іноземної преференції тощо.

В економіко-правовій літературі обговорюється багато інших способів законної оптимізації податкового тиску, наприклад, вико­ристання механізму податкового кредиту для мінімізації податку на доходи фізичних осіб, використання комісійних операцій замість продажів з розстрочкою; тобто «метод заміни відносин» тощо.

Водночас, при заміні однієї угоди на іншу в процесі оптимізації оподаткування необхідно брати до уваги, що у разі, якщо з метою зменшення розмірів податків сторони укладають угоду, не направлену на виникнення правових наслідків, обумовлених цим правочином (фіктивний правочин), то це означає не тільки недійсність такого правочину згідно зі ст. 234 ГК України, але і утворює склад право­порушення (ухилення від сплати податків) згідно зі ст. 212 КК або ст. 163-2 КУпАП. В останньому випадку новація операції суперечить суті правової роботи — використанню законних засобів досягнення виробничих цілей.

Найбільш складною і важливою частиною правової роботи є пра­вовий захист прав і законних інтересів суб'єктів господарюван­ня. Використання можливостей правової роботи передбачає активі­зацію дій самих суб'єктів господарювання щодо підвищення рівня реалізації чинного законодавства, направленого на захист їхніх прав і законних інтересів. Під захистом прав суб'єктів господарювання розуміють сукупність взаємопов'язаних правових засобів, способів і форм, за допомогою яких при необхідності забезпечується захист законних прав суб'єктів господарювання при їхньому порушенні, невизнанні або заперечуванні. О.П. Вершинін визначає захист прав як юридичну діяльність з усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами свого права, припинення правопорушень, відновлення положення, яке існувало до порушення прав.

Щодо співвідношення понять захисту і охорони прав слід врахо­вувати те, що охорона прав найчастіше характеризується статич­ною функцією правового регулювання. Наприклад, охорона прав суб'єкта господарювання на об'єкти права промислової власності включає проспективну роботу з реєстрації права на відповідний об'єкт, створення умови запобігання неправомірному використан­ню, належне оформлення договірних відносин тощо. Захист же передбачає активну діяльність суб'єкта господарювання, пов'язану з усуненням наслідків, відновленням майнового положення, по­каранням винних і вживанням інших заходів у разі порушення, невизнанні або сперечання за права суб'єктів господарювання, по­рушення його інтересів.

Способи захисту закріплені у ст.ст. 6, 20, 47 ГК України, ст. 16 ЦК України і багатьох інших нормативно-правових актах. Перелік способів захисту, передбачений у ГК і ЦК, не є вичерпним, і суб'єкти господарювання можуть використовувати інші способи для захис­ту своїх прав і законних інтересів. Але такі способи повинні бути передбачені в законі або договорі.

і

Детально про способи захисту див. розділ 10 цього підручника. Важливою частиною правової роботи, що стосується прав і ін­тересів суб'єктів господарювання, виступає претензійно-позовна робота, яка є сукупністю дій юридичної служби ( юриста ) з підго­товки, розгляду, обґрунтування і заперечення претензій і позовних заяв, направлених на захист прав і законних інтересів суб'єкта господарювання. Нормативною базою цієї роботи є ГК України, ГПК України, ЦПК України, КАС України, закони України «Про третейський суд» від 11.05.2004 р., «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.94 р., «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкротом» в редакції від 30.06.99 р., «Про виконавче провадження» від 12.04.99 р., Декрет Кабінету Міністрів України «Про державне мито» 21.01.93 р., інші законо­давчі акти, рішення Конституційного Суду України, наприклад, рішення від 09.07.2002 р. у справі про конституційне звернення ТОВ " Торговий Дім Кампус Коттон Клаб » про офіційне тлумачення положення частини 2 ст. 124 Конституції України (справа про до- судове врегулювання спорів) та інші акти.

Зміст даної роботи включає: використання прийомів процесуаль­ної стратегії і тактики; незловживання процесуальними правами; оперативність і достовірність інформації; вживання своєчасних, професійних, правомірних і дієвих заходів; підготовку текстів відповідних документів та їх повне і чітке обґрунтування; аналіз та узагальнення даної роботи, а також розробка пропозицій щодо удосконалення такої роботи з урахуванням положень чинного за­конодавства. Для підвищення ефективності виконання даних за­вдань суб'єктові господарювання доцільно розробити і прийняти локальний наказ «Про організацію претензійно-позовної роботи на підприємстві», де слід включити положення про координовану і сумісну роботу всіх відділів і служб щодо претензійно-позовної роботи, з визначенням прав і обов'язків відповідних посадових осіб і працівників.

На сьогоднішній день актуальним є новий напрям правової роботи, а саме захист суб'єкта господарювання від рейдерства. Сьогодні це явище є однією з найбільших проблем корпоративних відносин і практики діяльності суб'єктів господарювання в Україні, оскільки призводить до отримання контролю над суб'єктом, необхід­ного для відчуження його активів з використанням силових методів, підроблених документів і зловживання правами. Під рейдерством традиційно розуміється захоплення суб'єкта господарювання — юридичної особи шляхом незаконного набуття прав засновника (керівника) такого суб'єкта. Слід ураховувати, що вирішальною стадією будь-якої «рейдерської атаки» є створення юридичного оформлення зміни корпоративного контролю. При охороні і захисті від цього явища юридичній службі (юристові) слід дуже уважно

відноситися до всіх фактів скупок акцій (корпоративних прав) під­приємства, змісту його установчих та інших документів і подібного роду, своєчасно прогнозувати і припиняти дані протиправні дії (до­кладно див. наступний підрозділ підручника).

Для припинення рейдерства останнім часом прийнято низку законодавчих новел, серед яких можна відзначити зміни до Гос­подарського процесуального кодексу України — обмеження на застосування деяких забезпечувальних засобів у господарському процесі (наприклад, заборона обмежувати проведення загальних зборів акціонерів господарського суспільства), віднесення розгляду корпоративних спорів до виняткової компетенції господарських судів України. Пленумом Верховного Суду України прийнята ак­туальна постанова № 13 від 24.10.2008 р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів».

Говорячи про способи захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання в процесі здійснення правової роботи, слід врахо­вувати всю повноту органів і організацій, покликаних здійснювати такий захист. Взаємодія суб'єкта господарювання з такими орга­нами, деколи із застосуванням різних способів захисту, зумовлює ефективність засобів захисту прав і законних інтересів.

Слід враховувати, що органи захисту прав суб'єктів господа­рювання не зводяться тільки до судових органів. Думати так — це означає спрощувати проблему і не бачити всього комплексу засобів, які може застосувати суб'єкт господарювання для захисту своїх прав і інтересів.

При порушенні своїх прав і законних інтересів суб'єкт господа­рювання має право вибрати адміністративний, правоохоронний, третейський (арбітражний) або судовий порядки захисту.

Розмежування адміністративного, правоохоронного, третей­ського і судового порядку захисту прав суб'єкта господарювання ґрунтується на розмежуванні повноважень адміністративних, пра­воохоронних, третейських (арбітражних) і судових органів у сфері охорони і захисту прав суб'єктів господарювання:

* адміністративні органи, тобто органи, що здійснюють адміністративно-юрисдикційні функції з охорони і захисту прав господарюючих суб'єктів у межах спеціальних повноважень, наданих таким органам законом (прикладами таких органів можуть служити Міністерство юстиції України, Антимонопольний комітет України та ін.);
* правоохоронні органи, які сформовані державою з метою захисту прав і законних інтересів суб'єктів від незаконних посягань — припинення, припинення і розслідування право­порушень (прикладами таких органів є прокуратура, міліція), а також органи, що надають юридичну допомогу (адвокатура, нотаріат);

- третейські суди (арбітражі) — спеціально створювані учас­никами суперечки або органи, що постійно діють, для поза- судового вирішення конфліктів у цивільних і господарських правовідносинах.

— судові органи, тобто органи, метою діяльності яких є все­бічний, повний і об'єктивний розгляд справи та ухвалення законного рішення у справі, поновлення права і законних інтересів господарюючих суб'єктів1.

До адміністративних органів у системі органів охорони і за­хисту прав суб'єктів господарювання можна віднести:

* Міністерство юстиції України;
* Державний комітет України з питань регуляторної політики і підприємництва (Держкомпідприємництво);

—• Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку (ДКЦПФР);

* Антимонопольний комітет України;
* органи адміністративно-податкового оскарження;
* Державний комітет із захисту прав споживачів;

—- Державну інспекцію з контролю за цінами;

* Комітет України з питань стандартизації і сертифікації;
* Комітет з нагляду за охороною праці та інші органи.

Вивчення правового статусу спеціально уповноважених дер­жавних органів, повноваження яких можуть бути використані для захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, дозволяє комплексно підійти до вивчення змісту правової роботи суб'єкта господарювання.

Основний сенс залучення адміністративних органів до процедури захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання — це ви­користання владних повноважень таких органів для запобігання та усунення правопорушень відносно суб'єктів господарювання з боку як публічних органів, так і одиничних суб'єктів господарювання.

Законами України «Про захист економічної конкуренції», «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», «Про звернення громадян» та іншими актами законодавства передбачаються спе­ціальні строки розгляду скарг підприємців. Передбачені також організаційно-владні повноваження (компетенція) державних органів у сфері нагляду і контролю за господарською діяльністю, а також контролю одних публічних органів за здійсненням повно­важень іншими публічними органами. У зв'язку із цим виникає можливість відновлення порушених прав суб'єктів господарювання за допомогою звернення до цих органів без звернення до суду та інші правоохоронні органи.

Міністерство юстиції України (Мін'юст України) є провідним органом у системі центральних органів виконавчої влади щодо забезпечення реалізації державної правової політики і здійснює свою діяльність на підставі Положення про Міністерство юстиції України, затвердженого Указом Президента України від 30.12.97 р.

Слід враховувати, що відповідно до Указу Президента України від 03.10.92 р. «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» з 01.01.93 р. Міністерство юстиції здійснює обов'язкову державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших центральних орга­нів виконавчої влади, органів господарського управління і контролю, які зачіпають права, свободи і законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер, а також веде Єдиний реєстр таких актів.

Проте вказана реєстрація не є незаперечним доказом відповіднос­ті підзаконного акта законам України. Тому суб'єкт господарювання у випадку, якщо він вважає, що зареєстрований нормативний акт ущемляє його права в порівнянні з чинним законодавством, має право подати до суду позов про визнання такого акта недійсним. Таким чином, Міністерство юстиції здійснює переважно функції охорони прав суб'єктів господарювання. Про захист порушених прав суб'єктів господарювання з боку цього органу можна говорити лише у разі, коли даний орган (за допомогою функцій державної виконавчої служби) здійснює виконання вирішень судів та інших органів (посадових осіб).

Державний комітет Украіни з питань регуляторної полі­тики та підприємництва (Держкомпідприємництво України) здійснює свої повноваження на підставі Положення, затвердженого Указом Президента України від 07.02.2006 р., та Положення, за­твердженого постановою КМУ від 26.04 2007 р., та є центральним органом виконавчої влади із спеціальним статусом, який забез­печує реалізацію державної політики у сфері підприємництва. Крім того, Комітет є спеціально уповноваженим органом з питань ліцензування.

Держкомпідприємництво має право видавати роз'яснення з пи­тань регуляторної політики у сфері господарювання. Ці роз'яснення суб'єкт господарювання має право використовувати для захисту своїх прав у взаєминах з різними органами управління.

Крім того, суб'єкт господарювання може звернутися в терито­ріальний орган Комітету, який, наприклад, може направити по­дання до органів державної влади або місцевого самоврядування про скасування або зупинення регуляторних актів, що прийняті із порушенням установлених законом вимог.

Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (ДКЗЦПФ) здійснює повноваження відповідно до Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.96 р. та Указу Президента від 14.02.97 р. «Про Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку». Комісія встановлює вимоги з випуску (емісії) та обороту цінних паперів та їх похідних;

встановлює порядок і видає дозвіл на здійснення діяльності з ви­пуску та обороту цінних паперів, на депозитарну, реєстраційну, розрахунково-клірингову діяльність з цінними паперами та інші спеціальні дозволи (ліцензії) на здійснення окремих видів професій­ної діяльності на ринку цінних паперів, а також анулює ці дозволи (ліцензії) у разі порушення вимог законодавства про цінні папери; роз'яснює порядок застосування законодавства про цінні папери; ви­значає порядок ведення і веде реєстр аудиторів і аудиторських фірм, які можуть проводити аудиторські перевірки фінансових установ, що здійснюють діяльність на ринках цінних паперів та їх похідних, а також виконує інші функції, покладені на неї законодавством.

Анти монопольний комітет України здійснює свою діяльність відповідно до законів України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.93 р., «Про захист від недобросовісної конку­ренції» від 07.06.96 р., «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р., іншими нормативно-правовими актами та є держав­ним органом із спеціальним статусом, мета діяльності якого — за­безпечення державного захисту конкуренції в підприємницькій діяльності.

Основним завданням АМКУ є участь у формуванні і реалізації конкурентної політики в частині здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, контролю за концентрацією, узгодженими діями суб'єктів господа­рювання, сприяння розвитку добросовісної конкуренції.

По суті, суб'єкт господарювання має можливість здійснити за­хист своїх прав від порушень конкурентного законодавства шляхом ініціації відповідних розслідувань у рамках повноважень Антимоно- польного комітету України. Окрім організаційних переваг фахівці АМКУ володіють могутнім професійно підготовленим апаратом і методиками, такий спосіб захисту має і очевидні матеріальні пере­ваги — не вимагає судових витрат.

Найважливіше місце в системі органів захисту суб'єктів гос­подарювання від порушення їхніх прав як платників податків і власників майна займають органи адміністративно-податкового оскарження (апеляційного узгодження). До цих органів належать органи податкової служби, що розглядають скарги платників по­датків у порядку адміністративного оскарження (апеляційного узгодження). Ці органи діють на підставі Закону України «Про по­рядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р., Закону Укра­їни «Про державну податкову службу» від 04.12.90 р., «Положення про порядок уявлення і розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби» в редакції наказу Державної подат­кової адміністрації від 02.03.2001 р.

Органи адміністративно-податкового оскарження займають особ­ливе місце в структурі інших адміністративних органів, що розгля- дають скарги на рішення і дії нижчестоящих податкових органів. Це зумовлено особливим порядком взаємодії суб'єктів господарювання з такими органами оскарження, що виходять за рамки Закону «Про звернення громадян». Даний порядок підпорядкований жорстким процедурам, що передбачають:

а) пресекательні терміни розгляду скарг, коли порушення таких термінів з боку органів адміністративно-податкового оскарження вабить задоволенню скарги платника податків, а порушення тер­мінів з боку суб'єкта господарювання — втрату права на процедуру адміністративно-податкового оскарження;

б) припинення на час адміністративно-податкового оскарження дії оскаржуваного рішення, зокрема припинення нарахування штрафних санкцій;

в) дія принципу тлумачення законодавства на користь плат­ника податків. Зокрема, відповідно до Закону від 21.12.2000 р. у випадку, якщо норма закону або іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів або різних нормативно-правових актів допускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, унаслідок чого є можливість ухвалити рішення як на користь платника податків, так і контролюючого органу, то рішення в рамках апеляційного узгодження ухвалюється на користь платника податків;

г) можливість досягнення податкового компромісу, коли врахо­вується реальна можливість погашення податкового боргу в певному (не повному) розмірі на користь сторін і т. п.

Органи адміністративно-податкового оскарження (апеляційного узгодження) мають триланкову структуру, до якої належать:

Начальник податкової інспекції, якою прийняте рішення про стягнення податкового боргу.

Обласне управління апеляцій Державної податкової адміністра­ції в області (м. Києві та м. Севастополі).

Головне управління апеляцій Державної податкової адміністра­ції України.

Важливо враховувати, що рішення ДПА України щодо розгляду скарги суб'єкта господарювання є остаточним для порядку адміні­стративного оскарження (апеляційної процедури), але не перешко­джає зверненню платника податків — суб'єкта господарювання до суду за захистом своїх прав.

Важливим етапом правової роботи з адміністративними органа­ми є зустрічний контроль суб'єкта господарювання за тим, аби поведінка таких органів та їх посадових осіб не виходили за рамки повноважень, передбачених у законах, зокрема, в Законі України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері госпо­дарської діяльності» від 06.04.2007 р.

Система правоохоронних органів, які покликані здійснювати охорону і захист прав та інтересів суб'єктів господарювання, вклю­чає: нотаріат, адвокатуру, міліцію і прокуратуру.

Органи нотаріату, що складаються з державних і приватних нотаріусів, здійснюють свою діяльність на підставі Закону Украї­ни «Про нотаріат» від 02.09.93 р., а також Інструкції про порядок здійснення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р.

Адвокатура України відповідно до законодавства є добровільним професійним суспільним об'єднанням, покликаним згідно з Кон­ституцією України сприяти захисту прав, свобод і представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну до­помогу (ст. 1 Закону «Про адвокатуру" від 19.12.92р.)і здійснює свою діяльність на принципах верховенства закону, незалежності, демократизму, гуманізму і конфіденційності.

Міліція в Україні — це державний озброєний орган виконавчої влади, який захищає життя, здоров'я, права і свободи громадян, власність, природне середовище, інтереси суспільства і держави від протиправних посягань (ст. 1 Закону «Про міліцію» від 20.12.90 р.). Функції міліції можуть бути направлені на захист і охорону прав і інтересів суб'єктів господарювання у разі злочинних посягань на їх власність, при фізичному захисті від злочинних посягань, для надання допомоги державному виконавцеві при виконанні рішень судових та інших органів, в інших випадках, встановлених законом.

Прокуратура України також відіграє важливу роль у захисті прав і законних інтересів господарюючих суб'єктів. Згідно з Законом України «Про прокуратуру» від 05.11.91 р. Генеральний прокурор України і. підлеглі йому прокурори здійснюють прокурорський нагляд за дотриманням і правильним застосуванням законів Кабі­нетом Міністрів України, органами виконавчої влади і місцевого самоврядування, підприємствами, установами і організаціями неза­лежно від форм власності, підлеглості і приналежності, посадовими особами і громадянам^.

Звернення в третейські (арбітражні) і судові органи за захистом порушених прав і законних інтересів суб'єктів господарювання є найбільш дієвим способом захисту прав. Про цей аспект правової роботи буде сказано докладніше надалі.

## § 3. Захист прав суб'єктів господарювання при здійсненні державними контролюючими органами перевірок їхньої діяльності

Низка проблемних питань, пов'язаних із захистом прав суб'єктів господарювання, виникає під час проведення перевірок їхньої ді- яльності з боку контролюючих органів. Так, Савченко Л. А. вважає, що перевірка виконання суб'єктами господарювання фінансових зобов'язань перед державою є основним змістом фінансового контро­лю. Також дуже часто дані перевірки впливають на нормальне функ­ціонування суб'єктів господарювання, оскільки до їх проведення притягуються бухгалтери, економісти та інші особи, які в цей час не здійснюють своїх прямих обов'язків. Саніахметова Н.О. виді­ляє засоби захисту від незаконних дій державних органів, а саме: визнання недійсними (повністю або в частині) актів державних та інших органів, невідповідних законодавству і що порушують права і законні інтереси суб'єктів; повернення з бюджету грошових коштів, необґрунтовано списаних державними органами в примусовому порядку; відшкодування збитків, заподіяних підприємцям непра­вомірними актами державних органів.

Основні гарантії суб'єктів господарювання від незаконного про­ведення перевірок закріплені в ст. 19 ГК України. Зокрема, встанов­лено, що незаконне втручання і перешкоди господарській діяльності суб'єктів господарювання з боку органів державної влади, їхніх посадових осіб при здійсненні ними державного контролю і нагляду забороняються. Органи державної влади і посадові особи зобов'язані здійснювати інспектування і перевірки діяльності суб'єктів госпо­дарювання неупереджено, об'єктивно і оперативно, дотримуючись вимог законодавства, поважаючи права і законні інтереси суб'єктів господарювання. Суб'єкт господарювання має право на отримання інформації про результати інспектування і перевірок його діяльнос­ті не пізніше ніж через 30 днів після їх закінчення, якщо інше не передбачено законом. Дії і рішення державних органів контролю і нагляду, а також їхніх посадових осіб, які проводили інспектування і перевірку, можуть бути оскаржені суб'єктом господарювання у встановленому законодавством порядку.

До основних підзаконних нормативно-правових актів, які регу­люють проведення перевірок належать: укази Президента України « Про спрощену систему оподаткування, обліку і звітності суб'єктів малого підприємництва» № 727/98 від 03.07.98 р., «Про внесення змін до Указу Президента України «Про спрощену систему опо­даткування, обліку і звітності суб'єктів малого підприємництва» № 746/99 від 28.07.99 р., «Про деякі заходи з дерегулювання під­приємницької діяльності» від 23.07.98 р. № 817/98, постанова Кабінету Міністрів України «Порядок координації проведення планових виїзних перевірок органами виконавчої влади, уповно- важеними здійснювати контроль за нарахуванням і сплатою по­датків та зборів (обов'язкових платежів)» від 21.10.2005 р. № 619, Інструкція з організації роботи органів державного пожежного на­гляду, затверджена наказом МНС України 06.02.2006 р. № 59 тощо.

Ці нормативно-правові акти встановлюють процедуру проведен­ня контролюючими органами перевірок суб'єктів господарювання. Також вони містять класифікацію перевірок, яка має велике прак­тичне значення і застосування в правовій роботі суб'єкта господарю­вання. Цей аспект правової роботи включає: перевірку документів перевіряючої особи, які підтверджують його повноваження; оцінку обґрунтованості вимог перевіряючої особи та узгодження порядку проведення перевірки; оцінку результатів перевірки і реагування на її результати.

Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» під державним на­глядом (контролем) розуміє діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їхніх територіальних органів, органів місцевого самоврядування в межах повноважень, передбачених законів, щодо виявлення і попередження порушення вимог законодавства суб'єктами господарювання і забезпечення інтересів суспільства.

Державний нагляд (контроль) забезпечується плановими і поза­плановими заходами, які здійснюються шляхом проведення пере­вірок, ревізій, оглядів, обстежень та інших дій.

Стаття 4 Закону закріплює загальні вимоги до здійснення нагля­ду (контролю). Так, виключно законами встановлюються органи, уповноважені здійснювати державний нагляд, їхні повноваження, зокрема способи перевірок, санкції за порушення вимог законодав­ства і вичерпний перелік підстав для припинення господарської ді­яльності; види господарської діяльності, що є предметом державного нагляду (контролю).

Державний нагляд (контроль) проводиться за місцем здійснення діяльності суб'єкта господарювання або його відособлених підрозді­лів, або в приміщенні органу державного нагляду (контролю) у ви­падках, прямо передбачених законом. Планові і позапланові заходи здійснюються в робочий час суб'єкта господарювання, встановлений правилами внутрішнього трудового розпорядку.

Плановий або позаплановий захід повинен здійснюватися у при­сутності керівника або його заступника, або уповноваженої особи суб'єкта господарювання. Перед початком проведення перевірки посадова особа органу нагляду вносить запис у відповідний журнал суб'єкта господарювання (при його наявності).

Органи державного нагляду (контролю) і суб'єкти господарю­вання мають право фіксувати процес проведення заходів або кож­ну окрему дію засобами аудіо- і відеотехніки, не перешкоджаючи здійсненню такого заходу.

Важливим положенням е також окреме виділення законодавцем гарантій захисту комерційної таємниці суб'єкта господарювання. В Законі чітко закріплено, що під час здійснення державного на­гляду (контролю) посадові особи такого органу зобов'язані берегти комерційну таємницю суб'єкта господарювання. Інформація, доступ до якої обмежений законом та отримана посадовою особою органу контролю під час проведення перевірок, може використовуватися виключно в порядку, встановленому законом.

Законом встановлена найважливіша гарантія прав, що переві­ряється: «У випадку, якщо норма закону або іншого нормативно- правового акта, виданого відповідно до закону, допускає неодно­значне тлумачення прав та обов'язків суб'єкта господарювання або органу державного нагляду (контролю) та його посадових осіб, рішення ухвалюється на користь суб'єкта господарювання» (п. 7 ст. 4 Закону).

Указ Президента «Про деякі заходи з дерегулювання підприєм­ницької діяльності» містить важливі положення щодо перевірок, а саме: класифікацію перевірок на планові, позапланові, повторні і зустрічні; вичерпний перелік органів, які мають право проводити перевірки, а також терміни проведення даних перевірок. Так, пла­нова перевірка повинна бути передбачена в плані контролюючого органу і повинна проводитися не частіше за один раз на рік, про її проведення суб'єкт повинен бути попереджений за десять днів до її проведення; позапланова перевірка не передбачена в плані контролюючого органу, а проводиться у випадках, визначених за­конодавством. Позапланові перевірки проводяться тільки органами державної податкової служби та органами контрольно-ревізійної служби в межах їхніх повноважень. Обмеження в термінах і під­ставах проведення перевірок суб'єкта, визначені цим Указом, не розповсюджуються на перевірки, що проводяться на особисте прохання суб'єкта, або перевірки, що проводяться відповідно до кримінально-процесуальиого законодавства.

Підстави і класифікація перевірок уточнюються в підзаконних актах Державної податкової адміністрації України. Наприклад, у наказі ДПАУ № 263 від 04.06.2002 р. «Про взаємодію між підрозді­лами органів державної податкової служби України при організації документальних перевірок юридичних осіб».

При проведенні будь-якої перевірки юридичній службі (юрис­тові) дуже важливо з'ясувати, представник якого органу прибув і з якими повноваженнями. Передусім, у представника повинні бути службове посвідчення, а також наявність розпорядження або на­правлення на здійснення конкретної перевірки. Для встановлення цих фактів доцільно застосовувати норми ст. 7 Указу Президента «Про деякі заходи з дерегулювання підприємницької діяльності», що рекомендує суб'єктам господарювання вести журнал відві­дування їх контролюючими органами. Форма і порядок ведення журналу встановлена Наказом Державного комітету з розвитку підприємництва від 10.08.98 р. № 18 «Про затвердження форми і Порядку ведення Журналу відвідування суб'єкта підприємництва контролюючими органами». Відмова представника контролюючого органу від запису в журналі є підставою для відмови йому в прове­денні перевірки. Про цей факт суб'єкт господарювання повідомляє контролюючий орган впродовж трьох днів.

## § 4. Судовий і третейський (арбітражний) захист прав і законних інтересів суб'єктів господарювання

Традиційно вважається, що основним способом захисту поруше­ного права або законного інтересу є судовий захист.

Згідно з положенням Конституції України юрисдикція судів в Укра­їні розповсюджується на всі правовідносини, що виникають у державі.

Проте це не означає, що з будь-якого приводу суб'єкт господа­рювання може звертатися в судові органи. Тут повинна бути взята до уваги низка вимог матеріального і процесуального характеру.

Серед вимог матеріального права можна відзначити такі.

По-перше, способи захисту порушеного права встановлюються в законі згідно зі ст. 20 ГК, а також у договорі згідно зі ст. 16 ЦК України) та інших законів. Тому, наприклад, вимога про визнання договору неукладеним, як пояснювалося вище в цьому підручнику, не може бути покладено в основу позовної вимоги.

По-друге, захист порушеного права та інтересу припускає, що в судовому порядку може вимагати захисту лише особа, права якої порушені, не визнані чи оспорюються (ст. 15 ЦК), або прокурор, уповноважений у господарському процесі здійснювати захист інте­ресів держави (ст. 2 ГПК).

По-третє, не будь-які правові акти засвідчують права, а тому не можуть бути оспорені. ВАСУ в роз'ясненні № 02-5/35 від 26.01.2000 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнан­ням недійсними актів державних або інших органів» визначає види «неоспорюваних» у судовому порядку актів, зокрема:

* акти слідчих, судових і прокурорських органів, за якими вста­новлений спеціальний порядок оскарження, зміни чи скасуваня;
* різного роду листи, інформація, роз'яснення тощо, які спря­мовуються органами управління на адресу підлеглих ним органів в приводу конкретних ситуацій;
* виконавчі написи нотаріусів;
* акти ревізій, документальних перевірок тощо, оскільки ці акти не мають обов'язкового характеру;
* інкасові доручення (розпорядження), тому що вони є розра­хунковими документами, а не актами органів. Рішеннями Конституційного Суду України і роз'ясненнями (рекомендаціями) найвищих судових органів називаються й інші вимоги до способів і порядку захисту порушеного права.

Наприклад, згідно з рішенням Конституційного Суду України від 09.07.2002 р. (справа про досудове врегулювання спорів) витлумаче­но, що у випадках, встановлених договором, досудове врегулювання спору є обов'язковим для сторін. А рішенням Конституційного Суду України від 01.12.2004 р. (справа про охоронюваний законом інтерес) роз'яснюється зміст права на захист законного інтересу в судових органах.

Захист прав і законних інтересів господарюючих суб'єктів у спо­рах один з одним здійснюється господарськими судами України і арбітражами (третейськими судами).

Господарські суди займають центральне місце в системі судових органів щодо захисту прав суб'єктів господарювання.

Місцеві господарські суди розглядають всі справи як суди пер­шої інстанції. Апеляційні господарські суди здійснюють перегляд рішень, що не набрали законної сили. Вищий господарський суд є касаційною інстанцією і здійснює перегляд судових актів, що вступили в законну силу.

Верховний Суд України здійснює касаційний перегляд рішень за винятковими обставинами (повторна касація).

Стаття 12 Господарського процесуального кодексу України (ПІК України) встановлює перелік справ, що є підвідомчими господар­ським судам України. До них належать:

* 1. справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розі­рванні і виконанні господарських договорів у тому числі щодо при­ватизації майна, та з інших підстав, крім: спорів, щодо приватизації житлового фонду, спорів, які виникають з публічно-правових від­носин і віднесені до компетенції Конституційного Суду України і адміністративних судів та інших спорів, вирішення яких законами України, міжнародними договорами віднесено до ведення інших органів (третейських судів тощо);
  2. справи про банкрутство;
  3. справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати *з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції;*
  4. справи, які виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учас­никами (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів.

Положення щодо корпоративних спорів були доповнені ГПК Законом України від 15.12.2006 р. Таким чином, незалежно від суб'єктного складу відносин (фізичні або юридичні особи) до відання господарських судів України віднесений розгляд корпоративних спорів. Це стало реакцією держави на необхідність централізувати розгляд цих спорів, оскільки ситуація, яка існувала до того часу, призводила до зловживань, пов'язаних з неправомірними погли­наннями (рейдерством) в корпоративному секторі економіки.

У зв'язку із набуттям чинності з 01.09.2006 р. Кодексу адмі­ністративного судочинства значна частина спорів господарського характеру — між суб'єктами господарювання і публічними органа­ми — віднесена до компетенції адміністративних судів України. Водночас, практика застосування цих новел показала недоско­налість реформи. Саме тому сьогодні в проектах Господарського процесуального кодексу (Кодексу господарського судочинства) пропонується істотно розширити компетенцію господарських судів, віднести до їх розгляду господарсько-публічні спори.

Розгляд справ господарськими судами на підставі ГПК України має певні особливості в порівнянні з розглядом цивільних і ад­міністративних справ відповідно в загальних і адміністративних судах загальної юрисдикції. Основна мета таких особливостей — прискорити постановлений судових рішень у господарських спорах, що зумовлене динамікою економічних відносин.

По-перше, ці особливості пов'язані з тим, що право на звернення до господарського суду мають на загальних підставах юридичні особи (зокрема іноземні) і громадяни — підприємці, і у випадках, передбачених законодавчими актами України, — державні та інші органи (наприклад, АМКУ і Рахункова палата); а громадяни, що не є суб'єктами підприємництва, — лише як виняток (наприклад, у справах про банкрутство, у корпоративних спорах).

По-друге, процедура розгляду справ у господарських судах Укра­їни має певні особливості в порівнянні з цивільно-процесуальним і адміністративним судочинством, зокрема:

а) строки розгляду справи в господарських судах — 2 місяці. Продовження строку можливе за ухвалою голови місцевого госпо­дарського суду на 1 місяць (у цивільно-процесуальному і адміні­стративному судочинстві процедура продовження строку розгляду справи не визначена, що призводить до затягування слухань);

б) основними засобами доведення в господарському процесі є письмові і речові докази. Окрім цього, в процесі немає свідків, проте діє інститут пояснень посадових осіб підприємств, установ, організацій, що беруть участь у справі;

в) рішення місцевого господарського суду набирає законної сили за 10 днів після його постановлення, протягом яких суб'єктам надається можливість апеляційного оскарження (у цивільно-

процесуальному і адміністративному судочинстві аналогічний термін — 10 днів на подачу заяви про апеляційне оскарження і 20 днів на подачу апеляційної скарги);

г) для примусового виконання рішення суду стягувачу видається наказ, що пред'являється згодом у Державну виконавчу службу (у цивільно-процесуальному і адміністративному судочинстві, як правило, видається виконавчий лист);

д) протягом 1 місяця після набрання рішенням сили зацікав­лена особа має право оскаржити його в касаційному порядку до Вищого господарського суду України, а за наявності певних виняткових обставин (повторна касація) — до Верховного Суду України (у цивільно-процесуальному провадженні аналогічна процедура передбачає строк у 2 місяці);

е) касаційне оскарження рішення суду першої інстанції не за­лежить від проходження процедури його апеляційного оскарження (у цивільно-процесуальному і адміністративному судочинстві в порядку касації можуть бути оскаржені тільки рішення, які пере­глядалися в апеляційному порядку).

ж) ініціація процедури досудового врегулювання спору з боку кредитора робить цю процедуру обов'язковою для боржника. За порушення встановлених термінів (1 місяць) для розгляду претензії або залишення її без відповіді (ч. 6 ст. 222 ГК України) на сторону можуть бути покладене державне мито незалежно від результатів розгляду справи (ст. 49 ПІК).

Третейський суд (арбітраж) — це недержавний незалеж­ний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, вста­новленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин (ст. 2 Закону України ♦Про третейські суди» від 11.05.2004 р.).

Суть третейського розгляду спорів полягає, передусім, у тому, що справи вирішуються не державним органом, а суспільним по­середником (третьою особою), що обирається самими сторонами.

Третейські суди в загальноприйнятому сенсі поділяються на два різновиди: а) третейські суди для вирішення конкретного спору (суди «аd hoc») і б) постійно діючі третейські суди, що створюються дер­жавою або іншими органами, діють на підставі нормативних актів і не розформовуються після розгляду конкретних справ. Прикладом постійно діючих третейських судів служить Міжнародний комерцій­ний арбітражний суд і Морська арбітражна комісія при Торговельно- промисловій палаті України, які діють на підставі Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.94 р.

У країнах Європи третейська форма вирішення господарських спорів вельми поширена, позаяк перевагами третейського процесу є:

а) можливість сторін обирати процедуру розгляду спору;

б) право вибору третейських суддів, що знижує вірогідність прий­няття незаконних рішень і незгоди з таким рішенням;

в) право вибору місця і мови розгляду спору;

г) спір у третейському суді (арбітражі) розглядається оперативно, оскільки рішення третейського суду є остаточним і оскарженню не підлягає, окрім виняткових випадків порушення процедури і по­рядку третейського розгляду (справа не підвідомча третейському суду; рішення третейського суду ухвалене зі спору, не передбаченого третейською угодою або за межами третейської угоди; третейська угода визнана недійсною компетентним судом; склад третейського суду не відповідав вимогам закону).

Господарський спір може бути переданий на розгляд третейсько­му суду за наявності між сторонами третейської угоди і до прий­няття будь-яким компетентним судом (загальним, господарським) рішення зі спору між тими ж сторонами, за тим саме предметом і за тими ж підставами.

Не можуть бути передані до третейського суду господарські спори, які за своєю суттю можуть бути розглянуті тільки юрисдикційними органами держави або розгляд яких третейськими судами може призвести до зловживань і тіньових операцій, а саме:

1. про визнання недійсними нормативно-правових актів;
2. виникаючі при укладанні, зміні, розірванні і виконанні госпо­дарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб;
3. пов'язані з державною таємницею;
4. справи про банкрутство;
5. якщо однією із сторін є орган державної влади, орган місце­вого самоврядування, державна установа або організація, казенне підприємство;
6. якщо такі спори відповідно до закону підлягають вирішенню виключно судами загальної юрисдикції або Конституційним Судом України.

## § 5. Організація правової роботи щодо запобігання та усунення рейдерських захоплень підприємств

У сучасній практиці господарських стосунків поширення набу­ло небезпечне явище, яке називають рейдерством, або недружнім поглинанням, пов'язане із встановленням контролю над суб'єктом господарювання — юридичною особою, або майном у сфері госпо­дарювання через конфлікт.

За відсутності законодавчого закріплення визначення поняття рейдерства, під рейдерством слід розуміти дії, що характеризуються наступними специфічними ознаками:

* майнові права або контроль над суб'єктом господарювання переходять від однієї особи до іншої (рейдеру);
* такий перехід відбувається без згоди особи, якій належать права або яка володіє контролем;
* такий перехід відбувається в ході спланованого рейдером конфлікту відповідно до розробленого ним сценарію, що має правове обґрунтування, — дійсне або уявне і реалізується з дотриманням (або з імітацією дотримання) встановлених за­коном процедур.

Саме одночасна наявність всіх цих ознак відрізняє рейдерство від звичайного захоплення майна (коли загарбник не обґрунтовує законність своїх дій), від звичайного господарського спору (який виникає через об'єктивні обставини, а не планується повністю од­нією із сторін) і від добровільного переходу прав, або корпоративного контролю (коли присутнє волевиявлення обох сторін на перехід прав або контролю і відсутній конфлікт).

Прикладом рейдерства може бути скупка акцій у міноритарних (дрібних) акціонерів АТ без узгодження з мажоритарними (вели­кими) акціонерами і призначеними ними органами управління товариства із тим, щоб провести надалі загальні збори АТ і переоб­рати органи управління, усунувши, таким чином, мажоритарних акціонерів від управління товариством без їх згоди. Якщо шляхом скупки акцій у міноритарних акціонерів рейдеру вдасться утворити пакет, необхідний для законного скликання, проведення загальних зборів і ухвалення рішень про зміну керівництва товариства без згоди мажоритарних акціонерів, матиме місце «біле» рейдерство. Проте, оскільки на більшості вітчизняних АТ мажоритарні акці­онери вже сформували контрольні пакети акцій, змінити органи управління законним шляхом без згоди мажоритарних акціоне­рів, як правило, неможливо. У такому разі рейдерство може бути пов'язане з силовим впливом і порушеннями закону (т.з. «чорне рейдерство»). Особливістю такого рейдерства є те, що незаконним по суті діям надається юридична форма, а корпоративні права за­кріплюються за рейдером за відсутності належних правових підстав. При цьому рейдери використовують пробіли і вади законодавства, вишукують недоліки правовстановлюючих документів, інші «слабкі місця» підприємства-жертви, інколи використовують державний примус на основі підроблених рішень судів, розпоряджень різних контролюючих органів, витрачаючи великі кошти на юридичний супровід своїх операцій.

Враховуючи поширеність подібних дій, суб'єктам господарюван­ня, що мають ліквідні активи (наприклад — коштовну нерухомість, прибуткові виробництва, інтелектуальну власність), слід завчасно шляхом належної організації правової роботи та інших управлін­ських заходів сформувати систему захисту від рейдерства.

Система захисту від рейдерства являє собою низку спланованих і взаємодоповнюючих правових, інформаційних, силових і орга­нізаційних заходів, спрямованих на збереження контролю над суб'єктом господарювання і його майном за органами управління, призначеними акціонерами (власниками, учасниками).

Нижче розглядаються основні елементи системи захисту суб'єкта господарювання від рейдерства, до яких залучається його юридична служба.

1. Завчасна підготовка в період нормальної роботи суб'єкта господарювання повинна бути спрямована на усунення умов, які можуть призвести до рейдерських захоплень. Така підготовка може ґрунтуватися на спеціальному локальному акті суб'єкта господа­рювання, формалізованому у рішенні органу управління суб'єкта господарювання. Зазначений документ має бути конфіденційним, щоб його зміст був відомий тільки керівництву суб'єкта господарю­вання і керівникові його юридичної служби. Відповідний акт повинен містити;

* опис можливих загроз суб'єктові господарювання з боку рейдерів (як правило, спрямованих на заволодіння цінними активами);
* рішення щодо порядку узгоджених дій посадових осіб суб'єкта господарювання у разі рейдерства;
* опис заходів, які слід здійснити ще за відсутності рейдерської загрози з метою належної підготовки до неї (від встановлення сигналізації і нічного освітлення до внесення змін до установ­чих документів).

До акта можуть додаватися проекти типових документів (вну­трішніх — наказів, рішень посадових осіб і органів суб'єкта гос­подарювання і зовнішніх — наприклад листів і договорів), що під­писуватимуться з мінімальним редагуванням за умов нестачі часу.

Юридична служба за відсутності загрози рейдерства бере участь у розробці, удосконаленні, впровадженні захисних заходів, будує конструктивні відносини з правоохоронними, контролюючими органами, державною виконавчою службою, спостерігає, чи немає ознак збору інформації про підприємство, підозрілих придбань ак­цій, або заборгованостей підприємства, контактує з реєстратором

(депозитарієм) цінних паперів, бухгалтерією підприємства, іншими Його підрозділами.

Дуже важливе значення має також профілактична робота з пла­номірного і максимально повного усунення «слабких місць» — пере­думов для рейдерства щодо суб'єкта господарювання, включаючи, в т.ч.: мінімізацію його заборгованостей; формування корпоративної культури у відносинах між акціонерами (учасниками), а також з трудовим колективом; перегляд установчих і внутрішніх докумен­тів підприємства на предмет усунення вад, які можуть полегшити рейдерам захоплення, формалізацію внутрішніх процедур — в т.ч. скликання загальних зборів та ін.

Юридичній службі слід відпрацювати і закріпити в установчому документі, внутрішніх документах підприємства способи заміни його ключових посадових осіб в разі їх раптового вибуття (наприклад — механізм призначення наглядовою радою виконуючого обов'язки голови правління за його несподіваної відсутності).

Керівництво підприємства повинне завчасно передбачити мож­ливість посилення юридичної служби шляхом укладення договору про надання юридичних послуг з юридичними фірмами на випадок рейдерского конфлікту.

2. Робота в період загрози рейдерства і відкритого господар­ського конфлікту з рейдером. Перший виявлений підприємством рейдерский позов, скарга, перевірка або негативна публікація, а також дані про систематичний збір інформації про підприємство, скупку його акцій або боргів повинні відповідним чином активізу­вати роботу юридичної служби підприємства.

У розрізі відповідних заходів юридична служба:

* реагує на всі позови, оскаржує всі ухвали і рішення, прийняті на користь рейдера;
* оскаржує в адміністративні суди і правоохоронні органи дії органів і посадових осіб, що сприяють рейдеру;
* організовує перерозподіл активів підприємства між пов'я­заними з підприємством особами;
* організовує «евакуацію» найбільш цінного майна, у тому числі нерухомого — майно передається у заставу пов'язаним юридичним особам;
* підтримує в актуальному стані обтяження (арешти, заборони, застави) на активи з тим, щоб зробити неможливим відчужен­ня таких активів за рішеннями органів управління, обраних на скликаних і проведених рейдером загальних зборах акціонерів (далі — «альтернативні» органні «альтернативні» збори);
* бере участь в «альтернативних» зборах як представник акці­онерів, збирає докази відсутності кворуму, порушень під час їх проведення, оскаржує до суду їхнє рішення;
* оскаржує дії державного виконавця при спробах рейдерів встановити контроль над майном підприємства за процедурою примусового виконання;
* подає в правоохоронні органи заяви про порушення кримі­нальних справ відносно рейдерів, за наявності в їхніх діях складу злочину;
* оскаржує договори купівлі-продажу майна підприємства, укладені «альтернативними» органами і повертає у власність підприємства продане ними майно;
* забезпечує юридичний супровід повернення органів управлін­ня на підприємство через відновлення на роботі керівника і визнання недійсними рішень «альтернативних» зборів.

Оскільки підприємство здійснює захист, стратегічна ініціатива в такому конфлікті належить рейдеру. Водночас, захист підпри­ємства повинен передбачати як симетричні відповіді на дії рейде­ра, направлені на блокування його спроб встановити контроль над майном підприємства, так і асиметричні контрзаходи, зокрема — дії на випередження (наприклад — передача активів підприємства у заставу пов'язаним особам).

Враховуючи те, що вплив рейдера на підприємство має, зазвичай, комплексний характер, юридична служба підприємства не повинна залишатися з рейдером сам-на-сам. Обов'язковою є тісна взаємодія такої служби з прес-службою підприємства, фірмами, що надають підприємству послуги з охорони майна, громадським формуванням з охорони громадського порядку за місцем роботи (у разі його ство­рення на підприємстві).

Слід також мати на увазі те, що, ухвалюючи рішення про рейдер- ське захоплення, рейдери звертають увагу на два чинники: ліквід­ність активів підприємства і його здібність до належної організації захисту від захоплення, у тому числі — правової роботи. Тому ви­явлення рейдером наявності на підприємстві такої системи захисту і усунення умов, що створюють передумови для захоплення, значно знижують вірогідність неправомірних дій щодо підприємства.

Контрольні запитання:

* 1. Дайте визначення правової роботи у сфері господарювання.
  2. В чому полягає зміст і види правової роботи суб'єкта госпо­дарювання?
  3. Назвіть основні елементи охорони прав суб'єктів господа­рювання при проведенні перевірок їхньої діяльності державними органами.

4 - В чому полягає особливість судового і третейського захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання?

5, Назвіть складові правової роботи щодо запобігання та усунення рейдерських захоплень підприємств.

1. [↑](#footnote-ref-1)