

**Кафедра господарського права та господарського процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

**Центр європейських студій Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

**Центр досліджень права Східної Європи і Центральної Азії
Факультету права та адміністрації Варшавського університету**

**ПЕРШІ НАУКОВІ ЧИТАННЯ
ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА
ПРОНСЬКОЇ ГРАЦЕЛЛИ ВАСИЛІВНИ**

Міжнародна науково-практична конференція

1 жовтня 2021 р., м. Київ

Київ
2021

Перші наукові читання пам'яті професора Пронської Грацієлли Василівни. / Збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції / За заг. ред.: В.В. Поєдинок, С.Я. Вавженчука. / Київ: Талком, 2021. – 270 с.

ISBN

У збірнику опубліковано матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Перші наукові читання пам'яті професора Пронської Грацієлли Василівни) (м. Київ, 1 жовтня 2021 р.). Розглядаються актуальні питання правового регулювання господарських (економічних) відносин в Україні, новели господарського процесу, визначаються перспективні напрями розвитку господарського (економічного) та господарського процесуального законодавства та відповідної доктрини в умовах стратегічного курсу України на європейську інтеграцію.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, юристів-практиків.

УДК

Публікацію профінансовано за програмою «Діалог» Міністерства науки та вищої освіти Республіка Польща в 2019-2022 роках



ЗМІСТ

АНДРЕЄВА Олена

Принцип обов'язковості судового рішення у господарському процесуальному праві: проблеми теорії і практики 8

АПАНАСЕНКО Катерина

До питання про превентивний судовий захист прав та інтересів 11

БАКАЛІНСЬКА Ольга

Добросовісна конкуренція як передумова розвитку економіки 16

БЕЗУХ Олександр

Удосконалення розуміння господарських відносин в умовах ринкової економіки 22

БЕЛЯНЕВИЧ Олена

Земля як об'єкт права власності українського народу 28

БОБКОВА Антоніна

Правові засади права на підприємницьку діяльність 35

БУТИРСЬКА Ірина

Процесуальний естопель у господарському судочинстві 40

БУТИРСЬКИЙ Андрій

Шляхи спрощення процедури вирішення спорів господарським судом 43

ВАВЖЕНЧУК Сергій

Окремі проблеми недопустимості симпліфікації розуміння консенсуальних та реальних договорів 46

ГАРАГОНИЧ Олександр

Правова реформа чи скасування господарського кодексу заради скасування 49

ГОНЧАРЕНКО Олена

Відокремлені підрозділи підприємства: проблеми законодавчого регулювання 55

ДЕРЕВ'ЯНКО Богдан

Девелоперська діяльність як новий потенційний та реальний вид господарської діяльності 61

ДЖУМАГЕЛЬДІЄВА Гульнара	
Компетенція регулятора ринку електроенергії.....	66
ДЗЮБА Сергій	
Питання удосконалення правового регулювання діяльності комунальних підприємств.....	73
ДОБРОВОЛЬСЬКА Володимира	
Щодо поняття та ознак внутрішньогосподарських відносин контролю	76
ДОРОШЕНКО Ліна	
Пріоритетність норм цивільного кодексу України над нормами спеціального законодавства: принцип <i>lex specialis derogat generalis</i> не такий вже і "принциповий"?	79
ЗАДИХАЙЛО Дмитро	
Законодавча безвідповідальність та запрограмовані нею наслідки в системі правового забезпечення сфери господарювання	84
ІЛЛАРІОНОВ Олександр	
Здобутки господарсько-правової науки як засіб протидії викривленню дискусії і юридичної дійсності (нарис до творчого спадку проф. Г.В. Пронської)	89
КАБЕНОК Юлія	
Окремі питання участі у судовому засіданні у режимі відеоконференції у господарському процесі.....	94
КЛЕПШКОВА Ольга	
Господарська, економічна та транспортна системи: основні підходи до визначення зв'язку між категоріями.....	97
КОВАЛЕНКО Ірина	
Стейкхолдери в економічному праві.....	101
КОВАЛЬ Ірина	
Теоретико-методологічні засади удосконалення положень господарського кодексу України щодо захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання	107
КОЛОГОЙДА Олександра	
Інститут групового позову в господарському процесі.....	117

КОРШУН Ангеліна	
Термін «комплаєнс» в контексті проблеми термінологічного запозичення в українській мові.....	125
КОЧАРЯН Софія	
Законні очікування суб'єкта права власності в доктрині господарського права України	128
КРАВЕЦЬ Ірина	
Поняття продавців (постачальників) як суб'єктів господарсько-торговельних відносин.....	131
ЛИШЕНЮК Валентина	
Особливості судової форми захисту при вирішенні консалтингових спорів	135
ЛУКОМСЬКА Олеся	
Відшкодування збитків, завданих товариству з обмеженою відповідальністю його посадовою особою: окремі аспекти	138
НАГНИБІДА Володимир	
Реалізація положень Закону України «Про віртуальні активи» у практиці комерційних відносин.....	142
НІКОЛЕНКО Людмила	
Роль держави в регулюванні господарської діяльності в кризових умовах	148
ОЛЮХА Віталій	
Господарсько-правові засоби стимулювання використання біомаси у енергетиці.....	153
ОСТАПЕНКО Юлія	
Щодо доцільності прийняття інноваційного кодексу України	157
ПАВЛЮЧЕНКО Юлія	
Щодо правової характеристики кластерів.....	159
ПАЦУРІЯ Ніно, ЗАЯРНИЙ Олег	
Кіберстрахування як засіб забезпечення господарського правопорядку в інформаційній сфері.....	163
ПОВАР Павло	
Актуальні проблеми припинення фізичної особи-підприємця	170

ПОГОРІЛЕНКО Артур	
Перспективи використання цифрових грошей для виконання господарських зобов'язань	174
ПОЄДИНОК Валерія	
Зелений тариф: історія легітимних очікувань без хепі-енду?	177
ПОЛЮХОВИЧ Валерій	
Нові законодавчі ініціативи по вдосконаленню законодавства про захист економічної конкуренції	183
ПОПОВА Анастасія	
Окремі теоретичні аспекти господарських правовідносин на ринках небанківських фінансових послуг	192
ПОХИЛЕНКО Ірина	
Правове регулювання малого підприємництва крізь призму десятиліть ...	195
ПРОКОПЮК Анастасія	
Види корпоративної відповідальності в акціонерних правовідносинах	198
РУДКОВСЬКИЙ Андрій	
Електронний суд: перспективи та переваги	202
РАДЗИВІЛЮК Валерія	
Щодо унормування процедури банкрутства окремих категорій боржників	206
РЄЗНІКОВА Вікторія	
Стандарт доказування «вірогідність доказів» у господарському процесі..	212
СИНЯВСЬКА Надія	
Поняття «ринкової поведінки» та нагляд за нею в українському та іноземному законодавстві	225
СЛИВІНСЬКА Анна	
Альтернативні способи оскарження рішень органів управління товариств	229
СПИРИДОНОВА Катерина	
Арбітрабельність спорів: поняття і види	233
СТУДЕНЕЦЬ Ірина	
Концесія у сфері охорони здоров'я: законодавчі ініціативи	238

ТРОФІМОВА Каріна	
Деструктивні аспекти ліцензування господарської діяльності в сфері газовидобування та шляхи їх подолання.....	241
УРКЕВИЧ Віталій	
Процесуальні питання функціонування об'єднаної палати касаційного господарського суду.....	244
УСТИМЕНКО Володимир, ДЖАБРАІЛОВ Руслан	
Принцип верховенства права як основа вдосконалення законодавства України.....	246
ХУДЕНКО Олександр	
Дотримання норм господарського процесуального права: необов'язковий обов'язок.....	253
ЧЕРНЕНКО Олена	
Особливості правового режиму майна дочірніх підприємств державних акціонерних компаній.....	254
ШВИДКА Тетяна	
Щодо питання реформування конкурентної політики в Україні.....	257
ЩЕРБИНА Валентин	
Корпоративні відносини в Україні: поняття, зміст, правова природа.....	261
ЯРОШ Ярослав	
Поняття примирювальних процедур у господарському судочинстві.....	267

*АНДРЕЄВА Олена,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри
господарського права та господарського процесу
Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка*

ПРИНЦИП ОBOB'ЯЗKOBOCТІ СУДОВОГО РІШЕННЯ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Право на звернення до суду, в установленому нормами конкретної процесуальної галузі права порядку, є безумовним, невід'ємним та таким, що гарантується як нормами національного законодавства, так і міжнародно-правовими актами.

Зокрема, ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод гарантує кожному право на справедливий суд. Дані положення Конвенції втілюються і у ст. 55 Конституції України, де мова йде про те, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Право на судовий захист включає не лише постановлення та оголошення судом рішення, але й своєчасне його виконання. Відповідно до ч.1 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) право на звернення до господарського суду в установленому цим кодексом порядку гарантується.

У ст. 129-1 Конституції України встановлено, що суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному судовому порядку. Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд. У ст. 18 ГПК України закріплено принцип обов'язковості судового рішення, що набрало законної сили, до виконання всіма органами влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними та юридичними особами та їх об'єднаннями на території України.

Європейський суду з прав людини, в рішенні у справі «Шмалько проти України» від 20 липня 2004 року (пункт 43), зазначає, що право на виконання судового рішення є складовою права на судовий захист, передбаченого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, для цілей якої виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, має розцінюватися як складова частина судового розгляду. Отже, право на судовий захист є конституційною гарантією прав і свобод людини і громадянина, а обов'язкове виконання судових рішень - складовою права на справедливий судовий захист.

При цьому, неможливість для заявника домогтися виконання судового рішення, винесеного на його чи її користь, становить втручання у право на мирне володіння майном, що викладене у першому реченні пункту першого

ст. 1 Протоколу №1 (п. 53 рішення ЄСПЛ у справі «Войтенко проти України» від 29.06.2004 року №18966/02).

У ч. 1 ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» чітко закріплено, що виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження. Саме тому наявність судового контролю за виконанням судового рішення є досить важливою гарантією відновлення порушеного або визнання невизнаного права позивача. Проте в сучасних реаліях отримання позивачем законного та об'єктивного рішення суду на свою користь ще не означає реального захисту порушеного права, а є тільки одним із перших кроків на цьому шляху. Широковідомим є факт того, що далеко не всі судові рішення, які ухвалюються господарськими судами, виконуються.

Незважаючи на ряд позитивних зрушень в цій сфері, зокрема встановлення судового контролю за виконанням судових рішень, запровадження та інтенсивний розвиток інституту приватних виконавців, існують і значні стримуючі фактори, які перешкоджають своєчасному та повному виконанню рішень суду. Серед них варто виділити суб'єктивні (що пов'язані із поведінкою учасників виконавчого провадження осіб) та об'єктивні (пов'язані із певними обставинами соціально-економічного та політичного характеру) фактори.

Зокрема, до суб'єктивних факторів варто віднести:

1. Умисне ухилення суб'єктів господарювання (та їх посадових осіб) від виконання рішень суду.

2. Зловживання суб'єктами господарювання своїми процесуальними правами, затягування виконання судових рішень тощо.

До основних об'єктивних факторів належать:

1. Надмірна завантаженість державних виконавців. За статистичними даними, на одного державного виконавця припадає близько сотні виконавчих проваджень.

2. Предметне обмеження справ, які виконуються за участі приватних виконавців.

3. Законодавчі прогалини, які перешкоджають належній реалізації прав та законних інтересів сторін виконавчого провадження.

Зокрема, в ст. 331 Господарського процесуального кодексу та ст. 33 Закону України «Про виконавче провадження» встановлено можливість сторони (боржника) звернутися до господарського суду із заявою про відстрочення або розстрочення виконання судового рішення, зміни способу та порядку його виконання. В даних статтях зазначено тільки загальні моменти, на які має звертати увагу суд, розглядаючи такі заяви. Відсутність чітко сформованих підстав для такого звернення породжує зловживання боржником своїми процесуальними правами та призводить до затягування фактичного виконання рішення суду.

4. Відсутність практики приватних/державних виконавців щодо звернень до правоохоронних органів, про притягнення до відповідальності

посадових/службових осіб суб'єктів господарювання, які ухиляються від виконання рішення суду (за ст. 382 Кримінального кодексу України).

5. Значне погіршення економічної ситуації на території України у зв'язку із застосуванням ряду заходів, пов'язаних протидії коронавірусній хворобі та зниження загальної платоспроможності суб'єктів господарювання.

6. Існування мораторіїв на виконання рішень судів (які пов'язані із стягненням майна певного виду або з певного боржника).

7. Відсутність ефективних законодавчих механізмів стимулювання добровільного виконання рішень суду.

Закон України «Про виконавче провадження» в редакції від 21 квітня 1999 р. встановлював для боржника термін до 7 днів з моменту винесення постанови про відкриття виконавчого провадження для добровільного виконання судового рішення (абз. 2 ч. 2 ст. 25 ЗУ «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р.). І тільки після закінчення цього строку, виконавець міг розпочинати процедуру примусового виконання рішення суду та стягувати з боржника (в т.ч.) суму виконавчого збору.

У 2016 р. було прийнято Закон України «Про виконавче провадження». В даному нормативному акті відсутніми є положення про добровільність виконання судового рішення як додаткової гарантії для боржника. Так, боржник може не сплачувати виконавчий збір, якщо він встиг виконати судові рішення до моменту відкриття виконавчого провадження.

Заслуговує на увагу трактування поняття «добровільності» виконання судового рішення в Ухвалі Верховного Суду від 16.05.2018 р. по справі за № 30/505/9937/2012 (далі – Ухвала). А саме в Ухвалі мова йде про те, що якщо рішення суду виконано до винесення постанови про відкриття виконавчого провадження, то воно є таким, що виконано добровільно.

Відповідно до ч. 5 ст. 26 Закону України «Про виконавче провадження» виконавець не пізніше наступного робочого дня з дня надходження до нього виконавчого документа вносить постанову про відкриття виконавчого провадження. Фактично час на добровільне виконання рішення суду боржникові не надається. Боржник буде змушений в будь-якому випадку сплачувати виконавчий збір.

Досвід зарубіжних країн (зокрема, Білорусі) дає підстави нам стверджувати про доречність все ж таки надати боржникові строк для добровільного виконання рішення суду (хоча б семиденний, як це було встановлено у попередній редакції Закону України «Про виконавче провадження»). Це б стимулювало боржника до добровільного виконання рішення суду та надавало йому можливість в цьому випадку не сплачувати виконавчий збір. Ще є практика постановки розміру сплати виконавчого збору у залежність від строку виконання судового рішення (на прикладі законодавства Молдови: чим швидше виконано рішення суду у добровільному порядку, тим менше боржник сплатить виконавчого збору).

Таким чином, принцип обов'язковості судового рішення є одним із найважливіших міжгалузевих принципів процесуальних галузей права. З метою захисту прав учасників виконавчого провадження та ефективнішого виконання судових рішень механізм реалізації даного принципу варто було б вдосконалити (в т.ч.) керуючись досвідом зарубіжних країн.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини і громадянина. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
2. Конституція України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
3. Рішення ЄСПЛ у справі «Шмалько проти України» від 20 липня 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_226#Text.
4. Рішення ЄСПЛ у справі «Войтенко проти України» від 29.06.2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_223#Text.
5. Господарський процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.
6. Закон України «Про виконавче провадження», 1999 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/606-14#Text>.
7. Закон України «Про виконавче провадження», 2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>.
8. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20#Text>.
9. Кримінальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

***АПАНАСЕНКО Катерина,**
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри публічного та приватного права
Національного університету «Чернігівська
політехніка»*

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕВЕНТИВНИЙ СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

На сьогоднішній день проблематика превентивного захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, учасників цивільного обігу в суді не є достатньо повно розробленою у вітчизняній науковій літературі. Найчастіше аналізується превентивний захист права власності [1; 2; 3].

Превентивний захист називають захистом прав «на майбутнє» [2, с. 93]. Метою попереджувального позову визначають організацію обгрунтованого впливу на ситуацію, яка, у разі свого природного розвитку, призводить до шкідливих проявів і наслідків, втрати або применшення блага, що охороняється законом [4]. Вчені не розглядають превентивний захист як спосіб захисту прав [5; 6, с. 138], однак висловлюється і протилежна думка, зокрема, щодо захисту на підставі норми ч. 2 ст. 386 ЦК України [2, с. 95-97]. Верховний Суд України визнавав, що частина 2 статті 386 Цивільного кодексу України закріплює окремий превентивний (попереджувальний) спосіб захисту права власності [7].

Беляневич О.А. трактує превентивний захист прав як специфічний вид судової діяльності [5]. При цьому вона вбачає два основні шляхи превентивного захисту прав: пред'явлення відповідного позову у передбачених законом випадках; застосування до потенційного правопорушника специфічних заходів державного впливу (наприклад, запобіжних заходів за редакцією Господарського процесуального кодексу України 2011 року). За позицією дослідників [2; 5; 6], превентивний захист/позови передбачаються нормами статей 282, 386 ЦК України, статті 104 Земельного кодексу України, статті 50 Закону України «Про авторське право та суміжні права», а також законодавчими нормами про присудження судом аліментів та шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого.

У цій короткій розвідці спробуємо дещо розширити наші знання/уявлення про мету та правові підстави превентивного захисту. Відповідне дослідження є вартим проведення в контексті сучасних тенденцій пошуку нових форм, способів, шляхів захисту прав та попередження правопорушень у сфері господарювання, у тому числі задля збереження довкілля, культурного ландшафту від негативного впливу господарської діяльності.

Порушене нами питання прямо пов'язано із трактуванням поняття судового захисту прав, його правовою підставою. Традиційно вчені цивілісти визначають охорону прав як сукупність (систему) правових засобів, що мають на меті запобігання порушенням прав і інтересів, а захист прав – як систему засобів/правозастосовчу діяльність, що може(уть) застосовуватися в разі порушення прав та інтересів (наприклад: 8; 9; 10; 11). Це знайшло своє відображення в статті 15 ЦК України при нормативному визначенні правових підстав захисту цивільних прав та інтересів. Право на захист розглядається як елемент цивільних прав особи (наприклад, права власності [12, с. 5]), або як самостійне суб'єктивне право, або аналізується в контексті звернення за захистом права конкретною особою, права якої порушені¹.

¹ Відповідний огляд наукових позицій зроблено, зокрема, у праці: Штанько А. Підходи до визначення поняття захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. Ч. 2. С. 142–159.

В останні десятиліття дослідники все частіше пов'язують (або визнають підставами) захисту прав не тільки власне їх порушення, невизнання або оспорення, а й загрозу порушення прав. Зокрема, такою є позиція Пашкова В.М. [13, с. 282], Притики Ю.Д. [14, с. 13], Петруні В.В. [15, с. 7], Ліснічої Т.В. [16]. Господарське процесуальне законодавство (ч. 2 ст. 4) допускає можливість судового захисту прав та законних інтересів як у випадку їх порушення, так і в разі загрози такого порушення. Одним зі способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів Господарський кодекс України (ч. 2 ст. 20) визначає припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення.

З урахуванням наукових висновків Т.В. Сахнової щодо умов судового захисту прав [17], ознакою превентивних позовів Короєд С.О. і Прут Ю.А. визнають існування реальної загрози порушення цивільних прав, унаслідок чого здатність суб'єктивного права до реалізації деформована і матеріальне правовідношення не може нормально розвиватися (або закінчитися) [2, с. 94].

Дослідники превентивних позовів (судового захисту) зазвичай наводять приклади таких позовів зі сфери цивільних, земельних або сімейних правовідносин, які характеризуються рівністю сторін і відсутністю владного компонента. Послугуючись обґрунтованими вченими ознаками превентивних позовів (включаючи їхню мету), можна стверджувати про допустимість превентивного захисту прав та інтересів у сфері організаційно-господарських правовідносин – наприклад, тих правовідносин, які складаються в процесі реалізації державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності.

При цьому слід звернути увагу на важливу обставину. У разі вжиття превентивних заходів у низці випадків суд фактично захищає не право особи як реалізовану ним можливість, а її інтерес як потенційну можливість, прагнення, зацікавленість. Короєд С.О. і Прут Ю.А. обґрунтували, що об'єктом судового захисту за позовом на підставі ч. 2 ст. 386 ЦК буде охоронюваний законом інтерес позивача-власника в розумінні рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 № 18-рп/2004 [2, с.97].

На нашу думку, у механізмі превентивного захисту об'єктом захисту дійсно може виступати не тільки право, а й законний інтерес. До прикладу, на момент подачі позову зацікавленим громадянином/ організацією про припинення шкідливої діяльності на сусідній земельній ділянці за статтею 104 ЗК України у відповідного позивача право ще не порушено, але його інтерес (як відповідне соціальне прагнення) у збереженні власного здоров'я, чистого довкілля вже порушується/ перебуває під загрозою порушення внаслідок протиправних дій сусіда. У низці випадків превентивний захист за допомогою судової діяльності отримує публічний інтерес. Так, мету попереджувального захисту публічного інтересу в дотриманні містобудівного законодавства переслідують позови органів ДАБК у процесі реалізації їхніх організаційно-господарських повноважень.

Зокрема, за ч. 1 ст. 41 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» орган державного архітектурно-будівельного контролю звертається до суду із позовом про припинення права на виконання підготовчих або будівельних робіт у разі систематичного перешкоджання проведенню перевірки посадовим особам органу державного архітектурно-будівельного контролю, невиконання вимог приписів посадових осіб органів державного архітектурно-будівельного контролю щодо усунення порушень законодавства у сфері містобудівної діяльності, встановлених під час перевірки. Про превентивний характер захисту публічних інтересів в описаних випадках свідчить принаймні та обставина, що відповідний позов може заявлятися у разі систематичного перешкоджання проведенню перевірки уповноваженим органом влади, коли факт порушення будівельних норм і правил, містобудівної документації лише допускається з огляду на визначені законодавством підстави (ознаки) (недостовірна/ неоднозначна за характером інформація у повідомленні про початок виконання будівельних робіт, звернення громадян з приводу порушення містобудівного законодавства тощо). Щодо інших правових підстав відповідного позову (захисту), то вони також не свідчать про доконаний факт порушення публічних чи індивідуальних прав або інтересів, скоріше мова йде про попередження відповідного порушення.

За ч. 5 ст. 4 Закону «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» виробництво (виготовлення) або реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг суб'єктами господарювання можуть бути зупинені лише судом. У світлі цих законодавчих положень дозвільні органи вправі не самостійно зупинити дію дозвільних документів, а звертатися до суду з такими позовами (хоча спеціальні законодавчі норми вказують на інше). Відповідні підстави зупинення, закріплені, наприклад, у ст. 52 Закону України «Про ветеринарну медицину», п. 21 Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами, затвердженого постановою КМУ від 30.05.2011 р. № 615, і пов'язані з порушенням суб'єктом господарювання його обов'язків у дозвільних організаційно-господарських зобов'язаннях, потенційною загрозою порушення публічних інтересів (наприклад, унаслідок невиконання умов висновків з оцінки впливу на довкілля).

Отже, за нашими попередніми висновками суд спроможний за законом здійснювати превентивний захист не тільки цивільних прав, а й публічних інтересів. Однак висловлені в роботі ідеї потребують подальшого наукового опрацювання.

Список використаних джерел:

1. Кот О. Превентивні способи захисту права власності у системі захисту прав. *Юридична Україна*. 2016. № 7-8. С. 38-45.
2. Короєд С.О., Прут Ю.А. Реалізація превентивного способу захисту права власності в цивільному судочинстві. *Судова апеляція*. 2017. № 1 (46).

С. 92-98.

3. Жилінкова І. Превентивний спосіб захисту права власності. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 3 (42). С. 130-135.

4. Мурадьян Э.М., Тихиня В.Г. Предупредительный иск в гражданском процессе. *Правоведение*. 1987. № 4. С. 75-79.

5. Беляневич Е.А. О превентивной защите гражданских прав // *Юрист*. 2011. № 8. URL: <https://journal.zakon.kz/4458624-o-preventivnojj-zashhitegrazhdanskikh.html>

6. Кот О. Превентивні способи захисту права власності: доктрина і судова практика. *Право власності: європейський досвід та українські реалії: збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції* (м. Київ, 22–23 жовтня 2015р.). Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 138.

7. Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ // https://protocol.ua/ru/analiz_deyakh_pitan_zastosuvannya_sudami_zakonodavstva_pro_pраво_vlasnosti_pri_rozglyadi_tsivilnih_sprav/

8. Горбась Д.В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03; НДІ приват. права і підприємництва Акад. правов. наук України. Київ, 2009. 20 с.

9. Боднар Т. Деякі аспекти захисту цивільних прав при зміні і припиненні договірних зобов'язань. *Право України*. 2014. № 2. С. 171–179.

10. Баранова Л.М. Механізм захисту суб'єктивних цивільних прав юрисдикційними органами. *Приватно-правові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб*: колективна монографія / В.Л. Яроцький, В.І. Борисова, І.В. Спасибо-Фатеєва, І.В. Жилінкова та ін.; за наук. ред. проф. В.Л. Яроцького. Х.: Юрайт, 2013. 272 с.

11. Підлубна Т.М. Право на захист цивільних прав та інтересів: моногр. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2010. 192 с.

12. Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2001. 21 с.

13. Господарське право. Підручник / Д. В. Задохайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. / За заг. ред. В.Д. Задохайла, В.М. Пашкова. Харків: Право, 2012. 657 с.

14. Притика Ю.Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2006. 33 с.

15. Петруня В.В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2019. 20 с.

16. Лісніча Т.В. Особливості господарсько-правового захисту прав суб'єктів господарювання. *Часопис з юридичних наук*. 2014. URL: <https://periodicals.karazin.ua/jls/issue/view/187>

*БАКАЛІНСЬКА Ольга,
доктор юридичних наук, провідний науковий
співробітник відділу правових проблем забезпечення
ринкової економіки НДІ приватного права і
підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
НАПрН України*

ДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ ЯК ПЕРЕДУМОВА РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ

Соціально-економічні перетворення в Україні передбачають формування нової економічної системи, ядром якої є конкурентний механізм, що в сукупності з державним регулюванням здатний забезпечити ефективність розподілу ресурсів, прискорення темпів розвитку економіки, стимулювання науково-технічного прогресу. В умовах ринкової трансформації економіки України питання захисту конкуренції, недопущення зловживання ринковою владою монополістичними структурами, формування умов для розвитку добросовісної конкуренції на ринку є особливо актуальним.

У країнах з ринковою системою господарювання прийнято вважати, що найбільш повне задоволення економічних вимог суспільства досягається шляхом організації товарного обороту на основі державної підтримки конкуренції, без якої неможливе ефективне функціонування ринку. Будучи одним із елементів ринку, конкуренція одночасно виступає і регулятором, що впливає на інші елементи ринку (попит, пропозицію, ціну) [1, с.34-36]. Конкуренція – це об'єктивна закономірність товарного виробництва, це та рушійна сила, яка примушує виробників підвищувати продуктивність праці, зменшувати виробничі витрати, підвищувати якість продукції (товарів, робіт, послуг), прискорювати впровадження новітніх досягнень науки та техніки, проводити організаційні, структурні зміни в економіці. З розвитком глобалізаційних та інтеграційних процесів в економіці питання забезпечення розвитку добросовісної конкуренції набуває визначального значення, оскільки лише застосування новітніх інноваційних технологій при розробці та виробництві продукції, високих вимог щодо якості товарів, робіт, послуг та європейських стандартів обслуговування можуть забезпечити належний рівень конкурентоспроможності української продукції як на загальнодержавному, так і міжнародному рівні. При цьому, реалізуючи власний економічний інтерес шляхом підвищення конкурентоспроможності власної продукції, товаровиробники сприяють модернізації всієї економічної системи держави, що має позитивний ефект для розвитку суспільства в цілому.

Таким чином, зміст конкуренції, як об'єкта правового регулювання, формується, з одного боку, на основі поєднання сукупності приватних економічних інтересів, що спонукають суб'єктів ринку до ділової активності, з іншого – на суспільній потребі у зіткненні цих інтересів, внаслідок якого

суспільство і кожний громадянин отримує переваги конкурентної боротьби у формі зниження вартості товарів та покращення умов обслуговування, а держава отримує доходи у формі податків і обов'язкових платежів. З огляду на це конкурентна політика має на меті задоволення і приватних, і публічних економічних інтересів, сприяючи оптимальному співвідношенню попиту та пропозиції, економічному прогресу, зростанню добробуту населення і, відповідно, благополуччю самої держави.

Для того щоб діяльність суб'єктів господарювання на ринку була ефективною, а економіка розвивалася, необхідно, щоб конкуренція (суперництво) була реальною; суперництво має бути звільненим від соціальних обмежень, що знижують ефективність «невидимої руки» ринку в розподілі ресурсів. Запорукою ефективності економіки є поліпшення якісних і кількісних параметрів середовища, в якому відбувається взаємодія суб'єктів господарювання та дотримання останніми певних умов господарської діяльності. Одним із засобів збалансування зазначених процесів є підтримка та захист добросовісної конкуренції, формування цивілізованих відносин між виробниками, споживачами та державою. Втручаючись у регулювання діяльності суб'єктів господарювання, держава має збалансувати об'єктивну вимогу до суб'єктів господарювання щодо дотримання ними певних правил поведінки та взаємодії, з одного боку, та забезпечення гарантії свобод ринкової економіки (свободу обрання виду підприємницької діяльності, свободу вкладення капіталу тощо) – з іншого [2, с.12]. Для ефективного функціонування ринкової системи повинні повноцінно працювати два найважливіших інститути – приватна власність і конкуренція. В міжнародно-правових документах право власності розглядається як невід'ємне природне право людини, про що зазначається в ст. 2 та 17 Всесвітньої декларації прав людини та ст. 2, 9, 11, 24, 25, 26 Міжнародного пакту про цивільні та політичні права. Конституційні гарантії реалізації права власності та права на участь у конкурентному змаганні визначаються ст. 41, 42 Конституції України. Держава не тільки гарантує непорушність права власності та права на підприємницьку діяльність, а й збалансовує ці гарантії конституційною заборонаю необґрунтованого позбавлення власності та заборони зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції.

Ефективність правового регулювання конкурентних відносин багато в чому залежить від правозастосовної практики. Для нашої країни, як не для будь-якої іншої, характерним є достатньо високий рівень розвитку нормотворчості, проте залишається недостатнім і неефективним правозастосування. З огляду на це забезпечення умов для розвитку добросовісної конкуренції має спиратися на дієву систему нормативно-правового регулювання правозастосовної діяльності антимонопольних та інших органів, що здійснюють державну політику в сфері конкуренції, а також судів.

Добросовісна конкуренція є засобом збалансування індивідуальних інтересів товаровиробників щодо отримання прибутків і державних інтересів з реалізації комерційних та соціальних проектів суб'єктами господарювання; інтересів товаровиробників і споживачів щодо найкращих умов придбання і реалізації товарів; держави – отримання прибутків від ефективного використання об'єктів державної власності, отримання прибутків від податків та зборів, реалізації соціальної функції перерозподілу надприбутків недобросовісних конкурентів на користь споживачів (зниження тарифів, надання пільг окремим категоріям споживачів), задоволення потреб споживачів, захист інтересів соціально-незахищених верств населення.

Разом з тим добросовісна конкуренція є втіленням певних морально–етичних та соціально–історичних уявлень про добро і зло в господарській діяльності, що визначає межі дозволеної поведінки, зокрема в конкуренції. Досліджуючи проблему правового регулювання добросовісної конкуренції, слід звернути увагу на те, що витoki поняття добросовісної конкуренції закладені ще в римському праві і є формою рецепції принципу *bona fides* в конкурентному праві. Багато дослідників конкурентного законодавства і права підкреслюють тісний зв'язок між принципом доброї совісті, який став основою побудови всієї системи цивільного та господарського обороту Німеччини, Франції, Італії та Швейцарії, і розвитком конкурентного законодавства в цих країнах. Визнання першорядного значення принципу добросовісності в діях учасників господарського обороту зумовило необхідність захисту їх прав та законних інтересів від проявів недобросовісної конкуренції. І незважаючи на те, що кожна з країн має свою унікальну систему захисту від недобросовісної конкуренції, в більшості з них недобросовісна конкуренція розглядається як форма зловживання правом, делікт або форма неправомірної поведінки на відміну від добросовісного конкурентного змагання, що захищається нормами міжнародних договорів, чинного конкурентного законодавства та звичаями ділового обороту.

Забезпечення законодавчих умов для вільного і безперешкодного здійснення добросовісного конкурентного змагання є одним з провідних напрямів реалізації правової політики держави. Недостатня увага до даної проблеми призводить до глибоких негативних наслідків, зокрема в господарському обороті, що, зрештою, впливає на весь процес соціально–економічного розвитку суспільства і держави. З огляду на це необхідно створити цілісну систему правового регулювання конкурентних відносин, що спирається на єдину теоретичну концепцію підтримки і захисту добросовісної конкуренції на ринку. Незважаючи на нагальну потребу, до сьогодні у вітчизняній правовій науці існує низка невирішених проблем, пов'язаних із розумінням особливостей правового регулювання конкурентних відносин. Різноманітність в поглядах вчених можна пояснити тим, що в науці господарського права основним напрямом аналізу умов формування і розвитку конкурентних відносин було не комплексне вивчення даного правового явища в цілому, а аналіз окремих форм і проявів

недобросовісної конкуренції; дослідження причин та наслідків недобросовісних конкурентних дій; зміщення акцентів на аналіз економічних, а не морально-етичних аспектів формування і розвитку добросовісної конкуренції. Більшість наукових досліджень спрямована на обґрунтування необхідності державного контролю і регулювання за структурою ринку, пошуку оптимальних форм і методів державного втручання в економічні відносини. Однак такий підхід не надає змоги повною мірою розкрити зміст даного явища. Феномен добросовісної конкуренції полягає в тому, що вона, з одного боку, є засобом збалансування приватних та публічних інтересів учасників конкурентного змагання, а з іншого – самостійним інтересом всіх учасників конкурентних відносин. Під впливом добросовісного конкурентного змагання відбувається формування не тільки стандартів добросовісної поведінки суб'єктів господарювання на ринку, а й моделі цивілізованої взаємодії між учасниками конкурентного змагання, споживачами і державою. Все це створює умови для формування власної культури конкуренції в державі, яка в багатьох випадках є більш дієвим засобом впливу на учасників конкурентних відносин, ніж будь-які заходи примусового характеру, санкціоновані державою, оскільки такий вплив здійснюється на основі поєднання морально-етичних та етно-соціальних світоглядних уявлень української нації. Лише поєднання економічних, правових та морально-етичних аспектів функціонування конкурентних відносин з відповідним державним регулюванням та саморегулюванням може забезпечити створення ефективної комплексної моделі регулювання добросовісних конкурентних відносин в Україні.

Разом з тим, потреба в державному регулюванні викликана необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції, захисту прав споживачів. Це, передусім, пов'язане з тим, що в історичній ретроспективі не виправдалися сподівання на ефективність та збалансованість ринкового саморегулювання. Роль держави в ринковій економіці полягає, по-перше, у вирішенні тих проблем, що непосильні і непідвласні конкурентному ринку; по-друге, у створенні умов для ефективної роботи ринкового механізму і забезпеченні його збереження [3, с.203]. З огляду на це для забезпечення ефективного функціонування конкурентного механізму в економіці ринкове саморегулювання має доповнюватися цілеспрямованим державним впливом.

Особливістю державного забезпечення розвитку добросовісної конкуренції в Україні є, передусім, формування умов для розвитку економічної конкуренції взагалі. Першочергового значення за таких умов набувають заходи зі сприяння, стимулювання і підтримки розвитку конкуренції. Поза сумнівом, роль конкурентної політики не зводиться до застосування конкурентного законодавства до суб'єктів господарювання, що зловживають ринковою владою. Конкуренція може бути послаблена в результаті заходів державної економічної політики, а ринкова влада окремих суб'єктів ринку посилена різними методами втручання держави в ринкові

відносини. Тому конкурентна політика зумовлює широку участь антимонопольних органів у виробленні економічної політики держави в цілому або, принаймні, тих її напрямів, які можуть безпосередньо вплинути на конкурентну структуру ринку, ділову практику, господарську діяльність підприємств. До стимулюючих слід віднести, перш за все, заходи, спрямовані на збільшення кількості конкурентоспроможних суб'єктів господарювання. При цьому йдеться як про збільшення кількості суб'єктів, що діють на одному ринку, так і про збільшення кількості суб'єктів господарювання, що діють на суміжних ринках, та незалежних посередницьких структур. Заходи, спрямовані на стимулювання конкуренції, містяться в законодавстві про іноземне інвестування, податковому законодавстві, законодавстві зі сприяння розвитку малого та середнього бізнесу.

Підтримці конкуренції сприяє також використання різних форм торгівлі, зокрема біржової; застосування конкурентних способів укладання договорів.

Важливим напрямом підтримки розвитку добросовісної конкуренції в Україні є також запровадження конкурентних механізмів у сфері державних закупівель та державної допомоги.

На сучасному етапі соціально-економічного розвитку одним з перспективних комплексних заходів державного забезпечення розвитку добросовісної конкуренції в Україні є *адвокатування конкуренції*. Проте, протягом останніх 3-5 років ці заходи не підтримуються державою, зокрема Антимонопольним комітетом України. Хоча лише тоді, коли усі учасники ринку розуміють ті вигоди, які несе з собою здорова та добросовісна конкуренція, можлива широка підтримка конкурентної політики усіма членами суспільства. Формування культури конкуренції сприяє створенню проконкурентної свідомості в суспільстві, внаслідок впливу якої учасники конкурентного змагання уникають порушень конкурентного законодавства. Водночас, якщо національні компанії працюють за правилами чесної конкуренції на внутрішньому ринку країни, це є запорукою їх конкурентоспроможності при виході на міжнародні ринки [4, с.12].

Розвиток підприємництва та розширення господарських зв'язків поступово формують культуру конкуренції, яка істотно впливає на діяльність як національних так і транснаціональних корпорацій. Одним з важливих джерел формування чесних звичаїв у господарській діяльності є саморегулювання господарської діяльності.

Формою саморегулювання в сфері конкуренції є правила професійної етики учасників конкурентних правовідносин. Відповідно до ст. 33 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та ст. 38 ГК України суб'єкти господарювання за сприяння Торгово-промислової палати України та інших зацікавлених організацій можуть розробляти правила професійної етики у конкуренції для відповідних сфер господарської діяльності, а також для певних галузей економіки. Такі правила мають погоджуватися Антимонопольним комітетом України. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 33

Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» правила професійної етики у конкуренції можуть використовуватись при укладанні договорів, розробці установчих та інших документів суб'єктів господарювання.

Правила професійної етики можуть містити вимоги щодо питань, серед яких слід виділити такі: кваліфікація; надання необхідної правдивої інформації; розумні ціни, які, зазвичай, встановлюються за цінами в регіоні за подібні товари чи послуги; конфіденційність інформації; збереження інтересів інших клієнтів. Мета створення правил професійної етики передбачає наявність добровільного їх виконання особами, на яких поширюється дія правил, з метою забезпечення виконання сторонами своїх обов'язків. Згідно з ч. 2 ст. 3 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» завданням торгово-промислової палати є сприяння розвитку торгових та інших чесних звичаїв у підприємницькій діяльності, участь у розробленні правил професійної етики у конкуренції для різних сфер підприємницької діяльності, галузей економіки, спілок та об'єднань підприємців.

Істотний вплив на формування правил професійної етики в усьому світі мають правила корпоративної соціальної відповідальності (CSR). 26 липня 2000 р. під егідою ООН було розглянуто і підписано Всесвітню угоду ООН з корпоративної соціальної відповідальності, відповідно до якої представники понад 1300 компаній зобов'язувалися вносити свій внесок в розвиток правил корпоративної соціальної відповідальності активною причетністю до глобальних соціальних інвестицій, взаємодією зі спільнотою, адаптацією до соціальних і екологічних умов, соціальної відповідальності капіталу. В сучасних умовах основними напрямками соціальної відповідальності (CSR) більшості корпорацій визнається: виробництво необхідного обсягу продукції або послуг, що відповідають прийнятним стандартам і вимогам якості; дотримання правил ведення бізнесу; забезпечення безпеки праці всіх працівників; створення нових робочих місць, підкріплення їх соціальними гарантіями; підтримка мотивації для підвищення кваліфікації персоналу; захист навколишнього середовища; сприяння збереженню культурної, історичної спадщини країни; допомога органам влади у розвитку економіки, розвиток соціальної сфери регіонів, де розміщуються філії компаній; фінансування соціальних програм. На нашу думку, принципи і правила корпоративної соціальної відповідальності є особливим видом соціального саморегулювання корпорацій в умовах глобалізації світової економіки. Положення цих правил і принципів можуть використовуватись суб'єктами господарювання при розробці правил професійної етики в окремих галузях економіки. Таким чином, правила корпоративної соціальної відповідальності є джерелами формування чесних звичаїв в господарській діяльності, а не самими звичаями.

Здійснене дослідження дозволяє зробити висновок, що добросовісна конкуренція є одним із важливих чинників розвитку національної економіки та передумовою її стабільності та ефективності.

Список використаних джерел:

1. Курс экономической теории. Учебное пособие / В. А. Амвросов, К. А. Аркелова, А. С. Богданов и др./ Под ред. М. Н. Чепурина, Е. А. Киселевой. Киров: Издательство «АСА», 1996.
2. Антимонопольна діяльність: Підручник / В. Д. Лагутін, Л. С. Головка, Ю. І. Крегул та ін. / За ред. проф. В. Д. Лагутіна. К.: КНТЕУ, 2005.
3. Экономика: учебник для юристов /Под ред. проф. Д. В. Валового. – М.: Изд-во «Шит-М», 1999.
4. Адвокатування конкуренції на сучасному етапі економічного розвитку: цілі та особливості. Звіт з науково-дослідної теми (08-11) / За кер. Г. М. Лозової – К.: ЦКД з питань антимонопольної політики, 2011.

***БЕЗУХ Олександр,**
доктор юридичних наук, провідний науковий
співробітник відділу правових проблем
підприємництва НДІ приватного права і
підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України*

УДОСКОНАЛЕННЯ РОЗУМІННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Загальновідомими є спроби скасування Господарського кодексу України та його заміну Законом України «Про основні засади господарської діяльності». Обґрунтуванням цього є тези, що прийняття Верховною Радою України Цивільного та Господарського кодексів України (далі ЦК та ГК) та набрання ними чинності 1 січня 2004 року призвело до виникнення численних правових колізій та розбалансування законодавства, ЦК і ГК пропонують різні підходи до врегулювання однакових відносин, внаслідок чого при вирішенні аналогічних спорів суди надають перевагу в одному випадку ЦК, в іншому – ГК. І це не єдина проблема, яка виникла із застосуванням двох Кодексів.

Причиною цього на думку автора є відсутність розуміння сутності ринкових відносин, які відбуваються на умовах конкуренції, що не передбачає надання пільг одним учасникам ринку за рахунок інших, та різне економічне, а відповідне і правове становище учасників сучасних економічних відносин, які виконують певну функцію у функціонуванні ринкової системи. В ринкових економіках предметом регулювання є

приватні економічні відносини, які забезпечуються встановленням балансу інтересів і відносин різних учасників ринку та соціальною справедливістю, пов'язаною з можливим використанням ринкової влади.

В господарському праві також немає ототожнення господарських відносин з ринковими, хоча апіорі в ринковій економіці господарські відносини повинні бути ринковими.

Демонстрацією нерозуміння ринкової економіки та закономірностей її правового регулювання була спроба прийняти Закону України «Про основні засади господарської діяльності», в пояснювальній записці до якого Кабінет Міністрів України вказував, що з метою усунення правових колізій між Цивільним і Господарським кодексами України необхідно скасування Господарського кодексу України.

Разом з тим необхідно звернути увагу, що і господарське законодавство на думку автора також іноді є не послідовним і не логічним. Так у науці господарського права існує парадигма, що загальним предметом господарського права є господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності і управління нею. Виходячи з цієї позиції є незрозумілим визначення господарських відносин в ст. 3 ГК. Чому майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності є господарсько-виробничими, а майнові відносини між суб'єктами господарювання та фізичними особами при безпосередньому здійсненні господарської діяльності, наприклад, продажі товарів, не визначаються як господарські. В першому та другому випадках суб'єкт господарювання здійснюють продаж товару, тобто господарську діяльність, але в першому випадку він вступає в господарські відносини, а в другому такі відносини не визначені як господарські.

Ще більш цікавим є звернення до ст. 175 ГК України, яка встановлює, що майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК з урахуванням особливостей, передбачених ГК. Так ГК все ж встановлює особливості регулювання цивільних відносин, чи все ж повинен регулювати господарські відносини, які мають іншу природу ніж цивільні?

Це знову ставить питання про предмет правового регулювання, тобто відносини що виникають, оскільки відносини можуть бути або господарськими, або цивільними.

Необхідно звернути увагу на ст. 2 ГК України, яка встановлює, що учасниками відносин у сфері господарювання окрім суб'єктів

господарювання є споживачі. В той ж час споживачі прямо не визначені як учасники господарських відносин. До цього слід додати, що споживачі поділяються на фізичних та юридичних осіб, а суб'єкти господарювання здійснюючи господарську діяльність вступають у відносини саме з фізичними особами, права яких також підлягають захисту згідно ст. 39 ГК.

Враховуючи вищезазначене, необхідно переглядати розуміння господарських відносин та визначення їх суб'єктів і ознак. Враховуючи домінуюче визначення поняття правовідносин в теорії права, як сукупності зав'язків між суб'єктами правових відносин стосовно їх прав і обов'язків необхідно проаналізувати відмінність таких зв'язків при здійсненні господарської діяльності та у цивільних відносинах.

Ключовим для розуміння необхідності різних підходів до правового регулювання відносин приватних фізичних та окремих приватних юридичних осіб та відносин за участю суб'єктів господарювання є розуміння та розмежування для застосування: 1) поняття особистих (індивідуальних) відносин, які застосовуються в цивільному приватному праві з часів Римського права, та 2) ринкових відносин, поняття яких у цивільному праві (так само як і в приватному праві часів Риму і сьогодні) не згадується, як системних відносин, коли всі суб'єкти діють в умовах ринку та його закономірностей.

Поняття цивільних відносин застосовується до конкретних осіб, які діють виключно між собою. Наприклад, продавець та покупець, замовник та виконавець. Поняття особистих (індивідуальних) відносин в цивільному праві, що притаманно фізичним особам, не може бути повною мірою застосовано до юридичних осіб, тим більше як суб'єктів ринку в умовах суспільного характеру виробництва. Будь-яка воля пов'язана з особою (індивідом), але в ринковій економіці загальноприйнятою є думка, що прийняття рішень відбувається (повинне відбуватися) у зв'язку з дією ринкових сил та закономірностей, а не волі сторін. Тому автором розділяється розуміння цивільних відносин як особистих і ринкових відносин, де дії визначаються не лише волею, а насамперед дією ринкових сил та закономірностей, оскільки неврахування цього, а керування лише волею призведе до банкрутства відповідного суб'єкта.

Другим ключовим пунктом є розуміння відносин за участю суб'єктів господарювання як економічних ринкових відносин. Ринкові відносини – це відносини і зв'язки, які складаються між продавцями і покупцями в процесі купівлі продажу товарів. Держава також виступає найбільшим продавцем та покупцем товарів на ринку. Ці відносини, оскільки вони є приватними за змістом, підкоряються певній низці економічних законів та суспільних закономірностей, які жодним чином не враховуються в цивільному праві, але підлягають урахуванню у правовому регулюванні відповідних приватних відносин як ринкових за допомогою спеціальних правових інструментів. Продавець може виступати як виробник, що вводить товар у господарський ринковий обіг, та як підприємець, який займається розповсюдженням

товарів. На ринку кожний учасник відносин виконує певну функцію, а іноді й не одну. Саме забезпечення функціонування певних фізичних і юридичних осіб та виникаючих між ними відносин як ринкових та конкурентних є головною метою господарського права

Наприклад, споживач є «арбітром» економічної конкуренції. Суб'єкт господарювання може бути як підприємцем, так і споживачем. Збій у виконанні певних функцій може призводити до руйнування відносин як ринкових, хоча з точки зору цивільних відносин жодних зауважень не виникне.

Усі відносини на ринку підкоряються суспільному розподілу праці. Усі учасники (суб'єкти) виконують різні економічні функції та внаслідок цього мають відмінні економічні інтереси, які конфліктують між собою. Рух товару на ринку часто-густо знеособлений на відміну від особистих відносин в цивільному праві, оскільки головним чинником є певні економічні закономірності та функції, а не особи учасників відносин. Тобто фактичні відносини та зв'язки за участю суб'єктів господарювання в умовах ринку можуть суттєво принципово відрізнятися від особистих майнових і немайнових відносин за участю лише фізичних осіб та визначаються тією економічною функцією, яку виконує учасник відносин в даний момент в умовах ринку.

Незважаючи на те, що рішення щодо встановлення правових економічних відносин в умовах ринку є децентралізованими, тобто такими, що приймаються незалежними суб'єктами або їх групами, сам ринок є соціально-економічною системою, яка передбачає наявність суспільних інтересів. Зміст суспільних інтересів конкретизується в конкретних нормах права. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» суспільні інтереси – безпека життя та здоров'я людей, безпечні умови праці, захист прав споживачів (користувачів), захист довкілля. Ці інтереси забезпечуються спеціальними правовими інструментами – правовими приписами, які зобов'язують учасників ринку у приватних відносинах діяти у порядку, визначеному правовою нормою, що також відрізняє господарські відносини від цивільних.

Особливістю господарського обігу та відносин, пов'язаною із суспільними відносинами, є наявність етапу вводу товару в обіг, який також визначає умови руху товару на ринку та виникаючих навколо товару відносин. Саме суспільний інтерес передбачає регулювання відносин, що виникають навколо товару у зв'язку з прийняттям технічних регламентів і передбачених ними процедур оцінки відповідності, їх застосуванням стосовно продукції, яка вводиться в обіг, надається на ринку або вводиться в експлуатацію в Україні. Технічні регламенти можуть створювати перешкоди у встановленні правових економічних відносин між учасниками ринку – «бар'єри в торгівлі». Згідно з п. 2.2 Угоди СОТ про бар'єри у торгівлі технічні регламенти не можуть розроблятися, прийматися і застосовуватися у спосіб, метою або наслідком якого є створення невинуватих перепон для

міжнародної торгівлі. Для цього технічні регламенти не повинні мати більш обмежувального впливу на торгівлю, ніж це є необхідним для виконання законних завдань, з урахуванням ризиків, які б виникли в результаті їх невиконання. Такими законними завданнями є, *inter alia*: вимоги національної безпеки; запобігання шахрайським діям; захист життя або здоров'я людини, тварин або рослин, а також захист навколишнього середовища. Для оцінки таких ризиків до уваги беруться, *inter alia*, такі елементи: наявна наукова та технічна інформація, відповідна технологія обробки або очікуване кінцеве використання товарів. Незважаючи на міжнародний характер зазначеної Угоди, її положення повністю актуальні в Україні.

Особисті відносини стосуються лише осіб, які в них вступили, та не повинні впливати на інших осіб. Наявність публічних інтересів у відносинах суб'єктів ринкових відносин не змінює приватного характеру таких відносин, але підпорядковує такі відносини вимогам публічного господарського правопорядку. Приватні економічні відносини втрачають свій особистісний характер, оскільки в умовах ринку можуть так чи інакше зачіпати інтереси інших учасників та впливати на рівновагу ринку, тобто на економічну безпеку і національні інтереси. Наприклад, укладення суб'єктами господарювання приватних договорів щодо реалізації товару породжує таке публічне явище, як економічна конкуренція.

Приділення уваги в оцінці та характеристиці приватних відносин переважно диспозитивності та рівності сторін як головних чинників, без урахування інших суттєвих чинників часто-густо вводить в оману та самооману щодо справжнього характеру таких відносин. По-перше, сучасний ринок – це система, а приватні економічні правові відносини можуть існувати лише в межах такої системи та є залежними від такої системи. По-друге, в приватних ринкових відносинах, коли відкинути економічні складові, завжди існує феномен влади (не йдеться про державну владу), коли одні учасники ринкових відносин можуть мати та мають владу над іншими учасниками унаслідок їх економічного становища.

Як слушно зазначив Г.В. Атаманчук, владою в широкому сенсі є взаємозв'язки між особами, за яких одні суб'єкти в силу різноманітних причин, умов і факторів підкоряються інтересам і волі інших осіб або створених суспільних інститутів: звичаям, традиціям, релігіям, моралі, праву і таке інше. У ринкових відносинах діє економічна влада, коли певні суб'єкти господарювання в силу економічного стану, доступу до матеріальних ресурсів, реклами, наявності певних ексклюзивних благ (наприклад, патенти, промислові зразки, технології та ін.) можуть диктувати власну волю іншим суб'єктам ринкових відносин та впливати на їхню поведінку (прийняття тих чи інших рішень в тому числі на невідгдних для суб'єкта умовах).

Також суб'єктами влади є органи державної та місцевої влади або інші суб'єкти економічної діяльності, в тому числі держава, які спроможні домінувати на ринку або впливати на економічну поведінку її учасників.

Влада у ринкових відносинах реалізується у власних економічних інтересах, які є різними, а іноді діаметрально протилежними у різних учасників таких відносин. Об'єктивно різні інтереси учасників ринку породжують конфлікт у відносинах, та вся система реальних приватних економічних відносин існує в умовах фактичного конфлікту економічних інтересів та юридичних прав різних учасників ринку. Одним із головних завдань правового регулювання є усунення конфліктів між учасниками відносин. Цивільне право України, яке претендує на домінуюче положення у регулюванні всіх різновидів приватних відносин, не дає відповіді на питання: які конфлікти існують у ринкових приватних відносинах (загальні та окремі для певних сфер) та які правові інструменти необхідно застосовувати для їх подолання, окрім судового захисту порушених прав та інтересів.

Створення правил ведення господарської діяльності, які врегульовують господарські відносини та конфлікти що виникають в конкретній сфері діяльності, забезпечують функціонування господарського правового порядку, оскільки забезпечують виконання функцій кожного учасника господарських відносин як учасників ринку, тобто більш широкій системи відносин.

Ринкові відносини в «чистому» вигляді як різновид суспільних відносин – це відносини між підприємцями (комерсантами) та споживачами на комерційній основі. Підприємцями виступають всі (держава, державні підприємства та установи, суб'єкти господарювання) хто продає товар з метою отримання доходу. В державному секторі це явище має характер отримання доходів державним бюджетом. З економічної точки зору це не відрізняється від комерційної діяльності. Споживачами виступають всі, хто споживає (держава, підприємці, фізичні особи).

Тому ствердження про поділ господарської діяльності на комерційну та некомерційну не відповідає фактичним реаліям ринкових відносин. Ствердження у ст. 3 ГК, що господарська діяльність може здійснюватися без мети одержання прибутку дуже добре для питань оподаткування, але суперечить реаліям ринку. Для того, щоб здійснювати господарську діяльність суб'єкт повинен мати дохід, щоб здійснювати розширене виробництво. Згідно ст. 2 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» державна допомога є недопустимою для конкуренції, якщо інше не встановлено цим Законом. Згідно ст. 5 згаданого закону державна допомога є допустимою, якщо: 1) допомога має соціальний характер, кінцевими вигодонабувачами якої є споживачі, за умови, що така допомога надається без дискримінації, пов'язаної з походженням товарів; 2) надається з метою відшкодування збитків, завданих надзвичайними ситуаціями техногенного чи природного характеру.

Тобто соціальна і господарська діяльність є двома різними видами діяльності. Як приклад можливо привести нібито некомерційні державні та комунальні підприємства у сфері охорони здоров'я, які надають платні (комерційні) послуги згідно постанови Кабінету міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1138 «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних і комунальних закладах охорони здоров'я та вищих медичних навчальних закладах», уклали угоди з Національною службою здоров'я України та отримують кошти за реальний товар, тобто надану медичну послугу, конкурують з іншими приватними медичними закладами за кошти споживачів. Ринок і конкуренція не зіставляються із некомерційною діяльністю та не можуть бути поряд.

Як приклад можна згадати «Торгове уложення» Німеччини предметом регулювання якого є: правовий статус комерсанта, тобто будь-яких осіб, що займаються придбанням та перепродажем товарів і цінних паперів, здійснення страхових, банківських, транспортних, комісійних і інших правочинів, будь-яка самостійна діяльність, яка дозволена та направлена на збільшення прибутку, правила для всіх комерсантів, торгові правочини комерсанта до яких відносяться всі правочини, які відносяться до його комерційної діяльності. При цьому всі правочини, що здійснює комерсант презюмуються як такі, що відносяться до його комерційної діяльності, коли не буде доведено інше. Взагалі, кваліфікуючою ознакою наведених відносин є діяльність «направлена на збільшення прибутку», а прибуток набуває значення об'єкта правовідносин.

Враховуючи вищевикладене можливо стверджувати про необхідність суттєвого оновлення положень ГК, який призначений унормувати сучасні ринкові відносини.

БЕЛЯНЕВИЧ Олена,
*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри господарського права і процесу
Донецького національного університету імені
Василя Стуса*

ЗЕМЛЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ

Всі, хто мав честь працювати із Г.В. Пронською, пам'ятають, що у Грацієлли Василівни було надзвичайно розвинене відчуття загального блага, необхідності турботи та примноження суспільного надбання, захисту суспільних інтересів цінності, добросовісної праці на благо суспільства. Цим обумовлений вибір теми цього дослідження, яка актуалізувалася у зв'язку із відкриттям з 01.07.2021 р. ринку землі сільськогосподарського призначення – основного засобу виробництва в ключовому секторі української економіки.

Одним з численних чутливих політико-правових питань, що стали предметом широкої дискусії при прийнятті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» і тривають до цього часу, є допуск іноземних юридичних та фізичних осіб до ринку землі. У зв'язку з цим заслуговує на тлумачення положення першого речення ч. 1 ст. 13, ч. 1 ст. 14 Конституції України в системному зв'язку із Преамбулою, статтею 1, ч. 2 ст. 3, ч. 2 ст. 5, ч. 4 ст. 13 Конституції України.

I. Розділ I «Загальні засади» є провідним у структурі Конституції України і має особливе значення як для Конституції, так і для всієї системи законодавства України, оскільки закріплює основи конституційного ладу в Україні. Відповідно закріплені в Розділі I Конституції статті 13 та 14 містять норми, які нарівні з іншими нормами цього Розділу мають фундаментальне значення для конституційно-правової системи держави і перебувають в нерозривному системно-логічному зв'язку між собою та з Преамбулою Конституції. Преамбула містить сформульоване конституцієдавцем з необхідною чіткістю визначення поняття Українського народу як основоположної категорії конституційного права України. Зміст Преамбули Конституції, яка займає чільне місце в Конституції України, бере витoki у багатотисячолітньої, складної і тяжкої боротьби українського народу за свою незалежність. Завдяки цьому Преамбула закріплює в найбільш узагальненому вигляді єдність Українського народу в прагненні до національної свободи і політичної демократії, з іншого – доповнює основні розділи Конституції істотно важливими елементами.

Визначаючи Український народ як такий, до складу якого входять громадяни всіх національностей, Конституція зазначає, що мова йде про громадянство, правовий зв'язок людини з державою, її належність до України незалежно від етнічного походження [1, с.23-24]. Закріплене в Преамбулі Конституції поняття Українського народу як громадян України всіх національностей є конкретним і не може піддаватися розширеному тлумаченню (шляхом включення до нього інших осіб) норм Конституції та інших законодавчих актів. Відповідно, поняття Український народ як смислоутворююче є основою тлумачення всього тексту Конституції, в тому числі норм про право власності Українського народу на землю та інші природні ресурси.

II. Норма ч. 1 ст. 13 Конституції про те, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу, є одним з ключових елементів конституційно-правової охорони землі та інших природних ресурсів. Земля як об'єкт права власності Українського народу є національним багатством (ч. 1 ст. 14 Конституції) та матеріальною основою життєдіяльності Українського народу.

Конституція, прийнята Верховною Радою України від імені Українського народу, визначає Україну суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою (ст. 1 Конституції України). Цільове тлумачення зазначених норм статей 13 та 14 Конституції у зв'язку із нормою ст. 1 Конституції в їх взаємозв'язку дає підстави для висновку про те, що здійснення від імені Українського народу права власника на землю як національне багатство спрямовується саме на реалізацію норм-цінностей, визначених в ст. 1 Конституції.

Конституція України базується на системі соціальних цінностей, щодо яких в суспільстві вже склався консенсус на демократичних засадах [2, с. 165]. Сама Конституція є соціальною цінністю, оскільки забезпечує легітимацію правопорядку певного типу і є Основним Законом України (Преамбула Конституції), тобто основним джерелом національного права. З цього випливає необхідність правової охорони Конституції України через забезпечення стабільності Конституції, конституційного ладу в країні, суспільних відносин, на що неодноразово в своїх рішеннях звертав увагу Конституційний Суд України.

Норми Конституції як виключного нормативно-правового акту держави і суспільства мають підвищену стабільність, перебувають під особливою правовою охороною держави, здійснюють вирішальний вплив на суспільні відносини, закріплюють найбільш важливі політико-правові цінності, *внутрішньо узгоджені та утворюють цілісну єдину систему* [3, с. 134]. Як норми прямої дії, вони визначають відповідний напрям розвитку суспільства і держави.

Конституційні цінності мають надпозитивний, метаюримічний характер і зумовлюють правове оформлення та зміст принципів, норм і приписів Конституції як правового акту [2, с.161]. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (стаття 3 Конституції України).

Отже, в статті 3 Конституції визначено найвищу (фундаментальну) в Україні соціальну цінність - людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність. Гідність людини конкретизується у відповідних правах і свободах, які перебувають під правовою охороною та захистом з боку держави. Права людини є певними можливостями, які необхідні для існування та розвитку людини в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку людства і мають бути загальними та рівними для всіх людей [4, с. 5].

III. Конституційно-правовий механізм реалізації права власності Українського народу утворюють норми щодо сутності Українського народу як суб'єкта права власності, визнання певних об'єктів (природних ресурсів)

власністю Українського народу, особливостей реалізації права власності Українського народу.

Український народ, як суб'єкт конституційного права є самостійним і водночас особливим суб'єктом права власності, що має виключно публічний характер, його повноваження мають встановлюватися виключно Конституцією та законами України. За зовнішньою відокремленістю Український народ як суб'єкт не може розглядатися як юридична особа. Водночас право власності Українського народу повинно відмежовуватися від права державної та комунальної власності як за суб'єктною ознакою, так і об'єктами.

Сучасною теорією прав людини право власності народу *відносяться до прав третього покоління*, які отримали назву солідарних (колективних) як таких, що пов'язані не з особистим статусом людини, а диктуються її належністю до певної спільноти [5, с. 169-171]. Право власності Українського народу може бути охарактеризоване як суб'єктивне право, конституційно-правовий інститут, конституційно-правовий принцип, спрямований на захист прав людини на природні ресурси і забезпечення реалізації інших конституційних прав [6, с. 23].

За визначенням Преамбули Конституції Український народ – це громадяни України всіх національностей. Громадянство України – правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках (ст. 1 Закону України «Про громадянство»). Отже, саме наявністю постійного персоніфікованого правового зв'язку між фізичною особою та державою Україна зумовлюється належність цієї особи до Українського народу як суб'єкта права. Громадянство є тією необхідною підставою, яка надає особі, що має статус громадянина, можливість повною мірою долучитися до політичного, економічного, правового та культурного життя суспільства та держави. Обсяг тих прав і свобод, якими особа може користуватися в окремій державі, а також обсяг обов'язків, що покладені на неї цією країною, знаходяться у прямій залежності від наявності чи відсутності в особи статусу громадянина даної країни [7, с. 114].

Як зазначалося вище, поняття Українського народу не піддається розширеному тлумаченню і до нього не можуть бути включені інші суб'єкти права, окрім громадян України (юридичні особи приватного та публічного права, іноземні громадяни, особи без громадянства тощо). Відповідно до ст. 26 Конституції України іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, - за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Особливості конституційно-правового статусу іноземців та осіб без громадянства (правосуб'єктність, конституційні принципи, права, свободи й обов'язки та їх гарантії, деякі додаткові спеціальні права й обов'язки для окремих категорій іноземців та осіб без громадянства) зумовлені *тимчасовістю правового зв'язку з державою їх*

перебування. Отже, з огляду на зміст Преамбули Конституції України та зазначених вище норм виключається можливість віднесення іноземців та осіб без громадянства до Українського народу як суб'єкта права власності за об'єктивною ознакою – відсутністю постійного правового зв'язку із державою Україна.

Відповідно до ч. 2 ст. 13 Конституції кожний громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. *У системному зв'язку із нормою частини 1 цієї статті під правом користування може розумітися гарантована державою можливість особи, яка перебуває у правовому зв'язку із державою (є її громадянином) реалізувати свої природні права, неподільно пов'язані з її існуванням та розвитком, задовольняти власні матеріальні і духовні потреби шляхом вільного доступу до природних об'єктів права власності народу відповідно до закону.* Зважаючи на те, що норма ч. 2 ст. 13 Конституції належить до основних засад, що визначають основи конституційного ладу в країні, вона перебуває у системному зв'язку із положеннями статті 3 Конституції: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. В контексті ст. 22 Конституції України право кожного громадянина користуватися природними об'єктами права власності народу, гарантоване ч. 2 ст. 13 Конституції, не може бути скасоване або звужене будь-яким нормативно-правовим актом.

Основи правового механізму реалізації права виключної власності народу України було закладено в статтях 9, 10 Закону України від 07.02.1991 р. «Про власність», який (режим) істотно відрізнявся від засад реалізації права приватної власності, права колективної власності та права державної власності і не визначався через традиційну цивілістичну тріаду повноважень власника (володіння, користування, розпорядження. Стаття 86 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. визначала такі форми власності в Україні, як приватна, колективна, державна, тобто інститут виключної власності народу України ЦК 1963 р. не був відомий. Відсильною нормою ч. 6 ст. 86 ЦК 1963 р. було передбачено, що відносини власності регулюються Законом України «Про власність», цим Кодексом, іншими законодавчими актами. Тому Закон України «Про власність» був, по суті, основним і єдиним законодавчим актом цивільного законодавства, який регулював відносини права виключної власності народу України. Відповідно до Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27.04.2007 р. Закон України «Про власність» втратив чинність. Із втратою чинності Закону України «Про власність» було втрачено

важливий змістовний контекст регулювання відносин власності Українського народу.

У вітчизняній науці конституційного права зверталася увага на те, що проблематика права людини та громадянина користуватися об'єктами публічної власності практично повністю випадає з поля зору дослідників і було висловлено загалом вірну думку про те, що під правом користування об'єктами публічної власності розуміється природна можливість членів суспільства безпосередньо або опосередковано через суб'єктів публічної влади набувати, володіти, розпоряджатися та захищати певні майнові блага [8, с. 13].

Таким чином, гарантоване ч. 2 ст. 13 Конституції України право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону можна розуміти як *природну можливість громадян України, яка ґрунтується на постійному правовому зв'язку особи із державою (громадянстві), безпосередньо або опосередковано через суб'єктів публічної влади набувати, володіти, розпоряджатися та захищати певні майнові блага. Конституційний правовий режим об'єктів власності Українського народу, визначених в ч. 1 ст. 13 Конституції України, не може бути змінений в будь-який інший спосіб, аніж внесенням змін до Конституції*.

Враховуючи конституційний статус права власності Українського народу на землю, за наявності прогалин у законодавстві України в частині регулювання відносин публічної власності, охорона цього права ґрунтується на засадах верховенства права, дотриманні основоположних прав людини та застосуванні норм Конституції України як норм прямої дії.

В статті 14 Конституції розрізняються право власності Українського народу на землю як основне національне багатство та право власності на земельні ділянки як об'єкт цивільного обороту, які є різними правовими інститутами. Відповідно до ч. 2 ст. 14 Конституції України право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. В зазначеній нормі міститься гарантія права власності на земельні ділянки як суб'єктивного цивільного права. Зміст суб'єктивного права власності на землю визначений в ч. 1 ст. 78 Земельного кодексу України: право власності на землю - це право володіти, користуватися і розпоряджатися земельними ділянками. Отже, конституцієдавець з метою забезпечення балансу інтересів Українського народу – власника землі як національного багатства, з одного боку, та інтересів громадян, з іншого, закріпив в ч. 2 ст. 14 Конституції норму про те, що суб'єктивне право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Зазначена норма-гарантія впливає із належності особи до Українського народу і наявності у особи громадянства, тобто із постійного правового зв'язку із державою, тому поширюється лише на визначене коло суб'єктів.

Що стосується юридичних осіб в контексті норми ч. 2 ст. 14 Конституції, слід зазначити наступне. Частина 1 ст. 15 Конституції України проголошує, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності.

Економічна багатоманітність можлива за умови плюралізму форм власності, гарантованому захисті прав усіх суб'єктів права власності і господарювання законом, рівності усіх суб'єктів права власності перед законом (ч. 4 ст. 13 Конституції України), свободи підприємницької діяльності та конкуренції у підприємницькій діяльності (ст. 42 Конституції України). Забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальної спрямованості економіки, право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, непорушність права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності, економічна багатоманітність, право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, визначення виключно законом правових засад і гарантій підприємництва є одними з конституційних основ правового господарського порядку в Україні (ч. 2 ст. 5 Господарського кодексу України). Особа може реалізувати конституційне право на підприємницьку діяльність безпосередньо як фізична особа-підприємець, так і шляхом заснування юридичної особи. Юридичні особи приватного права є організаційною формою реалізації громадянами України своїх соціальних, економічних та культурних прав, в тому числі права на підприємницьку діяльність, як прав природних другого покоління (так званих позитивних прав), для реалізації яких необхідна організаційна, законотворча та інші форми діяльності держави.

Отже, норму ч. 2 ст. 14 Конституції в її системному зв'язку із Преамбулою Конституції та ч. 1 ст. 14 Конституції слід розуміти таким чином: конституційна гарантія права власності на землю як основне національне багатство, що належить народу України, поширюється лише на громадян України та створені громадянами України юридичні особи приватного права (за умови, що учасником, акціонером, кінцевим бенефіціарним власником, контролером яких можуть бути тільки громадяни України) та держави Україна в особі створених нею юридичних осіб публічного права. Норма про те, що право власності на землю набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону, не заперечує того, що законом в порядку реалізації ст. 41 Конституції України можуть встановлюватися правові режими для окремих категорій земель. Земельним кодексом України імперативно визначено межі, в яких може набуватися право власності на земельні ділянки іноземцями та особами без громадянства.

Список використаних джерел:

1. Коментар до Конституції України (за ред В.Ф. Опришка та ін.). К., Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. 376 с.

2. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа Конституції: теорія і практика реалізації. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Ужгород, 2013. 564 с.

3. Тодька Ю.Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика: Монография. Х.: Факт, 2001. 328 с.

4. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків: Право, 1997. 64 с.

5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Харків: «Консум», 2001. 656 с.

6. Козловська Л.В. Матеріальне та процесуальне значення норм Конституції України в судовому захисті права власності Українського народу// Захист права власності Українського народу: вітчизняні реалії та зарубіжний досвід України: матеріали І Щорічної міжнародної науково-практичної конференції (22 вересня 2016 р.). К.: Національна академія прокуратури України, 2016. С. 23-27.

7. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України: Підручник / За заг. ред В.Ф. Погорілка. К.: Прецедент, 2009. 344 с.

8. Фролов Ю.М. Економічні права та свобода людини і громадянина в Україні. Автореф... к.ю.н.: 12.00.02. Одеса, 2005. 20 с.

БОБКОВА Антоніна,

*доктор юридичних наук, професор, академік
НАПрН України, головний науковий співробітник
науково-дослідної лабораторії «Правове
забезпечення публічної безпеки громад»,
Донецький державний університет внутрішніх
справ*

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПРАВА НА ПІДПРИЄМНИЦЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Для нашої держави ннадзвичайно важливим є розвиток підприємницької діяльності як умови становлення ринкових відносин, забезпечення економічних і соціальних інтересів суспільства, про що неодноразово заявляли вчені та практики. Право на підприємницьку діяльність, як конституційне право громадян, є невід'ємним елементом моделі економіки, яку намагається побудувати українське суспільство. При цьому на практиці існують непоодинокі випадки порушення цього права як органами державної влади або органами місцевого самоврядування, так і іншими учасниками господарських відносин, що обумовлює необхідність звернення до захисту цього права.

На законодавчому рівні положення щодо захисту права на підприємницьку діяльність містяться в багатьох нормативно-правових актах, основними серед яких є Господарський кодекс України, Цивільний кодекс України, відповідні процесуальні кодекси та інші законодавчі акти. Водночас можна відміти, що правовий інститут захисту права на підприємницьку діяльність потребує подальшого теоретичного аналізу та доопрацювання, що підтверджується регулярними змінами законодавства.

В науковій літературі питання захисту права на підприємницьку діяльність неодноразово були предметом досліджень, проте з багатьох питань продовжуються дискусії і відсутні усталені позиції науковців. Серед таких питань перш за все залишаються проблемними правові засади захисту права на підприємницьку діяльність.

Наведене вказує на актуальність дослідження заявленої теми, метою якого є окреслення напрямів удосконалення правових засад захисту права на підприємницьку діяльність.

Правовою основою реалізації права на підприємницьку діяльність є стаття 42 Конституції України, відповідно до якої кожен має право на підприємницьку діяльність не заборонену законом. Результати здійснення цього права безпосередньо є основним джерелом доходів будь-якої цивілізованої держави – основою для соціально-економічного розвитку суспільства, умовою для забезпечення життєдіяльності, добробуту та безпеки людини, базою для забезпечення зайнятості населення.

При цьому у нашому суспільстві доволі повільно відбувається усвідомлення значущості результатів успішної реалізації такого права для самого суспільства, так і для держави, кожного громадянина, що є однією з головних причин непослідовного, безсистемного, необґрунтованого відношення до формування правових засад здійснення цього права.

Однією із важливих складових зазначеного права є право на його захист, що ґрунтується, як на статті 42 Конституції України, так й на статті 13 Конституції України, відповідно до якої Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Ці положення Конституції України дозволяють розглядати одночасно питання захисту права на підприємницьку діяльність і захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності як безпосередньо пов'язані і залежні між собою відносини.

Захист права на підприємницьку діяльність можна розглядати у широкому та вузькому значенні. Захист права на підприємницьку діяльність у широкому значенні - це сукупність гарантій, механізмів, підходів, принципів, прийомів тощо, визначених законом для забезпечення рівного підпорядкування всіх учасників правовому господарському порядку, заснованому на рівності перед законом і судом незалежно від форми власності, організаційно - правової форми та інших рис чи обставин.

Захист права на підприємницьку діяльність у вузькому значенні – це надана суб'єктам підприємництва і передбачена нормами права і

відповідними зобов'язаннями інших суб'єктів можливість діяти самостійно з метою відновлення порушеного права або законного інтересу.

Визначальним фактором у відносинах захисту права на підприємницьку діяльність є наявність відповідних правових засад захисту, від стану яких залежить ефективність захисту в цілому.

Наразі правові засади захисту як у широкому, так і у вузькому розумінні представлено нормами Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України та багатьма іншими нормативно-правовими актами. Найбільш повно і системно правові засади визначено Господарським кодексом України.

Особливий інтерес представляють положення цього Кодексу, що є правовими засадами захисту права на підприємницьку діяльність у широкому його розумінні. Серед основних таких положень можна назвати: визначення мети розвитку підприємництва, а саме - підвищення ефективності суспільного виробництва, його соціальну спрямованість відповідно до вимог Конституції України,

конкретизація конституційних основ правопорядку у сфері господарювання,

забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання;

свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом;

вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України;

обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави;

захист національного товаровиробника;

заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини;

визначення основних напрямів економічної політики, що визначаються державою;

обов'язок держави здійснювати економічну стратегію і тактику у сфері господарювання;

визначення засобів державного регулювання господарської діяльності;

заборона незаконного втручання та перешкоджання господарській діяльності суб'єктів господарювання з боку органів державної влади, їх посадових осіб при здійсненні ними державного контролю та нагляду;

визначення особливостей управління господарською діяльністю у державному та комунальному секторах економіки;

свобода вибору організаційно-правових форм підприємництва у межах визначених законом,

загальні гарантії прав підприємців, які має забезпечити держава.

Наведений перелік охоплює лише частину положень Господарського кодексу України, що дають уяву про його потенціал для забезпечення державою захисту прав та законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності. При цьому аналіз зазначених положень і норм інших нормативно-правових актів вказує на відсутність аналогічних норм в будь-якому іншому нормативно-правовому акті України.

Правові засади захисту права на підприємницьку діяльність у вузькому значенні представлено також нормами Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України і багатьох інших нормативно-правових актів, хоча особливості захисту цього права переважно закріплено Господарським кодексом України. До таких правових засад перш за все відносяться положення щодо: відшкодування збитків, застосування штрафних, оперативного-господарських, адміністративно-господарських санкцій; визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемляють права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів; визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом; відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; присудження до виконання обов'язку в натурі; інше.

Аналогічні положення передбачено і нормами Цивільного кодексу України, проте їх порівняння за змістом та практикою застосування вказує на подекуди суттєві відмінності між ними, що потребують визначеності на рівні законодавства.

Таким чином, сьогодні на законодавчому рівні закріплено відповідні правові засади захисту права на підприємницьку діяльність, якими враховано особливості здійснення такого захисту у сфері господарювання.

Водночас треба визнати, що правові засади захисту цього права потребують подальшого удосконалення з урахуванням сучасних умов здійснення підприємницької діяльності, практики застосування таких правових засад судами різної юрисдикції, кращого досвіду інших країн тощо.

За останні роки напрацьовано достатньо багато пропозицій щодо такого удосконалення, як з загальних питань захисту права на підприємницьку діяльність, так і щодо захисту прав і законних інтересів в окремих господарських відносинах чи окремих суб'єктів господарювання, які можуть скласти основу для внесення змін та доповнень до Господарського кодексу України.

Натомість сьогодні робиться чергова спроба просто скасувати Господарський кодекс України в угоду старим амбіціям за надуманими аргументами, серед яких:

відсутність регулюючого впливу, але відповідно до бази даних «Законодавство України» (станом на 10 вересня 2021 р.) в назві 603 нормативно-правових актів та у тексті понад 6000 таких актів використано

слово «господарювання», «суб'єкти господарювання» та інші терміни Господарського кодексу України;

декларативний характер, але згідно з Єдиним реєстром судових рішень, наприклад, за останні 5 років посилання на Господарський кодекс України зроблено у 3 807 554 судових рішеннях судів різної юрисдикції;

наявність різних позицій Верховного Суду щодо приватних підприємств, але за цим аргументом треба скасувати ще десяток законів, серед яких Податковий кодекс України, Земельний кодекс України та інші, щодо яких відома така сама практика;

суперечливість іншим норматив но-правовим актам та загальним засадам цивільного законодавства, але ж відповідно до ст. 9 Цивільного кодексу України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, що і зроблено у Господарському кодексі України, норми якого є спеціальними відносно Цивільного кодексу України, а принцип співвідношення спеціального і загального законів є загально відомим.

Окремо слід відзначити, що зміст запропонованого наразі законопроекту «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідній період» (реєстр. №6013):

суперечить нормам Конституції України;

порушує права держави, а отже кожного з її громадян, права органів місцевого самоврядування як власників і учасників у сфері господарювання;

суттєво звужує межі реалізації права на підприємницьку діяльність, свободу організаційно-правових форм її здійснення;

руйнує правове забезпечення окремих сфер, перед усім аграрної, медичної, які є найбільш чутливими до будь-яких змін законодавства;

скасовує правові засади захисту права на підприємницьку діяльність, якими визначено особливості такого захисту;

порушує норми Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» через відсутність передбаченого цим Законом обґрунтування та порушення порядку його внесення на розгляд. При цьому можна погодитись з позицією розробників законопроекту, що «потребує невідкладного виконання Верховною Радою України свого обов'язку із забезпечення «якості закону», який у свою чергу полягає в тому, щоб він [закон] був доступним для зацікавлених осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі «Бейелер проти Італії», [ВП], № 33202/96, пункт 109, ЄСПЛ 2000-I). Але для забезпечення доступності закону щодо захисту права на підприємницьку діяльність, яким перш за все є Господарський кодекс України, доцільно правові засади захисту права на підприємницьку діяльність закріпити в окрему розділі, в якому представити всі засоби захисту такого права, що мають особливості прояву у сфері господарювання, а також підстави, умови та порядок їх застосування.

*БУТИРСЬКА Ірина,
кандидат юридичних наук, доцент, асистент
кафедри процесуального права Чернівецького
національного університету імені Юрія
Федьковича*

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЕСТОПЕЛЬ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Господарське процесуальне законодавство передбачає широкий спектр правових можливостей захисту прав та інтересів для кожного учасника справи. Разом з цим, доводиться констатувати, що учасники господарського судочинства не завжди користуються своїми правами добросовісно, зловживаючи наданими їм процесуальними правами. Одним із різновидів такого зловживання є суперечлива поведінка сторін у процесі. Принцип заборони такої поведінки має назву естопель. Останній прийнято поділяти на матеріальний та процесуальний: матеріальний естопель має місце, коли особа проявляє суперечливу поведінку щодо своїх матеріальних прав (наприклад, спочатку виконує договір, а потім оскаржує його дійсність), а процесуальний естопель передбачений для непослідовної поведінки сторони у процесі.

Естопель (у перекладі з англійської – позбавляти права надавати заперечення) – правовий принцип, відповідно до якого особа втрачає право посылатися на будь-які факти на обґрунтування своєї позиції. Тобто йдеться про заборону відмови від попередніх процесуальних дій, що вчиняються під час провадження та зміни процесуальної поведінки сторони на шкоду іншій стороні [1, с. 320].

Як відзначає професор В.В. Резнікова, принцип «естопель» (заборона суперечливої поведінки) означає категоричне заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано в цьому та/або іншому судовому процесі. За своєю природою – це прояв загального принципу недопустимості зловживання правом [2, с. 129].

Деякі дослідники вважають, що якщо говорити про процесуальний естопель, то його можна застосувати, починаючи з того моменту, коли спір потрапив в апеляційну інстанцію. Дійсно, дуже часто сторони змінюють свою правову позицію на етапі подання апеляційної скарги, змінюючи «на ходу» свою правову позицію по справі, оскаржуючи умови підписаної ними ж мирової угоди, подаючи нові докази або, навпаки, заперечуючи проти доказів, з якими погоджувалися у суді першої інстанції тощо.

Однак Т.В. Степанова вважає, що принцип естопель може бути реалізований і при розгляді справи у першій інстанції, наприклад: 1) якщо сторона підтвердила якимось чином дію договору, то не матиме права посылатися на неукладення цього договору; 2) якщо при досудовому

врегулюванні контрагент визнав позов повністю або частково (окремим листом (відповіддю на претензію) або актом звірки), а в ході розгляду даної справи в суді – змінив позицію, то така зміна не може бути прийнята судом; 3) якщо відвід заявлено не одразу після того, як сторона дізналася про підстави для відводу, а, наприклад, безпосередньо перед оголошенням рішення, то така заява не повинна братися до уваги судом; 4) якщо після укладення мирової угоди одна з сторін звертається до суду для внесення змін (доповнень) до такої угоди, то такий позов не може бути розглянуто та задоволено судом [3, с. 10].

На нашу думку, процесуальний естопель дійсно може мати місце і в суді першої інстанції, оскільки процесуальні дії вчиняються і у підготовчому провадженні, і під час розгляду справи по суті. Відповідно процесуальні дії учасника справи можуть мати суперечливий характер (наприклад, у підготовчому провадженні учасник справи займає одну позицію, а при розгляді справи по суті його позиція є діаметрально протилежною). Отже, процесуальний естопель є заходом протидії зловживанню правами у господарському судочинстві у формі відмови від попередніх процесуальних дій.

Цікавим є наступний приклад із судової практики. У 2018 році Господарським судом Львівської області розглядалась справа за позовом «Альфа Банку» до підприємства. 16 грудня 2019 року до суду надійшла заява фінансової компанії про заміну сторони виконавчого провадження. У судовому засіданні 15 січня 2020 року представником відповідача подано заяву про відвід судді з тих підстав, що постановляючи у 2018 році рішення в даній справі, суддя був побічно зацікавлений у прийнятті такого, оскільки «обмовився» і сказав, що отримує зарплату в «Альфа Банку», суд зумисне неправильно визначив правовідносини, які існували між сторонами, і в угоду «Альфа Банку», в якому суддя отримує зарплату, було винесено незаконне рішення, яке суд апеляційної інстанції скасував.

Розглядаючи подану заяву про відвід, суддя зазначив, що про таку обставину суд не «обмовився», а свідомо з метою розкриття потенційного конфлікту інтересів та усунення сумнівів щодо можливої необ'єктивності та упередженості суду до сторін ще під час розгляду судом справи, до постановлення рішення в даній справі, повідомив учасникам справи в судовому засіданні 25 червня 2018 року інформацію про отримання суддею споживчого кредиту у ПАТ «Альфа Банк», що обслуговував зарплатні рахунки працівників суду, та з'ясовував думку представників щодо наявності відводів складу суду. Правом заявлення відводу у встановлений законом строк відповідач з такої підстави не скористався та відводу судді не заявляв. Тобто, про відповідну обставину сторона була обізнана задовго до 15 січня 2020 року – подання заяви про відвід судді, проте обґрунтувала підстави заявлення відводу лише на даному етапі розгляду справи. Визначена відповідачем підстава для відводу судді – отримання зарплати в банку, який є позивачем у даній справі, зводиться до суб'єктивної необґрунтованої думки

сторони про упереджене та необ'єктивне ставлення судді до відповідача та не узгоджується з принципом естопель, який означає категоричне заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано в цьому та/або іншому судовому процесі; базується на принципах добросовісності і послідовності, а за своєю природою це прояв загального принципу недопустимості зловживання правом [4].

У вітчизняній науковій літературі принцип естопель розглядають як принцип доказування. Так, К.Б. Дрогозюк доходить висновку, що використання принципу естопель підвищує значення процесу доказування і забезпечує дотримання безпеки та дисципліни учасників процесу задля здійснення ефективного правосуддя [5, с. 335–336].

Відповідно до ч. 2 ст. 75 ГПК України відмова від визнання обставин приймається судом, якщо сторона, яка відмовляється, доведе, що вона визнала ці обставини внаслідок помилки, що має істотне значення, обману, насильства, погрози чи тяжкої обставини, або що обставини визнано у результаті зловмисної домовленості її представника з іншою стороною. Про прийняття відмови сторони від визнання обставин суд постановляє ухвалу. У разі прийняття судом відмови сторони від визнання обставин вони доводяться в загальному порядку [6].

Застосування принципу естопель у господарському судочинстві може стати ефективним механізмом боротьби із зловживанням процесуальними правами та гарантією захисту законних очікувань добросовісних учасників господарських процесуальних правовідносин. Однак, для цього необхідно на законодавчому рівні визначити естопель (заборону відмови від попередніх процесуальних дій) у ГПК України.

Список використаних джерел:

1. Новосад А. С. Процесуальний естопель: особливості застосування. *Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти* : Матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції (м. Дніпро, 15 березня 2019 р.). Дніпро : ДДУВС, 2019. С. 320–321.
2. Резнікова В. В. Зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві. *Зловживання правом* : зб. ст. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2021. С. 122–150.
3. Степанова Т. В. Ефективність застосування принципу естопель в судочинстві. *Матеріали 74-ї звіт. наук. конф. професорсько-викладацького складу і наук. працівників економіко-правового факультету ОНУ ім. І. І. Мечникова* (м. Одеса, 27–29 лист. 2019 р.). Одеса : Фенікс, 2019. С. 9–11.
4. Ухвала Господарського суду Львівської області від 15 січня 2020 року у справі № 14/274/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86961885#> (дата звернення: 12.09.2021).
5. Дрогозюк К. Б. Застосування принципу естопель у доказуванні в цивільному процесі України. *Правове життя сучасної України* : у 3 т.:

матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) / відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса : Гельветика, 2020. Т. 2. С. 334-336.

6. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 року. № 1798-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

БУТИРСЬКИЙ Андрій,

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри публічного права Чернівецького
національного університету імені Юрія
Федьковича*

ШЛЯХИ СПРОЩЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ГОСПОДАРСЬКИМ СУДОМ

Прийняття нової редакції Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) запровадило низку нововведень, які раніше не були притаманні господарському судочинству (інститут свідків, підготовче провадження як стадія, наказне провадження тощо). Такі новації були спрямовані на усунення прогалин, які існували при вирішенні господарських спорів, та належний захист прав та інтересів суб'єктів господарювання. Не заперечуючи корисність та ефективність нового ГПК України, хочеться звернути увагу на певні недоліки, які впливають на оперативність вирішення спору.

Від швидкості та ефективності вирішення спорів, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності, напряму залежить стабільність ділового обороту та інвестиційна привабливість країни. Крім того, принцип оперативності вирішення господарських спорів був завжди притаманним для господарського судочинства та вигідно відрізняв останній від інших видів судочинства.

Процесуальні строки. На сьогодні доводиться констатувати суттєве збільшення строків вирішення господарських спорів судами у порядку загального позовного провадження. Так, якщо за попередньої редакції ГПК України сторона могла отримати рішення суду першої інстанції, яке набрало законної сили і не було оскаржено, за 2,5 місяці (2 місяці строк вирішення спору, 5 днів на складання повного тексту судового рішення та 10 днів на оскарження судового рішення), то сьогодні такий строк (за загальним позовним провадженням) становить 5 місяців (2 місяці підготовчого провадження, 2 місяці розгляду справи по суті, 10 днів на написання судового рішення та 20 днів на оскарження судового рішення).

Вважаємо такий строк надто великим для вирішення господарського спору, у зв'язку з чим, на нашу думку, слід зменшити існуючі строки.

Наприклад, зменшити строк підготовчого провадження до 1 місяця, встановити строк розгляду справи по суті в 1 місяць, який починає свій відлік від дати закриття підготовчого провадження, зменшити строк на складання повного тексту судового рішення до 5 днів та на оскарження судового рішення до 10 днів.

Зменшення процесуальних строків буде дисциплінувати учасників господарського процесу і зменшить кількість зловживань під час розгляду господарської справи, які проявляються у поданні численних клопотань про відкладення розгляду справи з посиланням на існування саме цих невинуватих великих процесуальних строків.

Форми господарського судочинства. ГПК України у ст. 12 передбачає, що господарське судочинство здійснюється у порядку:

- 1) наказного провадження;
- 2) позовного провадження (загального або спрощеного).

Наказне провадження, на нашу думку, повністю виправдовує своє призначення і ефективно працює при вирішенні спорів за заявами про стягнення грошових сум незначного розміру. При застосуванні наказного провадження суд не вирішує спір по суті, а лише перевіряє дотримання заявником необхідних вимог (відсутність спору, наявність договору тощо). При цьому особливістю цього провадження є те, що боржнику фактично пред'являється вимога заявника, яка подана через суд, а мовчання боржника (неподання заяви про скасування судового наказу) свідчить про його згоду з вимогами заявника.

Що стосується спрощеного позовного провадження, то на думку О. Белікової та Є. Белікової, спрощене провадження є ефективним засобом прискорення судового розгляду справи, економічним способом вирішення господарсько-правового конфлікту в судовому порядку та необхідним елементом переходу до електронного судочинства [1, с. 66]. Проте практика застосування даного виду провадження показує, що не завжди господарські спори у такий спосіб вирішуються оперативним чином. Тому постає питання про пошук шляхів подальшої оптимізації спрощеного позовного провадження з тим, щоб зробити його максимально ефективним.

Так, у наказному провадженні сторони не викликаються у судові засідання і саме це є тим інструментом, який дозволяє оперативним чином вирішити спір. Даний інструмент, на нашу думку, слід використовувати при спрощеному позовному провадженні. Хоча ч. 5 ст. 252 ГПК України і передбачає, що суд розглядає справу в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи за наявними у справі матеріалами, за відсутності клопотання будь-якої із сторін про інше. Однак, за клопотанням однієї із сторін або з власної ініціативи суду розгляд справи проводиться в судовому засіданні з повідомленням (викликом) сторін.

Така свобода вибору для суду (з викликом сторін або без виклику сторін) негативно впливає на правову визначеність інституту спрощеного позовного провадження взагалі, оскільки відсутній єдиний підхід при

застосуванні згаданого виду провадження, що породжує скарги від учасників господарського процесу.

З метою усунення вказаної проблеми пропонуємо розглядати справи у порядку спрощеного позовного провадження без виклику сторін (загальне правило). Особиста участь сторін у справі має бути виключенням (заява відповідача або ініціатива суду).

Як відзначають В. Щербина та В. Резнікова, стосовно процесу спрощення у господарському судочинстві – це така модель процедури здійснення правосуддя, яка, за умови її ідеального функціонування порівняно зі звичайною (загальною) також ідеально функціонує моделлю, дасть змогу за меншого обсягу процесуальних дій, з меншими фінансовими витратами та швидше досягнути мети судочинства. Таким чином, спрощення повинно базуватися на трьох «китах»: збереженні сутності спрощеного явища; системному підході; співвіднесенні та відповідності цілям спрощуваних процесуальних процедур [2, с. 17]. Тому при подальшій оптимізації спрощеного позовного провадження також важливо не втратити якість вирішення справи та зберегти процесуальні інструменти, необхідні та достатні для досягнення завдань господарського судочинства у кожній справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження.

Згідно ст. 248 ГПК України суд розглядає справи у порядку спрощеного позовного провадження протягом розумного строку, але не більше шістдесяті днів з дня відкриття провадження у справі. Даний строк є завищеним і, на нашу думку, не повинен перевищувати 1 місяця. Строк в 1 місяць, на нашу думку, буде цілком достатнім для того, щоб розглянути справу у порядку спрощеного позовного провадження, вивчити всі докази та аргументи сторін, і, в той же час, оперативно вирішити господарський спір і максимально наблизити у часі момент ухвалення рішення по справі до моменту порушення прав позивача, які стали підставою звернення до суду.

У цілому, варто погодитися з О. Бринцевим, який вказує на надмірну зарегульованість судового процесу, введення елементів церемоніальності, обрядовості, котрі теж значно уповільнюють рух справи. Часто вони не несуть практичного смислового навантаження, однак роблять при цьому судові рішення та дії суддів надто вразливими для критики з позицій формалізму (статті 8, 65, 122, 158, 182, 188, 191, 192, 201, 204, 214, 218, 219, 232, 233, 240, 242, 270 ГПК України) [3, с. 42].

Таким чином, подальше удосконалення процедури вирішення спорів господарським судом повинно здійснюватися за рахунок спрощення існуючих проваджень, а також оптимізації процесуальних строків, зокрема, строків розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження. Також доцільним видається запровадження загального правила розглядати справи у порядку спрощеного позовного провадження без виклику сторін, а особиста участь сторін у справі має бути винятком, а не правилом.

Список використаних джерел:

1. Белікова О., Белікова Є. Спрощене провадження в господарському процесі та перспективи прискорення захисту прав. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 6. С. 62–67.
2. Щербина В., Резнікова В. Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 9–27.
3. Бринцев О. До питання про принцип оперативності господарського судочинства в контексті універсалізації судового процесу в Україні. *Право України*. 2019. № 7. С. 34–46.

ВАВЖЕНЧУК Сергій,

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри трудового права та права соціального
забезпечення Інституту права Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка*

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ НЕДОПУСТИМОСТІ СИМПЛІФІКАЦІЇ РОЗУМІННЯ КОНСЕНСУАЛЬНИХ ТА РЕАЛЬНИХ ДОГОВОРІВ¹

Інтерес в площині науки та практики до класифікації договорів на реальні та консенсуальні договори підтримується практичною значущістю вказаної класифікації. Разом із цим неповнота та дискретність знань в означеній сфері не дають повної та чіткої наукової картини, яка б дозволяла уникати помилок на практиці при застосуванні цієї класифікації договорів. Такий стан дослідження класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори призводить до необхідності проведення нових наукових розвідок та переосмислення існуючих підходів у заданому векторі.

Дихотомічний спосіб класифікації договорів на консенсуальні та реальні є умовним з огляду на те, що низка договорів одного типу або виду можуть бути або реальними або консенсуальними. Альтернативність вибору ознаки реальності або консенсуальності договору залежить від норми закону і прямо не пов'язана із волевиявленням сторін договору. Прикладами таких договорів є зберігання, факторинг. Так, у ст. 1077 ЦК України, дається легальна дефініція договору факторингу в якій зафіксована альтернатива вибору реального або консенсуального договору через призму конструкції «фактор *передає або зобов'язується передати* грошові кошти в розпорядження клієнта». Одразу підкреслимо, що така еластичність

¹ Дана робота ґрунтується на наукових дослідженнях автора, що втілені в численних публікаціях (підручниках, посібниках, монографіях, наукових статтях, тезах доповідей тощо) та в тій чи іншій мірі відображає власні раніше опубліковані наукові результати.

договірної моделі не вказує на те, що договір одночасно виступатиме як реальний та консенсуальний [1, с. 11-15].

З огляду на ч. 2 ст. 640 ЦК України (якщо відповідно до акту цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії) законодавець в імперативній формі визначає який договірний тип або вид договору є реальним. Зафіксована нормативна модель реального договору дає підстави для твердження, що у цьому разі має місце обмеження принципу свободи договору, адже сторони позбавлені права самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності [1, с. 11-15].

Визначаючи на нормативному рівні, у тому чи іншому випадку, модель консенсуального або реального договору необхідно зважати на наступне. По-перше, потрібно враховувати мету договору, що має відображати передання майна на умовах його повернення або без такого. По-друге, потрібно враховувати необхідність застосування в окремому виді договору моделі реального виконання обов'язку по передачі речі в натурі. Адже як зазначає М.І. Брагінський, при консенсуальному договорі сторона може примусити контрагента виконати в натурі прийнятий на себе обов'язок (передати річ) [2, с.632], а при реальному договорі примусити до такого виконання неможливо, адже передача речі знаходиться в основі виникнення договору (поза межами договірною зобов'язання). Наприклад, за загальним правилом встановленим в ЦК України, зберігач не має юридичного інтересу вимагати від покладавця передати першому річ на зберігання. Тобто, законодавець передбачив, що не може бути застосовано механізм реального виконання обов'язку в натурі у разі не передання покладавцем речі на зберігання зберігачу. Окреслений юридичний ефект характерний також для інших договорів (договору перевезення, довірчого управління майном). По-третє, береться до уваги необхідність встановлення певного рівня захисту права особи, що передає річ по договору (наприклад, власник речі, вигодонабувач, перевізник, володілець речі тощо) у разі його порушення. У цій площині М.І. Брагінський відзначив, що необхідність в конструкції реального договору проявляється тоді, коли законодавець вважає необхідним захистити ту зі сторін, якій доведеться передати річ іншій стороні [2, с. 632]. Таким чином обираючи на рівні закону модель реального або консенсуального договору береться до уваги можливість забезпечення стабільності договірною зобов'язання за рахунок або договірної відповідальності та інших мір захисту (примус до реального виконання обов'язку в натурі) або без можливості застосування окремих мір захисту (в нашому випадку мова йде про примус до реального виконання обов'язку в натурі). По-четверте, необхідно враховувати строк дії договірних зобов'язань. Тобто, короткострокові договори тяжіють до консенсуальної моделі договору, а довгострокові – до реальної [1, с. 11-15].

Реальні договори мають спільні ознаки. У цьому контексті варто звернути увагу на точку зору Б.Л. Хаскельберга, В.В. Ровного. Аналізуючи договори перевезення, вкладу, зберігання, довірчого управління майном автори приходять до висновку, що вони мають дві спільні ознаки. До першої ознаки правники відносять те, що одержувачем послуги в таких договорах виступає сторона, що передає майно, або третя особа (вантажовідправник, вантажоодержувач, вкладник, покладавець, засновник управління майном, вигодонабувач); до другої ознаки відносять те, що юридична сутність подібних послуг полягає в подальшому поверненні послугоодержувачу попередньо переданого майна або погодженого майнового еквіваленту [1, с. 11-15; 3, с. 43].

Якщо сторони всупереч закону наділяють консенсуальний договір ознакою реального, такий договір розглядатиметься як оспорюваний правочин. Слід розмежовувати заміну сторонами законодавчо встановленої моделі договору та укладення договору під умовою. В останньому випадку, з огляд на ст. 212 ЦК України «Правочини, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини», сторони можуть визначити обставину, щодо якої їм *невідомо* настане вона чи ні. Тобто, такою обставиною може бути : 1) юридична подія; 2) юридична дія третьої особи. В обох випадках така обставина не може бути пов'язана із юридичними *діями* (*дією*) сторін (сторони) такого договору. На думку Б.Л. Хаскельберга, В.В. Ровного заміну моделі реального договору на модель консенсуального необхідно відмежовувати від двох зовнішньо схожих але допустимих правом явищ. По-перше, здійсненню реального договору може передувати попередній договір [3, с. 32-33]. Автори опираючись на тезу К.П. Победоносцева наводять розмежування попереднього договору позики та позики як реального договору. У цьому разі сплутати розглядувані конструкції неможливо, адже на відміну від двох окремих договорів (попереднього договору позики та, власне, позики) заміна моделі реального договору на модель консенсуального міститься в одному договорі. Попередній же договір є самостійним договором, що має свій предмет та елементи [1, с. 11-15].

Разом із цим автор прийшов до наступних висновків. По-перше, сторони договору позбавлені вольової можливості самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності. По-друге, при укладенні реального договору примусити до виконання в натурі прийнятого на себе обов'язку неможливо, адже передача речі «знаходиться» в основі виникнення договору (передача речі, так би мовити, знаходиться поза межами договірної зобов'язання). По-третє, якщо сторони всупереч закону наділяють консенсуальний договір ознакою реального, такий договір розглядатиметься як оспорюваний правочин із всіма відповідним наслідками визначеними законом через призму механізму захисту суб'єктивних прав. По-четверте, сплутати розглядувані конструкції попереднього договору позики та договору позики неможливо, адже на відміну від двох окремих

договорів (попереднього договору позики та, власне, позики) заміна моделі реального договору на модель консенсуального міститься в одному договорі.

Список використаних джерел:

1. Вавженчук С.Я. До питання класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори ч. 2. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 10. С. 11-15.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Отдельные виды договоров. М.: Статут, 2000. 800 с.
3. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. Изд. 2-е., испр. М.: «Статут», 2004. 124 с.

ГАРАГОНИЧ Олександр,
доктор юридичних наук, доцент доцент кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВА РЕФОРМА ЧИ СКАСУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ ЗАРАДІ СКАСУВАННЯ

Загостренням економічної ситуації в Україні, невідповідність норм чинного законодавства новим соціально-економічним умовам вимагає проведення системних та ефективних реформ, спрямованих на вдосконалення правового регулювання економічних відносин. З метою визначення напрямків реформування системи правового регулювання відносин в економіці було розроблено Концепцію оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція оновлення ЦК) [1] та Концепцію модернізації господарського законодавства України [2].

Одна концепція базується на тому, що підприємницькі відносини, за своєю природою є передусім приватноправовими і повинні регулюватися Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) [3] зі скасуванням Господарського кодексу України (далі – ГК України) [4].

В основі другої концепції ідея оновлення законодавства на засадах взаємоузгодження публічних та приватних інтересів. Розв'язання існуючих економіко-правових проблем пропонується здійснювати шляхом перегляду наявного масиву законів, які регулюють економічні відносини, з подальшою підготовкою та прийняттям нової редакції кодифікованого акту такого законодавства. Тобто пропонується підготувати новий Економічний кодекс, який функціонуватиме як кодифікований акт законодавства, поряд з існуючим ЦК України.

Сучасний досвід регулювання економічних відносин в іноземних державах засвідчує, що право на існування мають обидві концепції. У багатьох цивілізованих країнах регулювання підприємницьких відносин здійснюється на базі цивільного кодексу. Значна кількість країн має два кодекси у сфері регулювання підприємницьких відносин цивільний та комерційний (торговий, економічний, підприємницький тощо). Є навіть країна, в якій відсутній цивільний кодекс, проте застосовується Комерційний кодекс. Це країна з найпотужнішою економікою у світі – США, в якій з 1952 року діє Єдиний комерційний кодекс США. Обрання тієї чи іншої моделі регулювання економічних відносин, зазвичай, залежить від політичної волі держави.

В Україні щодо волі держави у виборі шляхів реформування системи правового регулювання економічних відносин шальки терезів схилиються на користь Концепції оновлення ЦК. З метою її реалізації 9 вересня 2021 року до Верховної Ради України подано законопроект № 6013 «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» (далі – Проект 6013) [5], який викликав небякий резонанс. Резонансний характер даного законопроекту, обумовлений насамперед пропозиціями: скасування ГК України; радикальної зміни існуючої системи організаційно-правових форм юридичних осіб через припинення усіх підприємств шляхом реорганізації або ліквідації; корпоратизації усіх державних та комунальних унітарних підприємств; відмови від права господарського відання та права оперативного управління. У пояснювальній записці до Проекту № 6013 розробники визначили такі основні цілі його прийняття: усунення суперечностей між ЦК України та актами спеціального законодавства; реформування системи організаційно-правових форм юридичних осіб (підприємств); запровадження ефективних механізмів контролю за використанням об'єктів державної та комунальної власності; підвищення інвестиційної привабливості країни.

Аналіз Проекту № 6013 обумовлює виникнення питань щодо реальності досягнення цих цілей, задекларованих у цьому документі, і можливих ризиків від його прийняття.

Вирішення проблеми суперечностей між ЦК України та актами спеціального законодавства варто розглядати у розрізі двох площин. З однієї сторони законопроектом передбачається вирішення проблеми колізій між ЦК України і ГК України, а з другої – проблема неузгодженості з ЦК України норм інших актів господарського законодавства.

Вирішення першої проблеми законодавці планують за принципом «нема ГК України, нема й проблеми суперечностей з ЦК України». На перший погляд, якщо скасувати ГК України, то зникне неузгодженість його норм з положеннями ЦК України. І це дійсно так. Проте є і зворотній бік такого кроку. Хоча розробники й перенесли окремі положення ГК України до Проекту № 6013, однак у правовому полі виникнуть значні прогалини у

регулюванні низки важливих для економіки питань, таких як: державна економічна політика у сфері господарювання, некомерційна господарська діяльність, господарсько-правова відповідальність, правові титули майна суб'єктів господарювання та ін. Чи можливе вирішення проблеми колізій між кодексами іншим шляхом? ТАК. Наприклад, 29 вересня 2020 року до Верховної Ради України було подано законопроект за № 4164 «Про внесення змін до ГК України (щодо узгодження з положеннями ЦК України та деяких інших законодавчих актів)» [6]. Тобто альтернативний механізм усунення суперечностей є. Але, на жаль, відсутня політична воля щодо його застосування.

З приводу усунення суперечностей ЦК України з іншими актами господарського законодавства ситуація також неоднозначна. Скасування ГК України може створити проблеми у правозастосуванні норм законів та підзаконних актів, які використовують термінологічний інструментарій кодексу і для яких він є сполучною ланкою, що забезпечує системно-структурні зв'язки між актами господарського законодавства. Особливо це буде відчутно протягом періоду, під час якого органи державної влади готуватимуть проекти нормативно-правових актів для внесення змін до спеціального законодавства у зв'язку з втратою чинності ГК України. Крім того, з відмовою від реалізації Концепції модернізації господарського законодавства України і скасуванням ГК України буде втрачено можливість закласти правову базу комплексного врегулювання економічних відносин на засадах врахування як публічних, так і приватних інтересів учасників економічної діяльності. Саме оновлений ГК України може закріпити системні підходи правового регулювання економічних відносин і, як ядро економічного законодавства, забезпечити узгодженість його актів між собою.

Передбачене Проектом № 6013 реформування системи організаційно-правових форм юридичних осіб (підприємств) пропонується здійснювати шляхом поступового припинення підприємств та їх перетворення у господарські товариства. Мотивується такий крок потребою в уніфікації організаційно-правових форм юридичних осіб, врахуванні Керівних принципів Організації економічного співробітництва та розвитку щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності та ін. Вирішення питання вилучення із системи юридичних осіб підприємств планується здійснювати протягом перехідного періоду тривалістю сім років (абз. 5 ч. 1 ст. 1).

Реформа системи організаційно-правових форм юридичних осіб напряму зачіпає інтереси сотень тисяч підприємств, які існують в організаційних формах приватного підприємства, колективного підприємства, державного підприємства, казенного підприємства, комунального підприємства, спільного комунального підприємства, дочірнього підприємства, іноземного підприємства, підприємства об'єднання громадян (релігійної організації, профспілки), підприємства споживчої

кооперації, орендного підприємства, індивідуального підприємства, сімейного підприємства, спільного підприємства, фермерського господарства, колективного сільськогосподарського підприємства, малого підприємства. Згідно даних єдиного державного реєстру станом на 1 вересня 2021 року в Україні функціонують 283129 таких підприємств [7]

Запропонований розробниками законопроекту спосіб упорядкування підприємств до форми господарського товариства дуже боляче вдарить по бізнесу, а відтак і по економіці держави. Як неодноразово зазначалося представниками правової науки і юристами-практиками, реорганізація (ліквідація) підприємства – це доволі складний і витратний процес. Як вбачається, перед власниками бізнесу постане низка питань, які доведеться вирішувати:

- де знайти фахівців, які зможуть забезпечити супровід реорганізації, особливо, якщо у підприємстві є «мертві» учасники, члени чи пайовики;
- як здійснити реорганізацію (ліквідацію) за відсутності кворуму на загальних зборах;
- з яких джерел покрити витрати на оплату послуг з реорганізації, а також витрати, пов'язані зі зміною найменування господарської організації;
- та ін.

З огляду на це, очевидно, що багато підприємств не захочуть або не зможуть протягом визначеного перехідного періоду привести свою організаційно-правову форму у відповідність з вимогами закону. До регулювання діяльності таких підприємств після завершення перехідного періоду будуть застосовуватися положення Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», а статuti таких підприємств в частині, що суперечитиме Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», визнаватимуться недійсними (п. 11 Прикінцевих та перехідних положень Проекту № 6013). Щоб усвідомити масштаби такої проблеми, варто звернути увагу на досвід акціонерних товариств. За 12 років дії Закону України «Про акціонерні товариства» не привели свою діяльність у відповідність з вимогами цього нормативно-правового акту 52 % існуючих на даний момент акціонерних товариств (станом на 01 вересня 2021 року 7107 із 13661).

Якщо оцінити таку ситуацію з точки зору інвесторів, для яких систему організаційно-правових форм юридичних осіб «роблять зрозумілою», то чи захочуть вони інвестувати кошти у такі квазітовариства. Як їм пояснити, що, наприклад, підприємство релігійної організації чи колективне сільськогосподарське підприємство насправді зовсім і не підприємство, а товариство з обмеженою відповідальністю. І те, що написано у статуті такого «непідприємства», уже не має юридичного значення і до уваги слід брати положення закону про товариства з обмеженою відповідальністю.

На особливу увагу заслуговує питання корпоратизації державних та комунальних унітарних підприємств. Адже правовий статус таких підприємств це не стільки питання організаційно-правових форм, скільки

питання управління публічною власністю в сфері економічних відносин. Наразі рішення щодо розпорядження державним і комунальним майном приймають уповноважені органи влади (Кабмін, міністерства, місцеві ради тощо). Пошук покупця або орендаря державного (комунального) майна здійснюється на конкурентних засадах через систему Прозорро. Проектом № 6013 забороняється закріплення за підприємствами майна на праві господарського відання і праві оперативного управління (ст. 21). Після реорганізації державних і комунальних унітарних підприємств закріплене за ними на праві господарського відання чи оперативного управління майно, підлягає внесенню до статутних капіталів господарських товариств – правонаступників. У результаті, таке державне і комунальне майно стане власністю господарських товариств.

З огляду на це існує ризик того, що корпоратизація підприємств державного і комунального сектора економіки може використовуватися як спосіб заволодіти державним чи комунальним майном. Наприклад, директор підприємства, нехай і з перевищенням повноважень, може продати таке майно. Відповідно ж до ч. 3 ст. 92 ЦК України у відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження. Звичайно, з директора можна буде стягнути заподіяні збитки. І поки йтимуть суди з таким керівником, право власності товариства на майно, яке йому було передано до статутного капіталу державою чи територіальною громадою, вже перейде до іншої особи.

Корпоратизація державних та комунальних підприємств і відмова від права господарського відання та оперативного управління також можуть спричинити втрату державою і територіальними громадами низки джерел наповнення державного і місцевих бюджетів. Сьогодні бюджет отримує мільярди гривень від оренди, продажу і приватизації державного майна. Прийняття Проекту № 6013 і скасування ГК України може призвести до втрати надходжень до державного бюджету із цих джерел оскільки державне майно буде закріплено за господарськими товариствами і кошти з оренди та відчуження майна, яке є власністю товариств, будуть надходити на їх рахунки. І саме товариства будуть розпоряджатися цими коштами.

Існує ще одна загроза для державного і комунального сектора економіки – неприйняття рішень про реорганізацію (ліквідацію) державних (комунальних) унітарних підприємств у встановлені Проектом № 6013 строки. У такому разі подальша доля державного і комунального майна буде невизначеною. Не буде балансоутримувача. Не буде особи (підприємства, установи, організації), яка за нього відповідає, і з керівника якої можна вимагати збереження майна у належному стані.

Мало того, Проектом № 6013 передбачено, що якщо державне (комунальне) майно не буде передано в управління чи оренду господарському товариству, то воно буде закріплено за таким товариством

на праві власності (абз. 2 п. 12 Прикінцевих та перехідних положень Проекту № 6013). У такому разі велика ймовірність того, що окремі керівники органів державної влади і місцевого самоврядування «не захочуть» з тих чи інших міркувань прийняти рішення про передачу майна в управління (оренду) або блокуватимуть процес внесення майна до статутних капіталів господарських товариств – правонаступників припинених підприємств.

Питаннями, які були роглянуті вище, проблеми, пов'язані зі скасуванням ГК України, реформуванням системи організаційно-правових форм та правового режиму майна юридичних осіб, не вичерпуються. А тому, щоб мінімізувати небезпечні для вітчизняної економіки ризики, має бути проведено докладний аналіз економічних і правових наслідків прийняття Проекту № 6013.

Список використаних джерел:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ, Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
2. Концепція модернізації господарського законодавства України. Юридичний вісник України. 2021. № 13-15. С. 18-19.
3. Цивільний кодекс України: Закон України № 435-IV від 16 січня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
4. Господарський кодекс України: Закон України № 436-IV від 16 січня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
5. Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період: проект Закону України № 6013 від 09 вересня 2021 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707.
6. Про внесення змін до ГК України (щодо узгодження з положеннями ЦК України та деяких інших законодавчих актів): проект Закону України № 4164 від 29 вересня 2020 року. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=70074.
7. Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoj/ukr/EDRPU_2021/ks_opfg/arh_ks_opfg_21.htm.

ГОНЧАРЕНКО Олена,

доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ВІДОКРЕМЛЕНІ ПІДРОЗДІЛИ ПІДПРИЄМСТВА: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Проблематика належного регулювання правового статусу відокремлених підрозділів юридичної особи є особливо актуальною в аспекті усунення колізій між Господарським кодексом України (далі-ГК України) та Цивільним кодексом України (далі - ЦК України). Слід констатувати, що законодавство України з цього питання фрагментарне, має прогалини та колізії щодо поняття, ознак, форм відокремлених підрозділів юридичної особи. Зокрема, відповідно до частини 8 статті 19 ГК України «Усі суб'єкти господарювання, відокремлені підрозділи юридичних осіб, виділені на окремий баланс, зобов'язані вести первинний (оперативний) облік результатів своєї роботи, складати та подавати відповідно до вимог закону статистичну інформацію та інші дані, визначені законом, а також вести (крім громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які провадять господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці) бухгалтерський облік та подавати фінансову звітність згідно із законодавством».

Згідно із частиною 6 статті 55 ГК України «суб'єкти господарювання мають право відкривати свої філії, представництва, інші відокремлені підрозділи без створення юридичної особи». Відповідно до частини 2 статті 58 ГК України встановлено, що «відкриття суб'єктом господарювання філій (відділень), представництв без створення юридичної особи не потребує їх державної реєстрації». Слід зауважити, що у цьому положенні слово «філія» доповнюється у дужках словом «відділень». Відомості про відокремлені підрозділи суб'єктів господарювання залучаються до її реєстраційної справи та включаються до Єдиного державного реєстру в порядку, визначеному законом. Також відповідно до частини 4 статті 64 ГК вказується, що підприємство має право створювати філії, представництва, відділення та інші відокремлені підрозділи, погоджуючи питання про розміщення таких підрозділів підприємства з відповідними органами місцевого самоврядування в установленому законодавством порядку. Такі відокремлені підрозділи не мають статусу юридичної особи і діють на основі положення про них, затвердженого підприємством. Підприємства можуть відкривати рахунки в установах банків через свої відокремлені підрозділи відповідно до закону. Частина 3 статті 117 ГК України передбачає, що діяльність філій, представництв та інших відокремлених

підрозділів підприємств, утворених за законодавством інших держав, здійснюється на території України відповідно до законодавства України. Отже, до форм відокремлених підрозділів ГК України відносить представництва, філії, відділення та інші відокремлені підрозділи, перелік яких не є вичерпним.

Системний аналіз положень ГК України призводить до висновку, що до ознак відокремленого підрозділу можна віднести:

відокремлений підрозділ не має статусу юридичної особи і діє на основі положення про нього, затвердженого підприємством;

відокремлені підрозділи юридичних осіб, виділені на окремий баланс, зобов'язані вести первинний (оперативний) облік результатів своєї роботи, складати та подавати відповідно до вимог закону статистичну інформацію та інші дані, визначені законом, а також вести (крім громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які провадять господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці) бухгалтерський облік та подавати фінансову звітність згідно із законодавством»;

відокремлений підрозділ відкривається суб'єктом господарювання та не потребує окремої державної реєстрації;

питання про розміщення таких відокремлених підрозділів підприємства погоджується з відповідними органами місцевого самоврядування в установленому законодавством порядку;

підприємства можуть відкривати рахунки в установах банків через свій відокремлений підрозділ відповідно до закону.

Отже, до форм відокремлених підрозділів ГК відносить представництва, філії, відділення та інші відокремлені підрозділи, перелік яких не є вичерпним.

У цьому аспекті важливим є розуміння поняття «структурні підрозділи». Згідно із частиною 7 статті 3 ГК України внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами. Однак у цій статті не зазначається чи такі підрозділи є відокремленими чи ні. Науковці щодо визначення дефініції «структурних підрозділів» підприємства мають різні думки. В.Ю. Цьомра вказує, що будучи створеними юридичними особами, представництва, як і філії, є елементами організаційної структури засновника. Їх керівники призначаються юридичною особою і діють на підставі виданої нею довіреності [1, с. 114]. Також у науці стверджується: «Структурним підрозділом підприємства є така його ланка, яка має відособлені, чітко визначені функції у виробничому процесі, відмінні від функцій інших ланок, і в силу цього входить у ціле як організаційно відособлена від інших підрозділів частина підприємства. Філії, представництва, відділення й інші відокремлені підрозділи (які не є юридичними особами) можуть створюватися підприємствами за своїм розсудом. Вищезгадані структурні підрозділи, не будучи юридичними

особами, функціонують на підставі не статуту, а індивідуальних положень, затверджених керівництвом підприємства»[2, с. 85]. С. М. Грудницька зазначає, що відокремлені підрозділи можна розглядати як підприємства без права на статус юридичної особи [3, с. 137].

Водночас структура статті 64 ГК України не дає чіткого розуміння про відмінності між відокремленими та невідокремленими підрозділами. Такій невизначеності сприяє перш за все неузгоджена термінологія. Представництва та філії – це визначені форми відокремлених підрозділів, а виробничі структурні підрозділи та функціональні структурні підрозділи апарату управління – це підходи щодо організаційної структури юридичної особи та можливо самого відокремленого підрозділу. Зокрема, поняття виробничих структурних підрозділів та функціональних структурних підрозділів є збірним, враховуючи різноманіття встановлених невичерпним переліком видів структурних підрозділів відповідно до статті 64 ГК (виробництв, цехів, відділень, дільниць, бригад, бюро, лабораторій, управлінь, відділів, бюро, служб тощо). Підприємство у своїй структурі може мати як відокремлені підрозділи так і такі, які входять до організаційної структури як його частина лише віддільна від інших підрозділів у межах юридичної особи.

Така загальна неузгодженість комплексно впливає на усе законодавство. Зокрема, відповідно до частини 1 статті 33 Закону України «Про вищу освіту» № 1556-VII від 01.07.2014 року структурними підрозділами закладу вищої освіти можуть бути: навчально-науковий інститут – структурний підрозділ університету, академії, інституту, що об'єднує відповідні кафедри, лабораторії, науково-дослідні центри та експериментальні лабораторії, які провадять освітню діяльність і проводять наукові дослідження тощо 4⁻¹) фаховий коледж може бути (відокремленим) структурним підрозділом закладу вищої освіти відповідно до Закону України «Про фахову передвищу освіту». Відповідно до частини 9 статті 33 Закону України «Про вищу освіту» структурний підрозділ закладу вищої освіти, розташований в іншому населеному пункті, ніж місцезнаходження закладу вищої освіти, є територіально відокремленим структурним підрозділом. Тобто, законодавець дуже широко підійшов до розуміння структурного підрозділу, визначивши фактично певну «гібридну» форму як «територіально відокремлений структурний підрозділ». Деякі науковці зазначають, що основною ознакою відокремленого підрозділу є саме його окреме територіальне розташування від основної юридичної особи. У науці податкового права акцентується увага на такій проблемі як створення підрозділу без статусу відокремлених з їх місцезнаходженням відмінним від податкової адреси юридичної особи, що призводить до порушення прав територіальної громади [4, с. 107]. Отже, в аспекті оподаткування нагальною є питання розуміння відмінних рис відокремлених та невідокремлених структурних підрозділів.

Для вирішення цієї проблеми було запропоновано низку змін до Господарського кодексу України. Зокрема, проектом Закону України реєстр. № 4239 від 20.10.2020 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння сплати податку на доходи фізичних осіб до відповідних місцевих бюджетів за фактичним місцезнаходженням відокремленого підрозділу юридичної особи» пропонується передбачити, що відомості про функціональні структурні підрозділи апарату управління та виробничі структурні підрозділи, як і інші відокремлені підрозділи, вносяться в Єдиний державний реєстр юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, що дасть можливість контролю сплати податків таких структурних підрозділів на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці (громади). Запропонована конкретизація положення нормативно-правового акту, а саме форм відокремлених підрозділів господарювання: філії, представництва, виробничі структурні підрозділи та функціональні структурні підрозділи апарату управління видається зайвою. При чому запропоновані форми не є однопорядковими, враховуючи логіку нормотворення, оскільки представництва та філії – це визначені форми відокремлених підрозділів, а виробничі структурні підрозділи та функціональні структурні підрозділи апарату управління – це підходи щодо організаційної структури юридичної особи. Зокрема, поняття виробничих структурних підрозділів та функціональних структурних підрозділів є збірним, враховуючи різноманіття встановлених невичерпним переліком видів структурних підрозділів відповідно до статті 64 ГК (виробництв, цехів, відділень, дільниць, бригад, бюро, лабораторій, управлінь, відділів, бюро, служб тощо).

Не вирішує цього питання і законопроект реєстр. № 4164 від 29.09.2020 року, який навпаки передбачає прибрати таку ознаку відокремленого структурного підрозділу як окремий баланс та обов'язок вести первинний (оперативний) облік результатів своєї роботи, що тільки додасть гостроти проблемі [5].

Принагідно відзначимо, що відповідно до частини 3 статті 64 ГК, підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру. Така можливість самостійно визначати організаційну структуру характеризує підприємство з позиції саморегулювання. Саморегулювання, це коли правила поведінки (стандарты) створюються самими представниками відповідного виду економічної діяльності, застосовуються, захищаються та ними ж контролюються [6, с. 64]. У аспекті цієї статті – це свобода організації внутрішньої структури підприємства. Відокремлені підрозділи можуть мати територіальну відособленість, більшу ступінь організаційної та функціональної самостійності, на відміну від невідокремлених підрозділів.

Слід нагадати і про особливості діяльності суб'єктів господарювання з іноземним елементом. Відповідно до статті 14.1.193 Податкового кодексу України постійне представництво – постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська діяльність нерезидента в

Україні, зокрема: місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; установка або споруда для розвідки природних ресурсів; шахта, нафтова/газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів; склад або приміщення, що використовується для доставки товарів, сервер.

Відокремленим підрозділам притаманна складна організаційна структура, якій властива система внутрішніх соціально-правових зв'язків (органи управління, структурні підрозділи тощо) [1, с. 115].

На практиці часто зустрічається використання суб'єктами господарювання словосполучення «відокремлений підрозділ» з метою визначення правового статусу організаційної одиниці, а потім надається уже власна назва такого відокремленого підрозділу. Наприклад, Державне підприємство «Національна атомна енергогенеруюча компанія «Енергоатом» відповідає за експлуатацію атомних електростанцій (далі-АЕС) та має у своїй структурі такі відокремлені підрозділи — Запорізьку, Південно-Українську, Рівненську, Хмельницьку АЕС та інші. Проводячи аналіз правового статусу АЕС як відокремленого підрозділу державного підприємства, І.В. Сіра приходиться до висновку, що АЕС — це організаційно і майново відокремлений підрозділ суб'єкта господарювання, який виступає у зовнішніх господарських відносинах від імені суб'єкта господарювання ДП НАЕК «Енергоатом» і у внутрішньогосподарських відносинах — від власного імені [7, с. 382], а також, що структурний підрозділ АЕС створюється для певної відокремленої функції підприємства або декількох функцій, якими його наділяє державне підприємство і які викладені у Положенні [7, с. 381].

Стаття 95 ЦК України визначає поняття представництва та філії юридичної особи та до особливої ознаки цих відокремлених підрозділів відносить: розташування поза її місцезнаходженням. Також вказаний нормативно-правовий акт до ознак представництв та філій відносить: наділення майном юридичної особи, що їх створила та здійснення дій на основі затвердженого нею положення; відомості про філії та представництва юридичної особи включаються до єдиного державного реєстру; керівники філій та представництв призначаються юридичною особою і діють на підставі виданої нею довіреності. Слід наголосити, що положення ЦК України стосуються тільки діяльності представництв та філій.

Таким чином, розуміння поняття «відокремлених підрозділів» у законодавстві України не узгоджене. Важливими відмінними характеристиками відокремлених підрозділів, які передбачена в ЦК України є «розташування поза місцезнаходженням» юридичної особи відокремленого підрозділу та чітке поняття «представництва» та «філії», а у ГК України - виділення на окремий баланс відокремлених підрозділів юридичних осіб та невичерпний перелік можливих форм відокремлених підрозділів.

Водночас для вирішення вказаних проблеми щодо розуміння спільних та відмінних рис відокремлених та невідокремлених підрозділів підприємства

слід внести зміни до ГК України. Пропоную частини 3 цієї статті визначити як частину 1 та викласти статтю 64 ГК України у такій редакції:

«1. Підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, встановлює чисельність працівників і штатний розпис. **До організаційної структури підприємства можуть входити невідокремлені (структурні) та відокремлені підрозділи.**

Організаційна структура підприємства, яке є резидентом Дія Сіті, визначається ним самостійно з урахуванням положень Закону України "Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні".

2. Підприємство, **відокремлений підрозділ** може складатися з виробничих структурних підрозділів (виробництв, цехів, відділень, дільниць, бригад, бюро, лабораторій тощо), а також функціональних структурних підрозділів апарату управління (управлінь, відділів, бюро, служб тощо).

3. Функції, права та обов'язки структурних підрозділів підприємства визначаються положеннями про них, які затверджуються в порядку, визначеному статутом підприємства або іншими установчими документами». Такі зміни сприятимуть удосконаленню господарського законодавства та усунуть розбіжності щодо тлумачення статті 64 ГК України.

Список використаних джерел:

1. Цьомра В. Ю. Чи є правосуб'єктними відокремлені підрозділи юридичної особи? Молодий вчений. 2019. № 7(1). С. 113-117.

2. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. Ред. кол. Г.Л. Знаменський, Д.Х. Липницький, В.К. Мамутов (голова редколегії), І.Г. Побірченко, Д.М. Притика, В.В. Хахулін, Ю.С. Шемшученко, В.С. Щербина, О.І. Ющик.Юрінком Інтер, 2004. 442 с.

3. Грудницкая С.Н. Филиалы и партнерства как предприятия без прав юридического лица. *Актуальні проблеми права: теорія і практика: зб. наук. пр.* Луганськ, 2010. № 18. С. 136–144.

4. Якимчук Н.Я. Правові проблеми визначення поняття відокремленого підрозділу юридичної особи в контексті визнання місцевого бюджету до якого належить перераховувати податок на доходи фізичних осіб. *Публічне право.* 2017. № 3. С. 102-107.

5. Про внесення змін до Господарського кодексу України (щодо узгодження з положеннями Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів) 29.09.2020.

URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70074 (дата звернення: 12.08.2021).

6. Гончаренко О. Саморегулювання та співрегулювання господарської діяльності. *Підприємництво, господарство і право.* 2017. № 9. С. 62-66.

7. Сіра І. В. Поняття та ознаки АЕС як відокремлених підрозділів державного підприємства. *Правове регулювання економіки.* 2012. № 11-12. С. 371-382.

*ДЕРЕВ'ЯНКО Богдан,
доктор юридичних наук, професор, головний
науковий співробітник відділу правового
забезпечення ринкової економіки НДІ приватного
права і підприємництва імені академіка
Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

ДЕВЕЛОПЕРСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК НОВИЙ ПОТЕНЦІЙНИЙ ТА РЕАЛЬНИЙ ВИД ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Протягом декількох останніх років активізувалися процеси, спрямовані на скасування чинності Господарського кодексу України (далі – ГК України) [1] та окремих спеціальних законів і підзаконних актів, що визначають правовий режим діяльності окремих видів суб'єктів господарювання, зокрема підприємств та господарських товариств. Різноманітні види господарської діяльності пропонується регулювати нормами Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), покликаного згідно із частиною 1 статті 1 «Відносини, що регулюються цивільним законодавством» врегульовувати лише особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [2]. Відносини ж у сфері господарювання є значно складнішими за особисті немайнові та майнові, що є предметом регулювання цивільним законодавством. Ці відносини поряд із досягненням приватних інтересів спрямовані на досягнення інтересів публічних. Регулювання відносин у господарській сфері, в економіці є набагато складнішим, ніж відносини, які можуть врегулюватися цивільним законодавством. І загалом, розвиток людства, науково-технічний прогрес, зміни в організації виробництва викликають перманентну появу нових видів господарської діяльності, що потребують окремого складного, часто комплексного регулювання, що може і повинно спиратися на загальні стандарти, вироблені теорією права та способами регулювання у межах спеціального господарського законодавства.

Нещодавно, а саме наприкінці 2019 року нами було наведено лише чотири відносно нових види господарської діяльності, які найближчим часом можуть бути легалізовані (як у випадку із видобутком («майнінгом») криптовалют чи діяльністю у сфері грального бізнесу), запроваджені (як генерування енергії та використання у господарській діяльності засобів виробництва, що використовують енергію води та світла; а також видобуток корисних копалин на інших планетах) [3, с.81]. З моменту оприлюднення наведеного виступу та опублікування тез доповіді менш як за рік було прийнято (14 липня 2020 року) та набрано чинності (13 серпня 2020 року) Законом України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», яким було дано тлумачення відповідним визначенням, диференційовано види грального бізнесу, схарактеризовано

види суб'єктів грального бізнесу й особливості їх правового статусу, визначено органи контролю, запроваджено ліцензування та ін. [4]. Тобто інформація у наших тезах доповіді виявилася «пророчною» або, скоріше, передбачуваною та прогнозованою. Так само достатньо швидко може бути легітимізована у межах господарського законодавства і діяльність із: - видобутку енергії за допомогою застосування водневих двигунів внутрішнього згоряння та стимулювання масового виробництва в Україні автомобілів із такими двигунами; - видобутку корисних копалин або ресурсів на інших планетах, у раніше недоступних місцях або у раніше неможливий спосіб тощо. Очевидно, що ще швидше будуть легалізовані операції із видобутку, вирахування, «майнінгу» одиниць криптовалюти. Такі операції сьогодні активно проводять окремі громадяни і суб'єкти господарювання. Уже зараз їм у більшій або меншій мірі притаманні ознаки, що характеризують фактичну економічну сутність як правосуб'єктне утворення – 1) наявність єдиної назви та визначеність організаційно-правової форми суб'єкта господарювання; 2) майнова відокремленість; 3) наявність господарських прав та обов'язків; 4) відповідальність за результати господарювання [5, с. 170-171]. У «майнерів» сьогодні відсутня ознака «Легітимність існування в якості суб'єкта господарювання» [5, с. 170-171] та ознаки, сформульовані В.С.Щербиною як «Вид та організаційна (організаційно-правова) форма суб'єкта» і «Порядок утворення (набуття статусу) і державної реєстрації суб'єкта» [6, с. 7-8], з яких перша є неповним синонімом ознаки «наявність єдиної назви та визначеність організаційно-правової форми суб'єкта господарювання», а друга – синонімом ознаки «Легітимність існування в якості суб'єкта господарювання». Тобто сьогодні лише легітимації не вистачає «майнерам» для відкритого здійснення нового офіційно визнаного (саме після легітимації) виду господарської діяльності – «майнінгу» криптовалюти. Тим більше, що у Верховній Раді України вже знаходиться декілька відповідних законопроектів. Нові види господарської діяльності регулюватимуться спеціальним законодавством із одночасним внесенням загальних норм до ЦК України та ГК України згідно з предметами регулювання відносин цими кодексами.

Найближчим часом не можна виключати стрімкої появи нових видів господарської діяльності, як схожих із попередньо наявними і легалізованими, так і абсолютно нових та революційних. Підприємницька діяльність є фундаментом соціально-економічного зростання України, а тому вимагає належного нормативно-правового регулювання, яке б враховувало мінливі фактори розвитку відносин у різних сферах господарювання. Сьогодні в Україні і світі з'являються нові види господарської, а в її межах підприємницької діяльності. Їх поява може бути викликана як новаціями науково-технічного прогресу, так і новаціями в інтенсивному типі господарювання, коли покращується сам процес виробництва і на основі відомих видів господарської діяльності виникають нові.

У контексті викладеного вище особливий інтерес становить підприємництво у сфері будівництва нерухомості, яке на фоні запозичення інноваційних зарубіжних практик ведення бізнесу зазнає трансформації в напрямку виділення девелоперської діяльності як окремого виду підприємницької діяльності. Ця діяльність передбачає організацію здійснення професійним суб'єктом господарювання в інтересах замовника сукупності дій щодо розробки, безпосередньої реалізації та залучення до фінансування проєктів, пов'язаних зі створенням чи якісним перетворенням об'єктів нерухомості, підвищенням їх ринкової вартості та інвестиційної привабливості.

Зараз девелоперська діяльність фактично регулюється загальними положеннями господарського законодавства та не має окремого спеціального правового визначення і регулювання. Разом з тим, наявність на розгляді у Верховній Раді України законопроектів, які містять окремі положення, пов'язані з девелоперською діяльністю та суб'єктами її здійснення, свідчить про гостроту цієї проблематики та практичну необхідність розробки науково обґрунтованих положень щодо її системного й узгодженого законодавчого закріплення.

Девелоперська діяльність уже була предметом досліджень низки зарубіжних науковців, проте в Україні досі не отримала належного висвітлення, зокрема, в частині господарсько-правового регулювання. Значна кількість українських вчених, зокрема економістів, юристів, певна частина з яких є представниками господарсько-правових шкіл, досліджувала окремі елементи девелоперської діяльності. Проте окремих комплексних досліджень саме девелоперської діяльності, а не господарської діяльності у сфері будівництва, до сьогодні проведено не було. Винятком може бути хіба що «свіже» дисертаційне дослідження, проведене Я.С. Бляхарським та захищене 30 вересня 2021 року [7]. Зважаючи на новизну та унікальність цього дослідження, слід приділити увагу аналізу його найбільш революційних положень.

Так, визначальною для характеристики поняття «девелоперська діяльність» як виду господарської діяльності є категорія «девелопмент нерухомості», яка вживається у трьох самостійних значеннях: 1) як вид підприємницької діяльності (девелоперська діяльність), тобто власне часто і є синонімом поняття девелоперської діяльності; 2) як матеріально-технічне якісне перетворення нерухомості, тобто як фізичний процес; 3) як управлінський процес, тобто як діяльність із організації та практичної реалізації діяльності із революційно якісного поліпшення стану об'єктів нерухомості [7, с. 25, 34, 102, 199].

Загалом для чіткого практичного і нормативного розмежування між собою понять «девелопмент нерухомості» та «девелоперська діяльність» Я.С. Бляхарський запропонував девелоперську діяльність розуміти як підприємницьку діяльність девелопера, спрямовану на організацію в інтересах замовника сукупності дій щодо розробки, безпосередньої

реалізації та залучення до фінансування проєктів, пов'язаних зі створенням чи якісним перетворенням об'єктів нерухомості, підвищенням їх ринкової вартості та інвестиційної привабливості шляхом комплексної підготовки земельної ділянки до подальшої забудови, будівництва нових чи реконструкції існуючих об'єктів нерухомості [7, с. 25, 43, 57, 103, 113, 199]. Поряд із цим визначенням Я.С. Бляхарським надається дуже схоже із ним визначення поняття «девелопер» [7, с. 25, 43, 113, 199, 201]. Надання такого визначення та порівняння його й виокремлення від подібних категорій, які використовуються для позначення різних суб'єктів будівництва [7, с. 113-119], є значним позитивом. Проте, навряд чи є потреба у надмірному навантаженні законодавчих актів схожими визначеннями понять, нехай і нових. Уявляється, що достатньо було б після пропозиції нового поняття «девелоперська діяльність» визначити, що «девелопер» це суб'єкт господарювання, який здійснює таку діяльність, а далі надати його характеристики, зокрема і в законодавстві. Стосовно визначення основних положень правового забезпечення нового виду господарської діяльності – девелоперської діяльності, слід повернутися до того, з чого починалися тези доповіді. Доцільним і раціональним у цьому напрямку буде реалізація пропозицій із неодноразово згадуваного дисертаційного дослідження Я.С. Бляхарського, за якими можна буде на державному рівні: 1) включити окрему главу до ГК України щодо визначення правових засад здійснення девелоперської діяльності; 2) запровадити до Класифікатора видів економічної діяльності ДК 009:2010 девелоперської діяльності як окремого виду; 3) внести зміни і доповнення до спеціальних Законів України «Про регулювання містобудівної діяльності» [8], «Про інвестиційну діяльність» [9], «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» [10], «Про страхування» [11], спрямованих на визначення місця девелопера серед учасників будівництва, визначення його прав, обов'язків та відповідальності тощо.

Не менш важливим є нормативне закріплення у нормах законодавчих актів, зокрема і в ГК України та ЦК України, положень про девелоперський договір; його види; істотні умови – предмет, ціну, строк, розмір очікуваного (орієнтовного) обсягу підвищення ринкової вартості та/або інвестиційної привабливості об'єкта нерухомості, створеного чи отриманого в результаті їх якісного перетворення; порядок залучення до реалізації девелоперського проєкту грошових коштів інвесторів, набувачів майнових прав на об'єкт нерухомості; а також додатково для девелоперського договору з інвестиційним елементом – порядку розподілу між сторонами прав на об'єкт нерухомості, на який спрямовано девелоперську діяльність [7, с. 26, 27, 28, 158, 174, 195-197, 204-205].

Реалізація наведених вище пропозицій щодо визнання девелоперської діяльності новим видом господарської, а в її межах підприємницької діяльності, сприятиме ефективнішій роботі самих потенційних девелоперів, більш ефективному регулюванню і контролю такої діяльності, підвищенню

доходів потенційних замовників, девелоперів-виконавців, державного і місцевих бюджетів. Зрозуміло, що буде достатньо складно реалізувати на сучасному соціально-політико-економічному етапі розвитку держави викладеного у кількох попередніх абзацах. У цьому зв'язку є важливим навести запропонований нами два роки тому напрям легітимації нових або фактично існуючих, проте нелегітимованих видів господарської діяльності: 1) можливість здійснення нових видів діяльності має бути законодавчо забезпечена господарським законодавством України. На першому етапі може бути застосовано правило аналогії закону; 2) пізніше у будь-якому разі має бути розширене різнорівневе та різногалузеве господарське законодавство. Сьогодні не на часі говорити про декодифікацію господарського законодавства. Прогресом буде його рекодіфікація у бік підвищення якості регулювання і збільшення обсягів та змісту [3, с. 81].

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18-22. Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Деревянко Б.В. Нові види господарської діяльності як резерв розширення предмета регулювання господарським законодавством. *Правове забезпечення соціально-економічного розвитку: стан та перспективи*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої 35-річчю кафедри господарського права Донецького національного університету імені Василя Стуса (м. Вінниця, 11–12 жовтня 2019 р.). Наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко. Вінниця: Донецький національний університет імені Василя Стуса, 2019. С. 80–81. URL: <http://dspace.puet.edu.ua/handle/123456789/7462>
4. Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор: Закон України від 14 липня 2020 року № 768-IX. *Голос України*. №№ 141-142 від 12 серпня 2020 року.
5. Деревянко Б.В. Про порівняння господарської діяльності з видобутком криптовалюти («майнінгом») та здійсненням операцій із нею. *Право України*. 2018. № 5. С. 164–175.
6. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: монографія / В. С. Щербина. К.: Юрінком Інтер, 2008. 264 с.
7. Бляхарський Я.С. Господарсько-правове регулювання девелоперської діяльності: дис. ... докт. філософії у галузі права. Хмельницький, 2021. 270 с.
8. Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17 лютого 2011 року № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 343.

9. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18 вересня 1991 року № 1560-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 47. Ст. 646.

10. Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю: Закон України від 19 червня 2003 року № 978-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 52. Ст. 377.

11. Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

*ДЖУМАГЕЛЬДІЄВА Гульнара,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
професор кафедри права та правоохоронної діяльності
Державного університету «Житомирська політехніка»*

КОМПЕТЕНЦІЯ РЕГУЛЯТОРА РИНКУ ЕЛЕКТРОЕНЕРГІЇ

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – Регулятор) – центральна фігура процесу реформування ринку електроенергетики, з якою пов’язані гарантії ринкового способу управління, прозорості та передбачуваності політики у відповідній сфері. В свою чергу, здатність Регулятора виконувати відведену роль залежить від компетенції, якою його наділив законодавець.

Ґрунтовний внесок у розвиток теорії господарсько-правової компетенції зроблений Г.В. Пронською [1], В.К. Мамутовим [2] та іншими вченими. Попри певні розбіжності у визначенні компетенції органу державного управління, у широкому сенсі її розуміють як сукупність його законодавчо визначених повноважень, тобто прав та обов’язків. Втім таке законодавче визначення може здійснюватися у різний спосіб, що впливає на якість правового регулювання відносин у відповідній сфері. Г.В. Пронською на прикладі міністерств досліджена взаємозалежність між способом визначення компетенції та ефективністю її реалізації [3, с. 363-365]. Окремі висновки мають історичну цінність, але основний постулат стосовно взаємозв’язку між непорядкованістю нормативно-правових актів, присвячених компетенції, та порушенням (обмеженням) суб’єктивних прав та інтересів зберігає актуальності і зараз, що підтверджує практика діяльності Регулятора.

Визначенням компетенції Регулятора у 2016 р. законодавець мав розв’язати доволі складне завдання, одночасно забезпечивши правонаступництво органів державного управління у сфері енергетики та перехід до ринкової моделі управління, не провокуючи при цьому управлінського хаосу; створення нового за філософією функціонування органу, який не є «чужорідним тілом» для існуючої системи органів

державного управління та здатен до взаємодії з іншими її елементами; відповідність правового статусу цього органу вимогам ЄС, які у певних випадках за змістом відрізняються від традиційних підходів до органів державного управління у національному законодавстві (зокрема, стосовно ступеня автономності рішень та ін.).

Відповідно до пп. 80-86 Директиви 2019/944 ЄС стосовно спільних правил для внутрішнього ринку електроенергії та поправок до Директиви 2012/27 ЄС (далі – Директива про ринок електроенергії) Регулятор одночасно виступає як:

(1) самостійна одиниця у системі органів державної влади, яка є незалежною від будь-яких приватних та державних інтересів, включаючи бюджетний аспект, що не виключає парламентський та судовий контроль у відповідності до національного законодавства. При цьому затвердження бюджету Регулятора та правил його використання не свідчать про обмеженість його незалежності;

(2) орган с функціями державного контролю у сфері технічного регулювання, який не конкурує при цьому із іншими органами спеціальної компетенції у зазначеній сфері, завдяки розмежуванню за цільовим та предметним критеріями. Зокрема, метою контролю з боку Регулятора є здійснення вирішального впливу на технічні параметри енергоринку, а саме, у сфері забезпечення стійкості функціонування мереж (експлуатаційна спроможність операторів систем передачі і операторів систем розподілу, розвиток віддаленого моніторингу та управління підстанціями в реальному часі, скорочення втрат в мережі, частота та тривалість перебоїв в подачі електроенергії тощо);

(3) орган с функціями державного управління у сфері ціноутворення, який не конкурує із іншими органами спеціальної компетенції у зазначеній сфері та своєю владою не визначає ціни/тарифи, а забезпечує їх легітимність шляхом встановлення/затвердження відповідних величин на основі пропозиції оператора або на основі пропозиції, узгодженої між операторами та користувачами мережі, відстежуючи їх недискримінаційність та обгрунтованість;

(4) орган вирішення спорів з елементами юрисдикційних повноважень (з можливістю судового оскарження ухвалених рішень) або без таких повноважень, який має компетенцію для проведення власних розслідувань та врегулювання спорів, а також ухвалення обов'язкових рішень щодо учасників ринку та накладення санкцій на порушників самостійно або шляхом звернення до суду;

(5) орган зі спеціальними повноваженнями у сфері конкуренції, який не конкурує та не підміняє антимонопольний орган, завдяки звуженому предметно-функціональному призначенню. Зокрема, Регулятор повинен мати право приймати рішення про відповідні заходи, що забезпечують вигоди для споживачів за рахунок заохочення ефективної конкуренції, необхідної для належного функціонування внутрішнього ринку

електроенергії, незалежно від застосування правил конкуренції у національному законодавстві;

(б) орган, правосуб'єктність якого дозволяє участь у міждержавних об'єднаннях регуляторів, створених для забезпечення координації консультацій з метою спільного вирішення ситуацій, що виникають на ринку електроенергії.

Первочною характеристикою компетенції Регулятора виступає перша, а саме його незалежність від будь-яких державних та приватних інтересів, адже ступінь повноти її втілення у правовому статусі визначає межі можливостей стосовно реалізації інших характеристик.

Незалежність Регулятора від кон'юнктури політичного та бізнес-середовища виступає, з одного боку, запобіжником від різких змін на ринку під впливом факторів тимчасового характеру, з іншого, - передумовою для створення конкурентного ринку у секторі з надвисоким рівнем монополізації.

За концептуальним задумом фігура Регулятора має бути своєрідним ідеальним провідником, крізь який безперешкодно проходять ринкові перетворення у сектор електроенергетики [4; 5; 6]. Кінцева мета його діяльності у цьому статусі – вільна конкуренція на ринку електроенергетики, в умовах якої: (1) ціни на енергію є низькими, адже споживач не обирає постачальників з невідгідними ціновими пропозиціями; (2) вхід на ринок є відкритим для будь-якого суб'єкта, що виявив бажання здійснювати систематичну діяльність або ситуативно виконувати окремі операції у цій сфері. Похідними від зазначених загальних умов функціонування ринку електроенергії є захищеність прав споживача, прозорість та економічна ефективність ринку.

Створення вільного ринку електроенергії – амбітна мета, досягнення якої ускладнено не лише існуючим ступенем його монополізації. Суттєвими викликами є також обмеженість доступних енергоресурсів та технологій, особливо тих, що передбачають мінімальне екологічне навантаження, низька маневреність для експериментів, обумовлена впливом енергетичного сектору на усі сфери життєдіяльності, технічна та інфраструктурна багатогаспектність тощо.

За таких умов реалізація головного завдання – створення конкурентного середовища вимагатиме запровадження специфічних механізмів, які не завжди корелюватимуть із канонами державного управління. Отже, для їх просування потрібен і специфічний провідник, правовий статус якого, з одного боку, включає державну компоненту як передумову владних повноважень та запобіжник владного свавілля, з другого боку, у функціональному зрізі виводить Регулятора за межі системи органів державної влади. Тобто до компетенції цього суб'єкту одночасно можуть бути застосовані обидва правові принципи: дозволено лише те, що передбачено законом (у правовідносинах, де він виступає у ролі органу

державної влади – 1, 4, 6 характеристики компетенції) та дозволено все, що не заборонено законом (у інших відносинах – 2, 3, 5 характеристики).

Регулятор є суб'єктом організаційно-господарських повноважень, що обумовлено, насамперед, функціональним призначенням. Але його правова природа відрізняється від інших передбачених ГК України суб'єктів цієї групи – як тих, чії владні повноваження засновані на законі, так і тих, які їх отримали на підставі договору. Наділення його компетенцією, тотожною чи близькою до однієї з цих груп, нівелюватиме відведену йому роль у ринковій трансформації сектору електроенергетики. Водночас гібридність правового статусу створює можливість для зниження ризиків, притаманних як державному управлінню, так і ринковому саморегулюванню.

Так, у сфері ціноутворення Регулятор міг би виступати як орган державного управління, використовуючи при цьому один або кілька способів правового регулювання цін, передбачених законодавством, які забезпечили б бажаний низький рівень цін на електроенергію. Але їх застосування передбачає задіяння усього механізму правового регулювання цін, який включає і компенсаційну складову (дотації, субсидії, відшкодування неотриманого прибутку тощо), що не є економічно виправданим у площині супутніх витрат на заходи державної підтримки та короткотривалості досягнутого ефекту, в т.ч. з причин обмеженості фінансової можливості бюджету. Разом з цим це не свідчить про неефективність передбаченого законодавством механізму правового регулювання цін. Він забезпечує збалансованість інтересів на ринках, розвиток яких відбувається в інших умовах та підкорюється іншій меті, ніж ринок електроенергії. Вирішення Регулятором цінового завдання з позиції суб'єкта, що не належить до системи органів державної влади, відкриває можливість договірною або іншого, прямо не передбаченого законодавством, порядку зниження ціни на електроенергію, механізм реалізації якого не завдає додаткового тиску на державний бюджет.

Водночас не є ефективним аналогічне позиціонування Регулятора у питанні забезпечення відкритості ринку електроенергії, в т.ч. рівних умов для нових учасників ринку та тих, які вже на ньому функціонують та, здебільшого, входять до вертикально інтегрованих структур. Договори приєднання, в основному, задовольняють інтереси кола суб'єктів, які існують на ринку, змушуючи нового учасника на момент вступу відповідати рівню організації, капіталомісткості, технічного та кадрового забезпечення тощо, до якого інші йшли десятиріччями, у складі господарського об'єднання та/або за допомогою державної підтримки, що ставить питання про дискримінацію «новачка». Укладення індивідуальних договорів із кожним новим учасником викликати таке ж питання, але вже по відношенню до «старих» учасників. За цих умов державна компонента у компетенції Регулятора допоможе, з одного боку, запровадити єдину компромісну модель вступу на ринок, з іншого, завдяки принципу дозволено тільки те, що передбачено законом, визначення взаємних прав та обов'язків

учасників відбуватиметься у складі передбаченого законодавством загального механізму, який завдяки багаторазовому застосуванню є значною мірою збалансованим, в т.ч. у контексті забезпечення рівності учасників.

Гібридність правового статусу Регулятора вимагає забезпечення на законодавчому рівні його рівної віддаленості як від приватних, так і від державних (не від публічних) інтересів, що прямо закріплено у Директиві про ринок електроенергії.

Забезпечення незалежності Регулятора від приватних інтересів в Україні не викликало суттєвих юридичних ускладнень та здійснювалося завдяки встановленню на законодавчому рівні порядку функціонування Регулятора та обмежувальних фільтрів стосовно взаємовідносин його членів (кандидатів у члени) з бізнесом, в т.ч. корпоративних прав та наявності трудових правовідносин. Законодавство усіх країн-учасниць ЄС також виходить з того, що член Регулятора не може мати зазначених правовідносин впродовж всього періоду його роботи на відповідній посаді. В окремих країнах містяться обмеження стосовно наявності таких правовідносин у минулому та/або встановлюють строкову заборону стосовно їх виникнення на майбутнє, наприклад Італія, Іспанія, Ірландія, Північна Ірландія.

Незалежність Регулятора від державних інтересів, зокрема, інтересів уряду, потребує більш гнучкого підходу, який наразі відсутній як в Україні, так і більшості країн ЄС. В літературі обговорюються критерії такої незалежності, зокрема, у якості основних дослідники зазначають наступні: (1) організаційна незалежність (призначення/звільнення членів Регулятора, визначення штатного розкладу та розміру заробітної плати тощо); (2) компетенційна незалежність (наявність власних повноваження у сферах, зазначених у Директиві про ринок електроенергії, погодження та скасування рішень Регулятора); (3) підзвітність Регулятора; (4) фінансова незалежність [7, с. 48].

Накладання зазначених критеріїв на компетенцію національного Регулятора надає наступні результати.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» (далі – Закон про Регулятора) Регулятор як постійно діючий центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом утворюється Кабінетом Міністрів України; призначення на посади здійснюється за відкритим конкурсом, який проводить Конкурсна комісія при Кабінеті Міністрів України, склад якої затверджує також Кабінет Міністрів України; він же припиняє повноваження члена Регулятора. Слід зазначити, що стосовно усіх інших національних комісій, які регулюють діяльність суб'єктів природних монополій, відповідні повноваження делеговані Президенту України, що знімає питання про можливість впливу Уряду на політику Регулятора.

Зниженню організаційної залежності Регулятора від Уряду слугують положення щодо процедурних аспектів діяльності Конкурсної комісії, а

також питань оплати праці та підстав звільнення членів Регулятора, які визначаються Законом. Норми стосовно організаційної відокремленості Регулятора передбачають його право утворювати територіальні підрозділи (у порядку, визначеному законом) та визначати їх повноваження (відповідно до закону), тобто відтворювати відповідні статті закону у своїх рішеннях. Тобто, критерію організаційної відокремленості правовий статус Регулятора не відповідає.

Вплив Регулятора на технічні параметри ринку електроенергетики здійснюється шляхом ліцензування та контролю за дотриманням ліцензійних умов та інших передбачених законом зобов'язань суб'єктів ринку.

Стосовно сфери ціноутворення у п. 3 ч. 2 ст. 3 Закону про Регулятора зазначено, що він здійснює державне регулювання шляхом формування і реалізації цінової і тарифної політики у сфері енергетики у випадках, коли такі повноваження йому надані законом. Втім п. 6 ч. 3 ст. 3 цього Закону надає йому права лише у сфері реалізації цінової політики, яку відповідно до п. 3 ст. 116 Конституції України формує Кабінет Міністрів України. Тобто про незалежність управління у цій царині не йдеться, що відбивається на обсязі компетенції Регулятора, який не має повноважень стосовно легітимізації ринкового рівня цін на основі пропозицій учасників ринку, як це передбачено Директивою. Він може встановлювати лише державні регульовані ціни/тарифи на товари (послуги) суб'єктів природних монополій та інших суб'єктів ринку, та змінювати їх за результатами перевірки або моніторингу, але у рамках вже сформованої Урядом цінової політики, що не сприятиме запровадженню ринкових механізмів ціноутворення, необхідних для створення конкурентного ринку.

Регулятор проводить розслідування порушень щодо функціонування ринку електроенергії відповідно до розробленого ним порядку. Питання застосування санкцій вирішується в залежності від виду правопорушення: санкції за порушення ліцензійних умов та адміністративні правопорушення накладаються самим Регулятором, в інших випадках – у судовому порядку за його зверненням.

У сфері конкуренції спеціальні повноваження у Регулятора відсутні (крім контролю за недопущенням перехресного субсидіювання при провадженні господарської діяльності суб'єктами природних монополій і суміжних ринків). Закон про Регулятора містить лише положення щодо його взаємодії з Антимонопольним комітетом України з відповідних питань, що, звісно, не наближує його до органу зі спеціальними повноваженнями у сфері конкуренції.

Рішення Регулятора не підлягають погодженню органами державної влади, крім рішень щодо внесення змін до кошторису та плану спеціального фонду бюджету Регулятора (крім власних надходжень бюджетних установ та відповідних видатків).

Таким чином, критерію компетенційної незалежності правовий статус Регулятора відповідає за показниками повноважень у сфері технічного

регулювання, юрисдикційних повноважень та автономності рішень та не відповідає за показниками повноважень у сферах ціноутворення та конкуренції.

Відповідно до ст. 6 Закону про Регулятора він є підзвітним лише Верховній Раді України (критерій підзвітності).

За критерієм фінансової незалежності Регулятор відповідає вимогам, встановленим Директивою про ринок електроенергії. Відповідно до ст. 11 Закону про Регулятора фінансування його діяльності здійснюється за рахунок надходження до спецфонду Державного бюджету України внесків на регулювання, які сплачуються суб'єктами господарювання, що провадять діяльність у сферах енергетики та комунальних послуг. Зазначені внески не підлягають вилученню та використовуються за цільовим призначенням. Така схема фінансування із зовнішніх джерел дозволяє не лише уникнути навантаження на Державний бюджет, пов'язане з утриманням нової структури, але й попереджає застосування неформального тиску на Регулятора шляхом втягування його у «змагання» за бюджетні кошти наприкінці кожного бюджетного року.

Таким чином, правовий статус Регулятора відповідає критеріям незалежності частково – здебільшого, тим, що стосуються форми діяльності та забезпечують відсутність/мінімізацію прямого стороннього впливу, та менш - у площині власних правових можливостей впливу на ситуацію на ринку електроенергетики. Слід відзначити, що окремих аспектів залежності Регулятора не уникнути, адже вони пов'язані із особливостями національної правової системи, відображеними у Конституції України. Йдеться, насамперед, про організаційну незалежність від державного інтересу, зокрема, про порядок призначення/звільнення членів Регулятора Урядом, конституційність якого підтверджена у Рішенні Конституційного Суду від 13.06.2019 р. у справі № 5р/2019 (справа про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг).

Компетенційна незалежність Регулятора від Уряду може бути забезпечена шляхом поширення на Регулятора положень Закону України «Про природні монополії», які визначають компетенцію усіх нацкомісій у сфері ціноутворення та сприяння конкуренції. Як зауважувала Г.В. Пронська, спільне, типове, універсальне для усіх, зокрема, те, що стосується функцій та завдань, характеру зв'язків із суб'єктами, що управляються, прав, що надаються державою для виконання однотипних функцій має бути сконцентроване у єдиному узагальнюючому акті. Індивідуальні особливості можуть знайти відображення в індивідуальному акті, але їх регламентація повинна здійснюватися у взаємозв'язку та органічному поєднанні із положеннями узагальнюючого акту [3, с. 366-369]. Такий підхід відкриває можливість для розв'язання не лише проблеми компетенції Регулятора, попри її важливість, але й створення належного підґрунтя для забезпечення єдності правового регулювання діяльності усіх регуляторів у сфері

природних монополій, що в свою чергу, сприятиме створенню умов, які забезпечують за рахунок виникнення та розвитку конкуренції виведення відповідних товарних ринків із стану природної монополії, як передбачено Законом України «Про природні монополії».

Список використаних джерел:

1. Пронська Г.В. Компетенція господарських міністерств Української РСР. К.: Наукова думка, 1973. 126 с.
2. Мамутов В.К. Компетенция хозяйственных органов в решении хозяйственных вопросов. М.: Юрид.лит., 1965. 266 с.
3. Пронська Г.В. Вибране. К.: Освіта, 2013. 696 с.
4. Majone G. Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience. Florence: European University Institute, 1993. URL: <https://hdl.handle.net/1814/233>
5. Baldwin R. Scott C., Hood C. A Reader on Regulation. Oxford University Press, 1998. 536 p.
6. Stern, J. (1997): Effective Utility Regulation and Independent Regulation: What makes an Independent Regulator Independent? *Business Strategy Review*, June 1997. URL: <https://doi.org/10.1111/1467-8616.00027>
7. Johannsen K. S. Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries. Odense, Denmark: Syddansk Universitet. AKF Forlaget. 2003. 111 p. URL: https://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Johannsen_Regulatory_Independence_in.pdf

*ДЗЮБА Сергій,
аспірант кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого*

ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КОМУНАЛЬНИХ ПІДПРИЄМСТВ

В умовах інтенсивного розвитку ринкової економіки та конкурентної боротьби, все більш необхідним і актуальним стає питання перегляду нормативно-правових основ діяльності комунального підприємства, перегляд мети його створення та основних видів діяльності, повноважень та функцій з метою створення повноцінного конкурентноспроможного суб'єкта господарської діяльності.

Незважаючи на наявність перспектив та можливостей для економічного розвитку, конкурентної боротьби, існування комунальних підприємств в Україні зазвичай обмежено одним або декількома

неприбутковими видами діяльності. Обтяження значними контролюючими заходами, складною системою управління (на основі регулярного погодження із засновником незначних дій, господарських операцій) обмежують оперативність прийняття управлінських рішень, як наслідок: відсутня зацікавленість посадових та службових осіб комунальних підприємств в отриманні прибутку та підвищенні ефективності, ігнорування бажання споживачів, відсутня реакція на зміни у сфері попиту та суспільних відносин, навантаження на місцеві бюджети, неможливість повноцінного самозабезпечення та кризовий фінансовий стан, фізична зношеність та моральна застарілість основних майнових фондів, що в сукупності автоматично позбавляють комунальні підприємства не тільки можливості на конкурентну боротьбу з приватними підприємствами, а й в цілому перспективи існування як окремого виду суб'єкта господарювання.

На мою думку переважна більшість проблемних питань підприємств бере свій початок з нормативно-правової основи діяльності.

Станом на сьогоднішній день діяльність комунальних підприємств залишається врегульованою тільки декількома статтями Господарського кодексу України: ст. 63, положеннями якої комунальне підприємство визначено окремим видом та організаційною формою підприємства, та ст. 78, що визначає загальні положення про порядок створення комунального унітарного підприємства, статус майна, порядок формування статутного капіталу, інші загальні організаційні положення (вимоги до найменування підприємства та порядку призначення керівника, перелік інформації що підлягає обов'язковій публікації, тощо.) [1]

Враховуючи соціальну спрямованість діяльності підприємств комунальної форми власності (виражається в забезпеченні потреб населення в житлово-комунальних послугах: водопостачання, теплопостачання, вивезення сміття, експлуатаційне обслуговування будівель, утримання територій населених пунктів в належному стані, тощо), розширення ролі органів місцевого самоврядування та комунальних підприємств в забезпеченні потреб територіальних громад, та населення України в цілому, внаслідок затвердження на законодавчому рівні напрямку розвитку суспільних відносин під егідою «децентралізації» [2] існування даних суб'єктів господарської діяльності без спеціального законодавчого регулювання причеє їх на постійну деградацію та «вимирання». Першим кроком до вирішення проблем нормативно-правового забезпечення КП є прийняття відповідного законодавчого акту з умовною назвою: «Закон України «Про комунальні підприємства в Україні»».

Ключові положення даного законодавчого акту повинні бути в першу чергу спрямовані на детальне нормативно-правове визначення правового статусу комунального підприємства, в залежності від мети створення та основних видів діяльності, порядок управління та особливості взаємодії між підприємствами та засновниками (в тому числі порядок вирішення спорів, захисту права засновника у взаємодії з підприємствами та захист прав

підприємства від незаконних дій/посягань засновника), детальне визначення правового режиму майна КП, правовий статус керівників, працівників, посадових та службових осіб КП, особливості взаємодії комунальних підприємств/органів місцевого самоврядування з органами законодавчої/виконавчої влади з питань розвитку та ефективного управління підприємствами комунальної форми власності, тощо.

Окремо також варто звернути увагу на проект закону «Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства» № 2635 від 19.12.2019 р., який передбачає, зокрема, скасування Господарського кодексу України. [3] Враховуючи той факт, що Господарський кодекс України фактично є єдиним нормативно-правовим актом, який визначає поняття: «комунальне підприємство», «державне підприємство», та поняття, що визначають правовий режим майна даних суб'єктів господарювання: «оперативне управління», «господарське відання», загальні положення про правовий статус ДП та КП (порядок їх створення та функціонування, тощо), таким чином прийняття зазначеного проекту закону фактично вилучає з системи національного законодавства державні та комунальні підприємства, що може бути наслідком їх припинення або існування поза межами законодавчого регулювання.

Таким чином, враховуючи соціальний аспект діяльності комунальних підприємств та розширення ролі комунальних підприємств в забезпеченні належного функціонування системи житлово-комунальних послуг, забезпечення прибутковості комунальних підприємств безпосередньо впливає на розвиток територіальних громад та економічної системи України в цілому, тому законодавчі ініціативи в сфері господарських відносин, в даному випадку, в першу чергу повинні бути спрямовані на пристосування організаційно-правової форми комунального підприємства до умов ринкових відносин, конкурентної боротьби, розширення змісту та значення самого поняття «комунальне підприємство», спрощення системи прийняття управлінських рішень з одночасним розширенням кола підприємств що існують на засадах самозабезпечення, тощо, а не на припинення чи ліквідацію даних суб'єктів господарювання.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України: від 16.01.2003 р. №436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №18-22.

2. Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування окремих питань організації та діяльності органів місцевого самоврядування і районних державних адміністрацій»: Закон України від 17.11.2020 року № 1009-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1009-20#Text>.

3. Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства: Проект закону № 2635 від 19.12.2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67704

*ДОБРОВОЛЬСЬКА Володимира,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична
академія»*

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАК ВНУТРІШНЬОГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН КОНТРОЛЮ

Контроль є важливим чинником сфери господарювання та механізмом (процедурою) щодо господарських відносин, зокрема внутрішньогосподарських, які притаманні юридичним особам та виникають між їх структурними підрозділами. На думку С. Деньги, «цілям контролю підкорені діяння щодо співставлення з нормами контролю фактичного стану підприємства. Суб'єкт господарювання, перебуваючи у статусі суб'єкта контролю, обирає певні характеристики підконтрольних об'єктів і підконтрольних суб'єктів, розробляє норми контролю обраних характеристик і відповідні контрольні дії. Контрольні дії делегуються певній організаційній структурі, здатній впливати на обрані характеристики згідно із встановленими нормами контролю. З огляду на це, для побудови організаційних структур системи господарського контролю, визначальне значення має класифікація видів контролю за контрольними нормами. На підприємствах доцільно створити такі організаційні структури: стратегічну, бюджетну (фінансову), бухгалтерську, податкову, адміністративну, оперативні» [1, с. 237]. Мова йдеться про досить розгалужену систему різноманітних структур у вигляді відділів, підрозділів, філій підприємства з певним колом повноважень, у тому числі й контрольно-наглядового характеру.

Вчені-господарники жваво досліджують внутрішньогосподарські відносини, які вже за своєю правовою природою і метою певним чином наділені контрольним характером, наприклад, на думку М.П. Руденко саме «внутрішньогосподарські відносини виникають, змінюються та припиняються у процесі організації та здійснення внутрішньовиробничої та внутрішньо-управлінської діяльності суб'єкта господарювання між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, суб'єктом господарювання та його органами, і регулюються нормами господарського законодавства та локальних актів суб'єкта господарювання. Їх особливостями є: сфера існування; порядок встановлення та реалізації юридичних фактів; суб'єктно-об'єктний склад та зміст; поєднання організаційних, майнових, управлінських та координаційних елементів; їх дворівневе регулювання» [2, с. 13]. Саме ця ознака – дворівневе регулювання передбачає існування контролю та здійснення контрольно-наглядових повноважень постійно або тимчасово. Також слушною є думка про те, що саме «поєднання організаційних, майнових, управлінських та

координаційних елементів внутрішньогосподарських відносин на теоретичному рівні загострює проблему розмежування здійснення суб'єктами господарювання контролю своєї власної діяльності (внутрішнього) та контролю за контрагентами (зовнішнього)» [3, с. 45]. Тобто, контроль щодо внутрішньогосподарських відносин можливо розділити на внутрішній – стосовно внутрішньої діяльності підприємства, виконання його поточної щоденної діяльності та зовнішній – стосовно взаємовідносин із державою та іншими суб'єктами господарювання, але у цьому випадку можуть виникати інші відносини – майнові-господарські та організаційно-господарські. В.П. Попелюк виокремлює поняття внутрішньогосподарського контролю, який «є індикатором успішності суб'єктів господарювання і має враховувати приватні цілі: виконання планових завдань; економне використання матеріальних та фінансових ресурсів; правильність ведення бухгалтерського обліку, припинення розтрат тощо. Метою такого контролю є досягнення повної та об'єктивної картини використання ресурсів суб'єктів господарювання, забезпечення високої ефективності виробництва при найменших витратах, повна збереженість майна, профілактика безгосподарності та розкрадань» [4, с. 9].

На думку М.П. Руденко саме «у матеріальних внутрішньогосподарських правовідносинах відбувається безпосередня реалізація суб'єктивних прав та виконання юридичних обов'язків учасниками внутрішньогосподарських правовідносин. Вони регулюються актами господарського законодавства та локальними актами суб'єкта господарювання. Процедурні – виникають, змінюються та припиняються у межах внутрішньої діяльності суб'єкта господарювання. Вони покликані обслуговувати, створювати належні умови та механізми для існування та реалізації матеріальних внутрішньогосподарських правовідносин, передують або супроводжують їх, регулюються актами господарського законодавства та локальними актами суб'єкта господарювання» [5, с. 13]. На нашу думку, практичне здійснення контрольно-наглядових повноважень – це реалізація процедурних норм, визначених нормами чинного законодавства та локальними актами. Так, на думку Б.В. Дерев'яноко слід «максималізувати вдосконалення законодавства про недержавний (внутрішній) контроль у діяльності суб'єктів господарювання. Завдяки поєднанню заходів державного і недержавного (внутрішнього) контролю у сфері господарювання можна підвищити ефективність боротьби із негативними явищами в економіці, зокрема, знизити частку її «тінізації» [6, с. 26]. Також, Н. Махініч, аналізуючи податкові норми та виокремлюючи їх контрольний характер пов'язує процедурні контролюючі норми із матеріальними та визначає їх як «певні самостійні юридичні гарантії, а процесуальні чітко направлені на захист прав і законних інтересів: «Платник податків має матеріально-правові гарантії захисту своїх прав у ході реалізації контролюючими органами податкової перевірки (не допустити до документальної виїзної чи фактичної перевірки посадових (службових) осіб

контролюючого органу у разі неперед'явлення ними направлення на проведення перевірки, копії наказу та службового посвідчення чи у разі їх оформлення з порушеннями вимог, які встановлені законодавством (ст. 81 ПК України); подати заперечення на акт податкової перевірки (ст. 86 ПК України) тощо). Поряд з ними закріплені процесуально-правові гарантії, без наявності яких втілити матеріально-правові гарантії було б неможливо. Наприклад, у ст. 86 ПК України також розкрито порядок подання заперечення на акт податкової перевірки» [7 с. 58]. Тобто «саме «в процедурних внутрішньогосподарських правовідносинах реалізуються поточні контрольні функції. Вони фактично змішуються з процедурами контролю, розчиняються в них. Базові контрольні функції мають підставою суб'єктивні права та юридичні обов'язки суб'єкта господарювання. Тому можна стверджувати, що їх реалізація відбувається у матеріальних внутрішньогосподарських правовідносинах. І базові контрольні функції, і поточні контрольні функції суб'єкта господарювання є результатом здійснення правомірних дій власника, засновника, інших осіб, уповноважених ними, які є учасниками внутрішньогосподарських відносин, а не третіх осіб» [8, с. 66].

Таким чином, для внутрішньогосподарських відносин притаманним є наявність контрольно-наглядових дій, метою здійснення яких є забезпечення ефективності підприємства, підтримка його стабільної платоспроможності, належні умови праці і безпеки, а також визначення наявного стану поточної щоденної діяльності підприємства (фінансового, організаційного, управлінського характеру), взаємодії всіх його структурних підрозділів. Також саме контрольні дії стосовно внутрішньогосподарських відносин можуть своєчасно виявляти різноманітні правопорушення, адекватно та оперативно реагувати на них відповідними санкціями, а також розробляти стратегію їх попередження.

Список використаних джерел:

1. Деньга С. М. Організаційні структури як основа системи господарського контролю підприємства. *Актуальні проблеми економіки*. 2008. № 4. С. 235–242.
2. Руденко М. П. Правове регулювання внутрішньогосподарських відносин: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право. Національний юридичний університет ім. Я. Мудрого. Харків, 2017. 220 с.
3. Солодченко С. В. Правове забезпечення реалізації контрольних функцій суб'єктів господарювання: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» (081 – Право). Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Київ, 2018. 235 с.
4. Попелюк В. П. Правове регулювання відносин контролю у сфері господарювання. автореферат ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 –

господарське право; господарсько-процесуальне право. – Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2011. 23 .

5. Див. посилання 2.

6. Дерев'янко Б.В. Питання державного та недержавного (внутрішнього) контролю суб'єктів господарювання. *Актуальні правові проблеми господарської діяльності в Україні*. Збірник тез доповідей учасників науково-практичного семінару (30 травня 2019 року). Упорядники: М. С. Долинська, В. О. Кучер. Львів: ЛьвДУВС, 2019. С. 24-26.

7. Махиніч Н. Процесуальні норми податкового права як юридична гарантія захисту прав та законних інтересів платників податків. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип. 2. С. 56-60.

8. Див. посилання 3.

ДОРОШЕНКО Ліна,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

ПРІОРИТЕТНІСТЬ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ НАД НОРМАМИ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРИНЦИП LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALIS НЕ ТАКИЙ ВЖЕ І «ПРИНЦИПОВИЙ»?

2 лютого 2021 року Верховна Рада України затвердила план законопроектної роботи парламенту на 2021 рік. У постанові - 376 проєктів законів, які планують прийняти протягом року [1]. Такий «турборежим» може мати своїм наслідком прийняття законодавства, яке буде містити колізії, що не викликає подиву, а, навпаки, є цілком прогнозованим.

Колізії норм права обумовлюють необхідність їх подолання в судовій практиці, тобто необхідність здійснити вибір однієї з двох норм, які суперечать одна одній, з метою вирішення конкретної ситуації. Загальновідомо, що подолання колізій між нормами рівної юридичної сили здійснюється шляхом використання колізійних принципів *lex posterior derogat priori* (лат. «пізніший закон скасовує попередній») та *lex specialis derogat generalis* (лат. «спеціальний закон скасовує дію загального закону»), які юристи сповідають із часів Давнього Риму. У фразеологічних словниках з латини є пояснення, які з різних боків трактують останній. Наприклад: «загальне не применшує спеціальне» ("*Generalia specialibus non derogant*") або «спеціальне зменшує загальне» ("*Generalibus specialia derogant*") [2, с. 41-42]. Здавалося б, якщо існує віками вивірений принцип встановлення

ідеальної моделі співвідношення загального і спеціального законів, то які можуть бути питання щодо їх застосування? Проте все не так однозначно.

Останнім часом багато уваги приділяється виникненню колізій між нормами Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та нормами інших законів, які регулюють аналогічні правовідносини. Як зазначає О.П. Подцерковний, традиційний принцип вирішення конкуренції норм права – **співвідношення спеціального та загального закону**, на жаль, не має цілком послідовного вирішення в судовій практиці України. І якщо взаємодія загальних та спеціальних норм одного закону не викликає зазвичай труднощів у тлумаченні їх співвідношення, то подібне сприйняття положень різних законів призводить до дискусій, іноді дуже гучних [3].

Черговим підґрунтям для такої дискусії стала правова позиція, викладена у Постанові ВП ВС від 22 червня 2021 року у справі №334/3161/17 [4]. Позивач звернувся до суду із позовом, у якому просив визнати недійсним свідоцтво про право власності на квартиру. Суди першої і апеляційної інстанцій відмовили у задоволенні позову, а ухвалою ВС у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду справа передана на розгляд ВП ВС з підстав, передбачених ч. 4 ст. 403 ЦПК України, відповідно до якої суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати передає справу на розгляд ВП ВС, якщо він вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ВП, а саме - у постанові ВП ВС від 13. 10. 2019 р. у справі №755/9215/15-ц. На думку колегії суддів цієї судової палати, тут є підстави для висновку, що до 01 січня 2013 року, в тому числі для визначення того, яка норма підлягає застосуванню (ЦК України чи Закону України від 01 липня 2004 року №1952-IV «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (далі – Закон №1952-IV)), слід застосовувати ч. 2 ст. 4 ЦК України, що закріплює пріоритет норм ЦК України над нормами інших законів. Відповідно до ст. 4 ЦК України Закон №1952-IV не міг встановлювати інші правила, аніж передбачено ЦК України. Тобто Друга судова палата Касаційного цивільного суду у складі ВС поставила складну задачу перед ВП ВС, хоча, як бачиться, могла би застосувати до цієї ситуації спеціальну норму ст. 657 ЦК України (тому що спір саме щодо договору купівлі – продажу квартири) в межах одного нормативного акту, а не створювати правову проблему навколо ст. 4 ЦК України.

Враховуючи вищезазначені мотиви ВС, ВП ВС погодилась, що існує необхідність вирішення кола питань, серед яких і – чи можна вважати норми ЦК України пріоритетними над нормами інших законів у вирішенні колізії між нормами, що регулюють однопредметні правовідносини?

ВП ВС зазначила, що хоча Закон №1952-IV прийнятий пізніше, проте ст. 4 ЦК України встановлено, що інші закони України приймаються відповідно до Конституції України та ЦК України, а на суб'єкта права

законодавчої ініціативи, що подає до Верховної Ради проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, покладено обов'язок одночасно подати і проект закону про внесення змін до ЦК України, які мають розглядатися одночасно. На думку суду, оскільки на момент виникнення спірних правовідносин відповідні зміни до ЦК України внесені не були, з огляду на положення ст. 4 ЦК України та позицію КСУ застосування колізійного принципу «lex posterior derogat priori» у цій ситуації є неможливим.

Суд доходить висновку, що зазначення у ЦК України про необхідність прийняття інших законів відповідно до цього нормативно-правового акту є достатньою підставою вважати, що норма ЦК України превалює над однопредметною нормою іншого нормативно-правового акта, який має юридичну силу закону України. Згідно позиції суду, спеціальні норми закону можуть містити уточнюючі положення, проте не можуть прямо суперечити положенням ЦК України.

Проте, вбачається, що своєчасне невнесення відповідних змін в ЦК України не повинно бути проблемою і мати негативні наслідки для учасників ринкових відносин. Зараз наявна ситуація, при якій якщо законодавець це не зробив, будуть страждати інтереси пересічних громадян, суб'єктів господарювання, оскільки їм треба кожного разу проводити порівняльний аналіз законодавства з огляду на те, чи регулює відносини, учасниками яких вони є, спеціальний закон, чи не протирічать його положення ЦК України. Як бачимо, розібратися в цьому складно було і представникам суддівського корпусу, а для інших це взагалі «завдання з зірочкою».

Разом з тим, суд залишив собі «шляхи до відступлення», щоб мати можливість все ж таки в подальшому надавати пріоритет спеціальному законодавству, зазначивши, що при існуванні складної змістової колізії застосуванню підлягають норми того нормативно-правового акта, який повно та точно врегульовує конкретні правовідносини, містить чіткі та зрозумілі положення, які забезпечують передбачуваність законодавства та відповідають законним очікуванням суб'єктів правовідносин.

Постає закономірне питання: як взагалі зрозуміли яка «змістова колізія» є складною, а яка – простою? Введення таких оціночних категорій аж ніяк не сприяє прогнозованості судової практики і буде і в подальшому породжувати численні відступлення від попередніх позицій ВП ВС.

Суд зазначає, що аналіз нормативно-правових актів дає підстави стверджувати, що саме норми ЦК України найбільш повно та точно врегульовували цивільні правовідносини щодо визначення умов та моменту виникнення права власності у набувача нерухомого майна за відповідним правочином. Виникає справедливе питання – якщо ЦК України так «повно і точно» регулює цивільні правовідносини, яка взагалі потреба в спеціальному законодавстві?

Обгрутовуючи свою позицію суд вдається до глибокої теорії і зазначає, що у межах суб'єктивного права власності доцільно виділити два

конструктивних елементи: а) титул власності; б) правомочності власника. Суд акцентує увагу, що правомочність власника є невід'ємним атрибутом права власності та розглядається як динамічна категорія, як одна з основних можливостей власника щодо належного йому майна, а титул власності є статичною категорією, до зміни власника не передається. Державна реєстрація договору купівлі-продажу нерухомості – адміністративний акт, який породжує титул власника. Можна порадити за застосування судом таких морфологічних конструкцій як «невід'ємний атрибут» та інших по відношенню до правомочностей власника, проте це ж не доктрина, а практика, яку бажано не нагромаджувати категоріями, які не мають відношення до категоріально-понятійного апарату законодавства.

По суті справи, що аналізується, суд вважає, що, висловивши свою волю на відчуження об'єкта нерухомого майна, власник у межах свого суб'єктивного права власності реалізовує свої правомочності. Державна реєстрація правочину завершує перехід права власності (право власності на об'єкт припиняється у продавця і відповідно виникає в покупця). Тобто покупець набуває не лише правомочності власника, а й сам титул. Тому ВП ВС вважає, що особа, яка здійснила державну реєстрацію правочину відповідно до норм статей 334, 657 ЦК України, набула титул власника майна. У свою чергу необхідність реєстрації права на нерухоме майно (на момент виникнення спірних правовідносин - до 01 січня 2013 року) не впливала на виникнення в покупця нерухомості прав власника на це майно. Суд зазначив, що ураховуючи, що: Закон №1952-IV як акт цивільного законодавства повинен був прийматися відповідно до ЦК України; сторони, укладаючи договір купівлі-продажу нерухомого майна, не можуть відступити від положень ЦК України. Оскільки ЦК України як основний акт цивільного законодавства (на момент виникнення спірних правовідносин) містив чіткі та зрозумілі положення щодо визначення умов та моменту виникнення права власності у набувача нерухомого майна за відповідним правочином, які в повній мірі відповідають принципу правової визначеності та принципу легітимних (законних) очікувань; ЦК України (на момент виникнення спірних правовідносин) не передбачав необхідності державної реєстрації права на нерухоме майно та відповідно не містив відсилочної норми на положення Закону №1952-IV, - ВП ВС висловила позицію про необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в її постанові від 13.11.2019 р. у справі №755/9215/15-ц.

Суд зазначає, що «станом на вказану дату питання виникнення у набувача права власності на нерухоме майно у разі його відчуження за договором було врегульовано досить суперечливо». Він констатує, що на момент здійснення правочину існувала очевидна суперечність між одночасно чинними нормами ч. 3 ст. 3 Закону №1952-IV (у редакції Закону №1878-VI) та ч. 4 ст. 334 ЦК України щодо того ж самого питання: коли виникає право власності в набувача нерухомого майна за договором купівлі-

продажу, чомусь ігноруючи існування спеціальної норми ст. 657 ЦК України. Цю суперечність при колізії норм ЦК України та іншого нормативно-правового акту, на думку суду, слід вирішувати на користь пріоритетності норм ЦК України.

Вбачається, що з набранням чинності спеціального законодавства спочатку повинні були бути внесені відповідні зміни в ЦК України, а не судова практика повинна випереджати законодавця і брати на себе функції останнього. Це могло б знайти своє закріплення у тексті перехідних положень у спеціальному законі, а не у постанові ВП ВС. Вочевидь, ми можемо бачити тут елементи квазіпрецедентного права.

Можливо, суд підійшов до цієї справи неформально, намагаючись захистити набувача, який не зареєстрував право власності, по конкретній справі, але в процесі правозастосування він створив небезпечний прецедент щодо співвідношення норм ЦК України і всього спеціального законодавства. Висновки ВП ВС мають концептуальний характер щодо застосування норм права, а саме: якщо ЦК України та інший нормативно-правовий акт, що має юридичну силу закону України, містять однопредметні норми, що мають різний зміст, то пріоритетними є норми ЦК України. З буквального тлумачення цього положення можна зробити висновок, що це стосується не конкретно цієї ситуації з моментом виникнення права власності на нерухоме майно, а взагалі співвідношення всього спеціального законодавства (в тому числі і кодифікованих актів, таких як Господарський кодекс України, Житловий кодекс України тощо) з ЦК України.

Хочеться пригадати слова класика – Рене Давіда, відомого французького вченого у сфері порівняльного законодавства, який розцінював аналогічні вищенаведеним випадки як такі, які не можна виправдовувати будь-якими обставинами. Він наголошував: «використовувати загальні формули проти конкретних - це означає перевертати принцип "спеціальний закон має перевагу перед загальним". У свою чергу, це може поставити під загрозу правопорядок у цілому, замінити судову практику, що базується на тлумаченні закону, на судову практику, яка керується кількома загальними нормами"⁴. Як справедливо зазначив Г. Л. Знаменський (відносно дії ЦК та ГК України), між загальним і спеціальним законами існують відносини не підпорядкованості, а субсидіарності, що означає лише одне: при регулюванні конкретних відносин у пріоритетному порядку застосовуються норми спеціального закону, а якщо вони є недостатніми для належного регулювання цих відносин, то у субсидіарному порядку можуть застосовуватися норми загального закону [5, с. 347].

Отже, судова практика щодо подолання колізій залишається нестабільною та непрогнозованою. Традиційно судами враховувався темпоральний (час набуття юридичної сили) та/або змістовний критерії (загальне або спеціальне законодавство), але ВП ВС обрала не класичний підхід, який загальновідомий з теорії держави та права, а надала перевагу нормам ЦК України над нормами спеціального законодавства. Причому

Касаційний цивільний суд у складі ВС не взяв на себе таку відповідальність - розв'язувати колізії та конфлікти норм ЦК України з нормами інших законів та визначати їх пріоритетність. Вбачається, таким підходом суду щодо співвідношення загального і спеціального закону може бути завдано значного удару по юридичній доктрині і законотворчості.

Резюмуючи усе наведене вище, необхідно зазначити наступне: якщо світова юридична практика виробила і всебічно перевірила оптимальність, дієвість принципів дії законодавства, то їх слід сприймати як даність, аксіоми, а не як привід для «винаходу велосипеда» та реалізації власних одіозних «нових бачень» у співвідношенні законодавчих актів.

Список використаних джерел:

1. Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік: Постанова Верховної Ради України № 1165-IX від 02 лютого 2021 р. *Офіційний веб-портал парламенту України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1165-20#Text>.

2. Подцерковний О. П. Загальні та спеціальні норми: проблеми виявлення та вирішення конкуренції. *Вісник господарського судочинства.* 2009. № 6. С. 34-43.

3. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 червня 2021 р., судова справа № 334/3161/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98483113>.

4. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности : пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Междунар. отношения, 1999. 400 с. *Офіційний веб-сайт наукової бібліотеки Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.* URL: http://library.nlu.edu.ua/poln_text/prsist.htm.

5. Знаменский Г. Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды. Киев : Юринком Интер, 2012. 487 с.

ЗАДИХАЙЛО Дмитро,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАКОНОДАВЧА БЕЗВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ТА ЗАПРОГРАМОВАНІ НЕЮ НАСЛІДКИ В СИСТЕМІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СФЕРИ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Розробка проекту Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у

перехідний період» (далі – законопроект) не мотивована підвищенням ефективності функціонування правового господарського порядку в національній ринковій економіці, а є інспірованою міжкорпоративною суперечкою в середовищі юристів-науковців цивілістів та господарників за приналежність сфери господарювання до предметів господарського або цивільного права. Ця суперечка об'єктивно має під собою різницю у розумінні функціонування, а відповідно і у організації законодавчого забезпечення господарської діяльності в системі економічних відносин ринкового типу. Господарсько-правова концепція уособлює комплексний підхід, що має на меті узгодити різні типи економічних відносин, що виникають в процесі господарювання, але в межах єдиного правового механізму. Це дозволяє гармонізувати між собою і приватні і публічні економічні і суміжні відносини, а відтак спрямувати регулювання на досягнення виваженого суспільно сприйнятного результату. Важливо, що в процесі законотворчої роботи усі названі аспекти природньо мають враховуватись і часто реалізуються в межах єдиного нормативно-правового акту в комплексному вигляді. В той же час, комплексний підхід не ігнорує різницю у правовій природі зазначених типів економічних відносин, враховує її, але узгоджує та моделює їх в форматі господарської діяльності як такої, узятої в контексті ринкового формату її реалізації.

Цивілістичний підхід передбачає необхідність врегулювання приватних та публічних інтересів учасників економічних відносин у відокремленому, автономному порядку, що передбачає на законодавчому рівні прийняття фрагментарно масштабованих нормативно-правових актів, що зазвичай готуються різними групами фахівців, часто – в різний час, що приводить до повного розбалансу цілей правового регулювання. Оскільки одні у такому випадку керуються цінностями свободи підприємництва та свободи договору, а інші вкладають державні та загальносуспільні імперативи у відповідний законопроект та беззастережно обмежують зазначені свободи. Очевидно, що у такий спосіб розбудувати ефективне законодавче регулювання економічних відносин неможливо. Але саме на такий шлях нашоухує нас цей дуже знаковий законопроект.

Адже, аналізований законопроект є продуктом саме того, цивілістичного підходу у законотворчій діяльності і, цілком логічно, що зазначена законодавча ініціатива інспірована вченими-цивілістами, що нині є депутатами Верховної Ради України.

Мета законопроекту сформульована по суті у п. 4 «Прикінцевих та перехідних положень», а саме «Визнати Господарський кодекс України таким, що втратив чинність з дня набрання чинності цим Законом».

Цим положенням у разі його прийняття руйнується «програмне забезпечення» усього господарського законодавства України, адже Господарський кодекс України є інструментально цінним не стільки завдяки його прямому впливу на регулювання конкретних господарських відносин, скільки тим, що він є інтегратором усього надзвичайного за своїм обсягом і

кількістю джерел нормативно-правового матеріалу – господарського законодавства України.

Ця інтегративно-програмна роль Господарського кодексу України реалізується через:

– *визначення цілої низки типів господарських правовідносин*, що є складовими у комплексному законодавчому регулюванні і які потребують узгодження та врахування різниці в їх природі;

– *визначення принципів господарювання*, що мають бути тотально забезпеченими в системі господарського законодавства (ст. 6 Господарського кодексу України);

– *встановлення інституційної різниці між комерційним та некомерційним господарюванням* (глава 4 Господарського кодексу України);

– *визначення поняття суб'єктів господарювання та реалізації конституційного принципу економічної багатоманітності* через пропонування широкого кола організаційно-правових форм господарських організацій, що принципово для ринкових відносин як динамічної системи, що знаходиться у постійному розвитку. Особливу увагу слід звернути на диференціацію суб'єктів господарювання-підприємств в Господарському кодексу України на такі, що мають корпоративну природу (господарські товариства, виробничі кооперативи), але також і такі, що є унітарними підприємствами, тобто підприємствами, що можуть бути засновані одноособово суб'єктом права, в тому числі як фізичною особою, так і господарською організацією (наприклад, дочірнє підприємство) або негосподарюючим суб'єктом (наприклад, громадською організацією, що засновує підприємство для здійснення комерційної діяльності для наступного фінансування реалізації статутних цілей самої громадської організації тощо). До категорії унітарних підприємств належать комунальні підприємства, статус яких також врегульовано у Господарському кодексі України. Цікаво, що у процесі медичної реформи більшість лікувальних закладів перетворено на комунальні некомерційні підприємства. (Чи свідомі автори цього аналізованого законопроекту?) Але між ними існує суттєва різниця в організаційно-правовій побудові. Це стосується і порядку створення, і правового режиму майна, і порядку управління тощо. Але є принципово важливим – надати і учасникам правовідносин і самому законодавцеві можливість широкого вибору для застосування саме такої організаційно-правової форми, що найбільш ефективна в умовах зовнішніх та внутрішніх чинників здійснення господарської діяльності.

– *встановлення основних правових параметрів господарювання у державному та комунальному секторах національної економіки*, де створюються особливі відносини за участю держави, що вимагають додаткової законодавчої деталізації та систематизації на вимогу ч. 2 ст. 19 Основного Закону щодо чіткого юридичного визначення підстав, меж повноважень та способу і реалізації таких повноважень органів держави,

зокрема і у сфері господарювання, що доцільно регламентувати саме у форматі кодифікованого господарського закону;

– встановлення законодавчої бази для програмної діяльності держави в сфері економічних перетворень шляхом фіксації політико-правового феномену «економічна політика держави» та її конкретних напрямів. Принципово важливим є об'єднання зазначеного інституту із засобами державного регулювання економічних відносин, що також містяться у Господарському кодексі України;

– створення правової бази для реалізації найважливішої економічної функції держави – регулювання економічних процесів шляхом систематизації у Господарському кодексі України засобів державного регулювання господарської діяльності, що вимагають подальшої регламентації особливо в умовах загострення проблем економічної та екологічної безпеки, актуалізації соціального компоненту в економічній сфері тощо;

– встановлення засад організаційно-господарських зобов'язань держави перед суб'єктами господарювання та визначення засад договірно-правової форми взаємодії учасників господарського обороту, що є базовими правовим чинниками при встановленні спеціальних режимів господарювання, в тому числі – інноваційної діяльності, відносин державно-приватного партнерства тощо;

– встановлення засад господарсько-правової відповідальності суб'єктів господарювання і багато-багато інших системоутворюючих правових чинників господарсько-правового регулювання.

Очевидно, що компенсувати зазначені та інші чинники господарсько-правового регулювання без норм Господарського кодексу України, керуючись низкою паліативних норм запропонованого законопроекту абсолютно неможливо. Пропоновані в ньому юридичні милиці, до речі, розраховані на 7 років (так, наче вираховано до кінця поточної каденції та можливої наступної, а там хоч потоп) неспроможні відвернути запрограмований правовий хаос в системі господарювання.

Слід зазначити, що сама постановка питання не про удосконалення змісту чинного Господарського кодексу України або започаткування робіт щодо його рекодифікації, модернізації тощо, а просто про його скасування, навіть формально ставить питання щодо політичної відповідальності ініціаторів за соціально-економічні наслідки запропонованої руйнації правового господарського порядку. Це не дивно, адже представники школи цивільного права фокусуються на майнових відносинах в форматі правочинів між громадянами та юридичними особами мікрорівневого масштабу. В силу цього їх професійний інструментар «біологічно» не враховує ні характер, ні форми, ні особливості функціонування економічних відносин ринкового типу як таких. Тому, зазначений законопроект має розглядатись по прогнозу фактичних наслідків його прийняття до гібридної

атаки на життєздатність керівної ролі держави в економічній сфері, на життєздатність правового господарського порядку у воюючій країні.

Що стосується закладів вищої освіти (далі – ЗВО), то згідно із п. 3 ст. 27 Закону України «Про вищу освіту» «заклад вищої освіти може бути засновником (співзасновником) інших юридичних осіб, які провадять свою діяльність відповідно до напрямів навчально-науково-виробничої, інноваційної діяльності закладу вищої освіти та/або забезпечують виконання його статутних завдань».

Законопроект, залишаючи можливою тільки корпоративну форму таких заснованих ЗВО підприємств фактично передбачає необхідність передачі майна ЗВО до статутного капіталу заснованих товариств, що і стають власниками такого майна. У випадку із ЗВО державної та комунальної власності це юридично протизаконно, адже згідно із ч. 2 ст. 70 Закону України «Про вищу освіту», майно закріплюється за державним або комунальним ЗВО на праві господарського відання і не підлягає передачі у власність юридичним та фізичним особам без згоди його засновників.

Слід зазначити, що аналізована законодавча пропозиція унеможливує створення зазначених унітарних інноваційних підприємств, адже не дозволить формувати їх майнову основу господарювання на засадах права господарського відання або оперативного управління.

Зазначений законопроект у разі його прийняття зробить юридично беззмістовними положення зокрема ст. 7 «Наукова установа» та ст. 8 «Державні наукові установи» Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», що розбудовані на понятійній базі Господарського кодексу України щодо «підприємств» («державні комерційні підприємства», «казенні підприємства», «комунальні», «науково-дослідні», «науково-конструкторські», «дослідно-технологічні» тощо); а також щодо закріплення за науковою установою засновником майна на основі права оперативного управління чи господарського відання, якими позначається статус та майнова основа суб'єкта здійснення наукової та науково-технічної діяльності.

Таким чином, запропонованим проектом Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» робиться спроба знищення правового господарського порядку, що і так тримається під великими застереженнями, шляхом фактичного скасування його «програмного забезпечення» - Господарського кодексу України. Перенесення до законопроекту окремих категорій та понять із змісту Господарського кодексу України із пролонгацією їх чинності протягом наступних 7 років створюють лише можливість не одномоментного правового та господарського колапсу, а нетривалої його агонії в умовах якої логічно знайдеться специфічне коло осіб, що вже готові використати створений «перехідний період» для реалізації власних антисоціальних інтересів у сфері господарювання.

*ІЛЛАРІОНОВ Олександр,
старший науковий співробітник відділу
господарсько-правових досліджень проблем
економічної безпеки Державної установи
«Інститут економіко-правових досліджень імені
В.К. Мамутова НАН України*

ЗДОБУТКИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ НАУКИ ЯК ЗАСІБ ПРОТИДІЇ ВИКРИВЛЕННЮ ДИСКУСІЇ І ЮРИДИЧНОЇ ДІЙСНОСТІ (НАРИС ДО ТВОРЧОГО СПАДКУ ПРОФ. Г.В. ПРОНСЬКОЇ)

Наукове ім'я Грацієлли Василівни не потребує додаткового представлення, адже будь-який дослідник (а тим більше – молодий учений) у галузі господарського права знає його ще з часів студентства за науковими працями, виступами на різних заходах (лекції, конференції, круглі столи тощо) та підручниками, які й досі становлять базис господарсько-правової освіти в Україні. А, наприклад, такі нотатки як «Пам'ятка до написання наукової роботи» актуальні та корисні щодо використання науковою молоддю на початку власного творчого шляху [1, с. 26-29]. Гадається, ця «пам'ятка» повинна входити у будь-які методичні матеріали щодо наукової студентської та аспірантської роботи без вигадкування триповерхових «псевдометодичних» конструкцій, ознайомлення з якими відбиває у молоді бажання йти науковим шляхом (вже не кажучи про сучасну «реформу академічної аспірантури», яка у потенціалі може стати чи не останнім цвяхом у труну науки в Україні).

Сьогодні є актуальним підтримання наукового інтересу до творчого спадку видатних вчених-господарників шляхом проведення іменних наукових читань. Так, у 2019 р. були започатковані наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова: вже відбулося три таких щорічних заходи. Регулярно готуються матеріали до наукових журналів щодо пам'ятних дат, подій, в т.ч. круглих дат, пов'язаних із видатними вченими-господарниками (наприклад, до 80-річчя з дня народження проф. І.Є. Замойського [2]). Комплекс таких заходів прямо впливає на забезпечення цитованості (створенням профілів в GoogleScholar, наприклад, досягається не тільки умовна оцінка цитування та наукового інтересу до творчості окремого автора, а й формується добірка-перелік праць, що спрощує їх пошук в освітніх та наукових цілях; питання створення такого профілю проф. Г.В. Пронської є актуальним), збереження та доступності праць (наприклад, в Державній установі «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова НАН України» створений власний репозитарій академічних текстів <https://hozpravoreposit.kyiv.ua>), ознайомлення молодих дослідників з такими працями та інших форм «кодифікації знань» (в т.ч. щодо видання іменних збірок найбільш значущих праць тощо). Найбільш виразною працею в цьому контексті є стаття проф. О.А. Беляневич «Великий вчений –

наставник молоді Грацієлла Василівна Пронська», яка опублікована в науковому журналі «Економіка та право» [3]. Тож ініціативу колективу кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка щодо проведення **Перших наукових читань пам'яті професора Пронської Грацієлли Василівни** можна тільки вітати та сподіватися, що Читання стануть щорічними, адже творчий спадок Грацієлли Василівни, її внесок у відродження і подальший розвиток науки господарського права та сучасне відлуння цього внеску («відсотків по вкладу в науку» [4]) потребують популяризації в контексті сучасного правового життя, модернізації господарського законодавства та його рекодифікації, протистояння цивілістичним інсинуаціям та намаганням нівелювати досягнення науки господарського права в стилі «юридичної трагедії» (за виразом проф. В.С. Мартем'янова [5]) 30-х років ХХ століття, жахаюче дихання якої за способами й методами розправи з науковими опонентами відчутне й досі: від засилля «штучної цивілістики» (або пануючої сьогодні «антицивілістики»; авторство терміну в іншому контексті належить проф. Є.О. Харитонову, але цей термін виразно характеризує сучасний стан науки цивільного права, яка самоусунулася від вирішення своїх фундаментальних завдань – удосконалення цивільного законодавства на базі існуючого Цивільного кодексу України в ред. 2003 р., і сконцентрувалася на штучному розширенні, «перегріві» власного предмету та декодифікації господарського законодавства шляхом нав'язування будь-якими антинауковими засобами рекодифікації законодавства цивільного [6]), до адміністративного ресурсу при реалізації власних амбіцій, концентрованим виразом яких нам явили так звану «Концепцію оновлення Цивільного кодексу України», яка з оновленням Цивільного кодексу не має нічого спільного (як і з наукою; це «видання» не є науковим, як доведено колегами), а є лише інструментом досягнення єдиної мети – декодифікації господарського законодавства (скасування Господарського кодексу). Вчені-господарники ніколи не ставали на заваді удосконалення положень ЦК, навіть, за рахунок досягнення власної науки – Господарського кодексу (чого лише варті «компроміси» щодо наявності посилань на ЦК у положеннях про господарські зобов'язання в ГК тощо). З розгорнутим «ставленням» провідних вчених у галузі господарського права до цієї «концепції» можна ознайомитись у Науково-експертному висновку, виданому у формі брошури та наявному в мережі Інтернет у вільному доступі [7]. Отже, **привернення уваги до наукового спадку видатних вчених (як господарників, так і цивілістів) та підтримка зацікавленості до відповідних праць на належному рівні є одним зі способів подолання викривлення наукової дискусії і юридичної дійсності сьогодення.**

Зі свого боку зацікавленість творчим спадком проф. Г.В. Пронської пояснюється моїми власними дослідженнями природи й видів організаційно-господарських відносин та особливостей їх регулювання в окремих галузях

економіки (вугільна промисловість, нафтогазовий комплекс тощо), адже проф. Г.В. Пронською у 1969 р. в Інституті держави та права АН СРСР була захищена дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Правове положення промислових об'єднань в СРСР» за спеціальністю 711 – «Державне та адміністративне право»; 712 – Цивільне право та цивільний процес», яка, не дивлячись на дві наведені спеціальності, беззаперечно була значним внеском в процес реставрації науки господарського права середини 60-х – 70-х років ХХ століття. Як зауважує проф. О.А. Беляневич, «не дивлячись на те, що дане дослідження представляє сьогодні, передусім, історичний (зокрема, в силу прояви в умовах становлення ринкової економіки інших організаційно-правових форм господарських об'єднань), ряд теоретичних висновків, сформульованих в дисертації проф. Г.В. Пронської, зберігають своє наукове значення для дослідження організаційних господарських відносин, передусім для тих, які складаються в державному секторі господарювання» [3, с. 70]. І з цією тезою варто погодитися. Окремо слід виділити праці Грацієлли Василівни в сфері правового забезпечення управління економікою, господарської компетенції та правового моделювання збільшення / зменшення її обсягів разом із прикладами наслідків таких управлінських рішень збоку законодавця та центральних органів виконавчої влади (за сучасною термінологією), що неодмінно є теоретичним підґрунтям сучасного дискурсу щодо ролі та ступеня участі держави в економіці.

У творчості проф. Г.В. Пронської особливе місце займають питання промислових об'єднань та їх видів. Дехто вважає, що зараз питання щодо правового положення господарських об'єднань вже є недоречним, є «радянщиною», тому акцентувати увагу на цьому немає сенсу і всі господарські об'єднання можна безболісно вивести з правового поля (звісно, за задумом представників «антицивілістики», шляхом скасування Господарського кодексу). Така теза виникає з-за нерозуміння (або з інших навмисних мотивів) природи економічних публічних (господарських) відносин, завданням упорядкування яких є побудова виробничих систем (вертикальних і горизонтальних утворень за галузевим та іншими принципами), а не регулювання атомарної діяльності окремих суб'єктів господарювання (або як модно казати, суб'єктів комерції, підприємництва тощо) в стилі «купи-продай». Нерозуміння цього призвело до помилок приватизації 90-х та початку 2000-х років. За цю помилку, наприклад, Україна розпачується нестійкою економічною, зокрема й енергетичною безпекою, що проявляється у проблемах з виробництвом та розподілом електроенергії, розподілом газу, видобуванні, збагаченні та транспортуванні вугілля і т.і. Лише після таких критичних прорахунків прийшло розуміння того, як потрібно вибудовувати господарські системи (ще до того приватний бізнес ґрунтується саме на об'єктивних економічних законах та теоретичних наробках почав вибудовувати саме такі структури: так з'явилися ДТЕК, Метінвест тощо). Наприклад, Кабінетом Міністрів України

нещодавно було прийнято правильне рішення щодо об'єднання генеруючих та добувних потужностей в електроенергетиці [8]. Відмова від «радянського» наукового спадку (що зроблено було за підказками деяких теоретиків реформ, які і зараз намагаються грати у ліберальні ігри з економічною системою) призвела до катастрофи в економіці та майже до втрати економічного суверенітету. Але слід пам'ятати, що економіка ґрунтується на власних об'єктивних законах, які лише частково зв'язані з політичною надбудовою і все одно матимуть прояв у майбутньому: позитивний чи негативний – питання вибору мети та засобів її досягнення. Знищення різноманіття форм об'єднання в сфері господарювання, як і намагання уніфікувати правовий статус суб'єктів господарювання до кількох форм (ТОВ, ПАТ, ПрАТ і все на підставі удаваного «європейського досвіду») навряд чи відповідає Конституції України. Дійсно, «поряд з общністю загальних засад в діяльності кожного об'єднання наявні відмінності як галузевого, так і індивідуального характеру» [1, с. 132]. Цим пояснюється наявність в господарському законодавстві (зокрема, в Господарському кодексі) різних організаційно-правових форм об'єднань підприємств.

Крім всього іншого, думка про необхідність кодифікації господарського законодавства (Основ господарського законодавства чи Господарського кодексу) системно простежується у творчості Грацієлли Василівни (див., наприклад: [1, с. 256]), а також обґрунтовується в докторській дисертації [1, с. 322]. Отже її однозначно можна віднести до прибічників кодифікації господарського законодавства. Тим більше, проф. Г.В. Пронська була заступницею керівника робочої групи з розробки проекту Господарського (Комерційного) кодексу України (на підставі відповідного рішення Кабінету Міністрів України) (внесок Грацієлли Василівни позитивно оцінений академіком НАН України В.К. Мамутовим [9, с. 10]). Тут варто пригадати один факт: проект Господарського (Комерційного) кодексу України був внесений на розгляд Верховної Ради України на початку березня 1996 р. (до цього у грудні 1995 р. був представлений Кабінету Міністрів України), а проект Цивільного кодексу України поданий до Верховної Ради у грудні 1996 р. без будь-якого представлення Кабінету Міністрів та експертним колам. То який акт дублює інший? При такій хронології (та враховуючи той факт, що аванпроект Господарського (Комерційного) кодексу був готовий вже у 1994 р.) мова може йти лише про штучне захоплення розробниками Цивільного кодексу (за лекалами Модельного цивільного кодексу СНД – неоімперського проекту, спрямованого на прив'язку нових незалежних держав до правової системи Росії) непритаманних предмету цивільного права відносин. За що ми й зараз розплачуємось нестабільністю судової практики та штучним «дуалізмом регулювання».

Особисто я вважаю Грацієллу Василівну взірцем педагога, вихователя-науковця та носія академічної доброчесності, чого в наш час так не вистачає, адже це поняття спочатку зазнало девальвації, а зараз повністю

знищене, або на нього не прийнято взагалі зважати, з урахуванням того, як зараз прийнято започатковувати та проводити наукову дискусію, навіть, з малозначущих питань, не кажучи вже про питання міжгалузевого співвідношення законодавчих масивів. Чи не варто окремо віддрукувати працю проф. Г.В. Пронської «Про професіоналізм і моральність в науковій суперечці» (див.: «О профессионализме и нравственности в научном споре» мовою оригіналу [1, с. 479-484] перед кожним «походом» на публічні заходи, які влаштовуються сучасними «антицивілістами»? А тоді в чому сенс для вченого дотримуватися цього принципу? Хтось скаже (наприклад, сучасні «антицивілісти», праці яких починалися виключно з цитування з'їздів КПРС, а тепер це чи не найзапекліші побірники прав людини й фундаменталісти ринку), що звернення до творчості видатних вчених-господарників («віс радянщиною», в «сучасних умовах ринку» не є потрібним та зайвим, та (рос.) «Весь мир ... мы разрушим ... До основанья, а затем ... Мы наш, мы новый мир построим» (актуальний вираз у світлі викривленого процесу так званої «рекодифікації цивільного законодавства»). За яким лекалом розбудовується наукова інфраструктура сучасної України, залишається невідомим (не хочу вдаватися в аналіз райдужних реформаторсько-програмних документів МОН України), але здається, що реформа освіти й науки відбувається заради самої реформи без жодного прогнозу наслідків (вже не кажучи про прогнози на 10-20 років). Відсутність прогнозування в усіх сферах суспільного життя, включаючи сферу господарювання та її правового забезпечення, безвідповідальність за наслідки прийнятих управлінських рішень, законотворчих ініціатив тощо є, нажаль, прикрою тенденцією останніх років, але без науково-обґрунтованого прогнозу наслідків рішень щодо декодифікації, рекодифікації тощо чи є правильним приймати такі рішення, генерувати проекти законів та розробляти будь-які концепції? Хто візьме на себе відповідальність за наслідки таких дій? Сучасні «антицивілісти»? Сумніваюся.

Список використаних джерел:

1. Пронська Г.В. Вибране. К.: Освіта України, 2013. 696 с.
2. Устименко В.А., Джабраїлов Р.А., Ілларионов О.Ю. До дня народження видатного вченого, юриста-господарника Ігора Євгеновича Замойського. *Економіка та право*. 2020. № 2 (57). С. 106-109. URL: <http://economiclaw.kiev.ua/index.php/economiclaw/article/view/991>
3. Беяневич Е.А. Большой ученый – наставник молодежи Грациелла Васильевна Пронская. *Економіка и право*. 2011. № 2 (30). С. 68-78. URL: <http://economiclaw.kiev.ua/index.php/economiclaw/article/view/653>
4. Ілларионов А.Ю. О вкладе в науку и о процентах по этому вкладу (О творческом наследии академика НАН Украины В.К. Макутова). *Економіка та право*. 2018. № 1 (49). С. 3-14. URL: <https://doi.org/10.15407/econlaw.2018.01.003>

5. Мартемьянов В.С. Юридическая трагедия. *Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2015. № 1. С. 205-215.

6. Ілларіонов О.Ю. Рекодифікація = декодифікація? *Ліга-Блоги*. 24.07.2019. URL: <https://blog.liga.net/user/ailarionov/article/34014>

7. Науково-експертний висновок до Концепції оновлення Цивільного кодексу України: брошура. Під заг. ред. члена-кореспондента НАН України В.А. Устименка. Київ: НАН України, ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України», 2021. 112 с.

8. Ілларіонов О.Ю. Правові питання організаційно-структурних змін у вугільній галузі України. *Public communication in science: philosophical, cultural, political, economic and IT context: Collection of scientific papers «ΛΟΓΟΣ» with Proceedings of the International Scientific and Practical Conference (Vol. 5)*, May 15, 2020. Houston, USA: European Scientific Platform, 2020. P. 34-37. <https://doi.org/10.36074/15.05.2020.v5.14>

9. Макутов В.К. 50 лет спустя. К пятидесятилетию хозяйственно-правового движения в Донбассе. *Экономика и право*. 2008. № 3. С. 5-13.

КАБЕНОК Юлія,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного, цивільного та комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету

ОКРЕМІ ПИТАННЯ УЧАСТІ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Цифровізація багатьох сфер сучасного життя обумовлює запровадження прогресивних підходів щодо спрощення доступності та обороту товарів, робіт і послуг. Задоволення новітніх потреб суспільства не оминає і розгляд спорів судами, коли законодавцем надається можливість участі у судовому засіданні у режимі відеоконференції з використанням спеціальних систем. Поряд із цим, правозастосовна практика вносить свої корективи, формуючи в цій частині власні позиції.

Господарським процесуальним кодексом України (надалі ГПК України) [1] і Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [2] надано право учасникам справи (судового процесу) брати участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції. Однак варто брати до уваги, що це право може бути реалізоване у випадку наявності технічної можливості у суду та якщо явка учасника справи попередньо не була визнана судом обов'язковою (ч. 1 ст. 197 ГПК України). З аналізу положень статті 197 ГПК України вбачається, що коли суд визнав обов'язковою явку учасника справи,

останній не може взяти участь у режимі відеоконференції, оскільки у ГПК України відмежовуються «участь у режимі відеоконференції» та «явка у судове засідання учасників справи», що підтверджує і судова практика.

Разом із цим, у статті 202 ГПК України, яка регламентує наслідки неявки у судове засідання учасника справи, пунктом 3 частини 2 визначено, що суд відкладає розгляд справи у випадку виникнення технічних проблем, що унеможливають участь особи у судовому засіданні в режимі відеоконференції, крім випадків, коли відповідно до ГПК України судове засідання може відбутися без участі такої особи. Однак випадків або підстав, коли суд може визнати явку учасника справи у судове засідання обов'язковою, чинний ГПК України не містить. Відповідно, суд самостійно, на власний розсуд визначає ці підстави у кожному конкретному випадку. Вважаємо, що потребують визначення на законодавчому рівні процесуальні дії та окремі підстави, які обумовлюють визнання явки учасника справи судом обов'язковою та виключають участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції.

Для участі у судовому засіданні у режимі відеоконференції учаснику справи необхідно подати відповідну заяву (клопотання) не пізніше ніж за п'ять днів до судового засідання. Також, учасник повинен надіслати копію заяви в той самий строк іншим учасникам справи (ч. 2 ст. 197 ГПК України). Окрім цього, ризики технічної неможливості участі в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду, переривання зв'язку тощо несе учасник справи, який подав відповідну заяву [1, 3].

Форма і зміст заяви про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду встановлена Порядком роботи з технічними засобами відеоконференцзв'язку під час судового засідання в адміністративному, цивільному та господарському процесах за участі сторін поза межами приміщення суду, затвердженим наказом Державної судової адміністрації України від 23.04.2020 № 196 (надалі – Порядок). Так, пунктом 2 Розділу III Порядку визначається, що у заяві учасник справи обов'язково зазначає: назву суду; номер судової справи; дату та час судового засідання, в якому учасник бажає взяти участь в режимі відеоконференції; своє прізвище, ім'я та по-батькові; свій статус в судовій справі; електронну адресу, яка використана їм для реєстрації в Системі; назву системи, яка пропонується для проведення відеоконференцзв'язку (у разі використання іншого програмного забезпечення, ніж розміщеного за посиланням vkz.court.gov.ua); номер телефону для зв'язку із судом; відмітку про наявність або відсутність електронного підпису [3]. Використовуючи вказане положення Порядку, суд перевіряє заяву на предмет дотримання зазначених вимог і приймає рішення про задоволення або відмову у її задоволенні. Відповідно, недотримання вимог Положення щодо форми або змісту заяви буде підставою для відмови у задоволенні такої заяви.

Задоволення заяви учасника про участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції є правом, а не обов'язком суду. Мають місце випадки, коли,

відмовляючи у її задоволенні, суд вказує, що не вбачає потреби у проведенні судового засідання в режимі відеоконференції і наголошує, що явка в судове засідання повноважних представників учасників справи визнана не обов'язковою, а неявка сторін або інших учасників справи, належним чином повідомлених про дату, час і місце розгляду справи, не перешкоджає розгляду справи [4]. Тобто, оскільки явка учасника визнана не обов'язковою і неявка не перешкоджає розгляду справи, суд вважає це достатніми підставами для відмови у задоволенні заяви про участь у режимі відеоконференції.

Також на сьогодні судами сформовано позицію, згідно якої призначення судового засідання в режимі відеоконференції повинно здійснюватись у виключних випадках, коли за об'єктивних причин учасник процесу не може брати участь в судовому засіданні, а його участь є необхідною для встановлення всіх обставин справи [5, 6, 7, 8]. Цікавою є практика, коли відмовляючи з аналогічних підстав, в ухвалі суд одночасно рекомендував учасникам вчиняти процесуальні дії дистанційно [9].

Таким чином, проаналізувавши положення чинного ГПК України та сформовані у судовій практиці позиції, пропонуємо поділяти підстави для відмови у задоволенні клопотання про участь у судовому засіданні у режимі відеоконференції на: технічні (відсутня технічна можливість забезпечити участь у режимі відеоконференції; зали суду заброньовані для проведення інших судових засідань тощо) і процесуальні (відсутні підтвердження надсилання копії заяви іншим учасникам справи; недотримання встановлених вимог до форми і змісту заяви; явка у судове засідання визнана судом обов'язковою; суд не вбачає підстав задоволення заяви, виходячи з обставин справи тощо). Підстави, з яких суд відмовляє у задоволенні заяви, повинні бути зазначені в ухвалі.

Список використаних джерел:

1. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 року. № 1798-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.
2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n42>.
3. Порядок роботи з технічними засобами відеоконференцв'язку під час судового засідання в адміністративному, цивільному та господарському процесах за участі сторін поза межами приміщення суду, затверджений наказом Державної судової адміністрації України 23.04.2020 № 196. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0196750-20#n14>.
4. Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 27.01.2021 у справі № 904/6999/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94415793>.

5. Ухвала Господарського суду Львівської області від 10.03.2021 у справі № 914/3103/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95572745>.

6. Ухвала Господарського суду міста Києва від 01.04.2021 у справі № 910/18974/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95938942>.

7. Ухвала Господарського суду Харківської області від 25.05.2021 у справі № Б-50/24-09. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97174375>.

8. Ухвала Господарського суду Миколаївської області від 23.02.2021 у справі № 915/1246/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95169616>.

9. Ухвала Господарського суду Полтавської області від 24.06.2021 у справі № 917/940/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95169616>.

КЛЕПІКОВА Ольга,

доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ГОСПОДАРСЬКА, ЕКОНОМІЧНА ТА ТРАНСПОРТНА СИСТЕМИ: ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗВ'ЯЗКУ МІЖ КАТЕГОРІЯМИ

Поняття системи покладено в основу різних за змістом категорій, таких як економічна система, політична система, соціальна система, правова система тощо. Це поняття застосовується для вивчення складних явищ, процесів. Оскільки транспортна система відповідає певній галузі економіки, з'ясування особливостей її функціонування може бути пов'язане із визначенням категорії «економічна система».

Економісти вважають економіку об'єктивною сферою господарської діяльності, де створюються необхідні для людей блага (продукти, послуги). У такому розумінні економіка – це господарська система вищого рівня, в якій людина як розумна істота здійснює усвідомлену діяльність для отримання життєво необхідних для неї благ. У контексті наведеного економічна система найчастіше визначається як сукупність взаємопов'язаних і певним чином упорядкованих елементів економіки, що формують економічну структуру суспільства.

На нашу думку, визначення економічної системи через господарську діяльність забезпечує галузевий характер останньої. Науковці зазначають,

що в економічній системі господарська діяльність завжди є організованою, скоординованою, а економіка кожної країни становить масштабну систему, в якій багато найрізноманітніших видів господарської діяльності, де кожна ланка, компонент системи може існувати тільки тому, що отримує від іншого необхідне, тобто перебуває у безпосередньому зв'язку і взаємозалежності з іншими ланками. Таким чином, визначення галузевої природи системи пов'язано з видами господарської діяльності, однак не стільки з їх класифікацією, скільки з ознаками взаємозв'язку та взаємозалежності, що дає змогу говорити про їх родову належність і системний характер. Отже, економічна система – це господарська система вищого рівня, функціонування якої пов'язується із визначенням галузей економіки та різноплановістю видів господарської (економічної) діяльності.

Із позиції господарського права, враховуючи важливе значення євроінтеграційних процесів для економіки України, визначення транспортної системи має бути результатом дослідження не лише її галузевої функціональності, а також і дослідження її особливостей з позицій структурно-галузевої конвергенції, в основу якої покладено поєднання двох принципів: 1) структурної інтеграції, що має на меті визначення транспортної системи у контексті ролі транспорту не лише для економіки України, а й з огляду на активізацію процесів розвитку транспортної системи та її інтеграцію у транспортні системи вищого рівня (європейського, світового); 2) структурно-галузевої функціональності, спрямованого на визначення транспортної системи відповідно до її структурних особливостей, зумовлених національним рівнем правового регулювання.

Визначення транспортної системи дає підстави об'єднати сукупність господарських одиниць транспорту, характерною для яких є технічно-технологічна цілісність і які виконують у процесі суспільного виробництва окрему соціально-економічну функцію – продовження виробництва шляхом переміщення продукції та надання інших видів транспортних послуг. Саме тому, транспортну систему визначають як виробничо-технологічний комплекс, за допомогою якого надаються не лише послуги з перевезення, а й інші види транспортних послуг, а до складу системи, відносять суб'єктів транспортної діяльності та об'єкти транспортної інфраструктури. За основу визначення транспортної системи може бути прийнято різні наукові домінанти. Проте з позицій господарсько-правової концепції таку роль слід надати науково обґрунтованому підходу до детермінування господарської системи.

Науковий аналіз різних за змістом визначень господарської системи дає підстави для висновку, що господарська система – цілісне суб'єктно-об'єктне утворення, ланка механізму держави у сфері економіки, що визначається особливою організаційно-економічною та юридичною єдністю. За таких підстав, на думку Г.В. Пронської, кваліфікація господарської системи стосується детермінування її як організаційно-економічного

утворення, юридична значимість якого полягає у визначенні об'єктом правового регулювання.

Системний підхід до визначення господарської системи дає змогу розуміти цю систему як інтегровані господарські утворення, становлення яких відбувається у масштабах галузі управління (галузеві господарські системи) або господарства області, краю (територіальні господарські системи), тобто основних підрозділів у макроструктурі економіки, - зауважує В.К. Мамутов. За таких підстав детермінування галузевої господарської системи вочевидь стосується масштабу галузі. Саме таким чином можна пояснити особливість господарської системи як господарського утворення не тільки галузевого характеру, але й галузевого рівня організації економіки.

На наше переконання, узагальнення ознак господарських систем різного рівня наразі значно ускладнює розуміння господарської системи і має суто теоретичний характер. Висновки про визначення різного виду господарських систем, мета і порядок створення яких різняться, становлять відповідний приклад. Домінування і навіть заперечення тієї чи іншої ознаки може призвести до однозначно іншого розуміння господарської системи. Разом з тим теоретична складова може бути підґрунтям для визначення сучасної економічної системи України як господарської системи вищого рівня, а також її складових, яким відповідають галузі економіки. Прикладом тому є транспортна система України.

Транспортну систему можна визначити як економічне утворення, результат становлення якого пов'язаний із розвитком окремої галузі економіки – транспорту. Отже, мета утворення транспортної системи дає змогу визначити доцільність її правової організації та функціональну роль в економіці. З огляду на викладене варто наголосити, що визначення транспортної системи, з одного боку, опосередковує роль транспорту для економіки держави; а з іншого – пов'язано із забезпеченням ефективної організації та здійсненням транспортної діяльності різними видами транспорту.

Транспортна система не є виключно єдиною господарською системою, в економіці можна виокремити й інші господарські системи. Власне, вважаючись системою, транспорт представлений в економіці як підсистема, структурна складова економіки держави, і логічним у цьому зв'язку є визначення їх співвідношення як загального та спеціального. Саме тому, на нашу думку, мета організації транспортної системи пов'язана із функціональною роллю в економіці. Галузеву функціональну роль транспортної системи можна визначити як одну із системоутворюючих ознак.

Метою правової організації транспортної системи України є її галузево-функціональне та структурно визначене відособлення в економіці (як господарського утворення), що забезпечується здійсненням господарської діяльності на різних видах транспорту, відповідним державним регулюванням і правовим регулюванням, спрямованим на

реалізацію заходів структурно-галузевої конвергенції. Визначення мети правової організації транспортної системи пов'язано зі з'ясуванням її функціональної ролі в економіці України та зумовлює напрям її розвитку, зокрема інтеграцію у системи вищого рівня. Тому узагальнені ознаки транспортної системи, які характеризують її як галузево-функціональне і структурно визначене відособлення у формі економічного утворення, дають підстави для висновку, що транспортна система не є суб'єктом права.

Визначальною ознакою для господарських зв'язків, що виникають у транспортній системі, є їх спеціальний галузевий характер. Господарські зв'язки визначають такий рівень організації транспортної системи, за якого відбувається виникнення господарських відносин, що пов'язуються із організацією та/або здійсненням транспортної діяльності. Отже, найбільш правильним, на нашу думку, є визначення предметно-організаційного, галузевого, функціонального характеру взаємозв'язку між суб'єктами, які забезпечують функціонування транспортної системи.

Галузевий, функціональний характер внутрісистемних господарських зв'язків дає змогу визначити особливість транспортної системи. Функціонування транспортної системи забезпечується завдяки господарським зв'язкам, що виникають як результат взаємодії суб'єктів під час організації та здійснення господарської діяльності на різних видах транспорту.

Транспортна система України має організаційну структуру, характерною для якої є галузева інституційність, що передбачає водночас відокремлення і консолідацію внутрігалузевих систем (підсистем, підгалузей). З огляду на викладене можна визначити ще одну особливість транспортної системи, пов'язану з тим, що виокремлення внутрігалузевих систем (підсистем, підгалузей) має формальний предметно-функціональний характер, а їх консолідація забезпечує організаційно-правову єдність системи і дає підстави визначити систему як складне утворення. Організаційну структуру транспортної системи становлять структурні складові, які відповідно до їх функціональної ролі утворюють внутрігалузеві системи (підсистеми, підгалузі): автомобільного, морського, річкового, залізничного, повітряного та інших видів транспорту. Це, на нашу думку, найбільшою мірою підтверджує різноплановість самої транспортної системи і зумовлює наявність основних нормативних актів стосовно кожного виду транспорту.

Разом із тим різноплановість порушує характерну для транспортної системи ознаку координації діяльності та єдності видів транспорту. Загальний підхід до визначення особливостей внутрігалузевих систем (підсистем, підгалузей) зумовлений критерієм спеціалізації, а також метою організації транспортної системи. Вочевидь, визначення внутрігалузевих систем має відбуватися за видами транспорту – морський і річковий транспорт, авіаційний транспорт, залізничний, автомобільний транспорт та інші, а їх статус відповідає ланці єдиної транспортної системи. Таким чином,

цілком логічним, на наше переконання, є співвідношення категорій «транспортна система» з іншими категоріями, що позначають внутрігалузові системи (системи морського транспорту, автомобільного транспорту, залізничного транспорту тощо). Отже, таке співвідношення має характер загального і спеціального. Власне, дефініція транспортної системи як складної галузевої системи, що поєднує внутрігалузові системи, може визначити особливість транспортної системи щодо її галузевої інституційності. Саме таким чином одночасно можна пояснити відокремленість та єдність складових транспортної системи. Складовими транспортної системи, зокрема внутрігалузовими системами, є інституційно відокремлені та структурно визначені за ознакою галузевої функціональної єдності господарські утворення у складі транспортної системи. Наведене дає підстави визначити транспортну систему як складне господарське утворення, що визначається системою і має у своїй структурі системи.

Таким чином, розвиток економіки України, євроінтеграційний курс державної політики потребує осучаснення знань про господарську систему шляхом визначення економічної системи та її складових. Разом з тим, наукова цінність теорії господарської системи, розроблена Г.В. Пронською, залишатимитися незмінною, оскільки є найбільш переконливою для сучасної науки.

КОВАЛЕНКО Ірина,
професор, доктор юридичних наук, провідний експерт Центру Європейських студій Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СТЕЙКХОЛДЕРИ В ЕКОНОМІЧНОМУ ПРАВІ

Основою досліджень американських юристів послужила економічна теорія розподілу в корпорації інтересу між власниками (тобто акціонерами) та її посадовими особами. Ця теорія разом із теорією стейкхолдерів (заінтересованих осіб) суттєво вплинула на формування сучасного корпоративного права та дала змогу дійти теоретичного висновку про участь у корпоративних відносинах, крім корпорації та її учасників, також інших осіб. Сучасна природа корпорації не охоплюється загальними шаблонами приватної власності, натомість акціонери часто вже не можуть контролювати діяльність такої корпорації і в будь-який спосіб впливати на неї. Головним досягненням теорій корпорації в американській юридичній літературі є переосмислення традиційних інститутів власності, ролі учасників і контролю в корпорації, а також її соціальної відповідальності. Зазначені дослідження спонукали до розвитку теорій КСВ, стейкхолдерів, корпоративного

контракту, ворожих поглинань, корпоративного управління та агентських проблем, які розглянуто у дисертації. Ці теорії вплинули на формування не тільки американського права, а й права ЄС і його країн-учасниць, а також суттєво позначилися на останніх трансформаціях українського корпоративного права.

Одним із напрямів теорії корпоративного управління стала *теорія стейкхолдерів (заінтересованих осіб)*, запропонована економістом Р. Е. Фріменом. *Стейкхолдери – це особи, які впливають на досягнення корпорацією її цілей та на яких корпорація впливає у процесі досягнення власних цілей* [1, с. 2]. Згідно з цією теорією заінтересовані особи розглядаються як частина компанії – це клієнти, постачальники, фінансисти, кредиторі, акціонери, працівники, місцеві та національні уряди, податкові органи та місцеві громади [1, с. 2]. Теорія стейкхолдерів дала змогу по-новому оцінити суб'єктний склад корпоративних відносин та послужила підґрунтям для розвитку багатьох сучасних теорій корпорації, зокрема теорії корпоративної соціальної відповідальності (далі – КСВ).

Потрібно відмітити, що поняття стейкхолдерів є надзвичайно розгалуженим, і фактично їм може бути будь-яка особа, яка має інтерес в корпоративному праві. Наприклад, у 80-х рр. минулого століття виникнення теорії стейкхолдерів призвело до появи нового напрямку дослідження, згідно з яким соціальна роль бізнесу має визначатися вимогами заінтересованих сторін, тобто поняття суспільства було замінено поняттям «стейкхолдерів» [3].

Розділ IV Принципів корпоративного управління ОЕСР 2016 повністю присвячено ролі заінтересованих осіб в корпоративному управлінні. Структура корпоративного управління має визнавати права зацікавлених осіб, передбачені законом або в багатосторонніх угодах, і стимулювати активну співробітництво між корпораціями і зацікавленими особами в світлі створення добробуту, робочих місць та фінансово стійких підприємств.

Зауважимо на *соціальній спрямованості теорії стейкхолдерів*. Зокрема в Німеччині наглядова рада великих акціонерних товариств формується принаймні із трьох осіб, що не входять до складу акціонерного товариства. Це обґрунтовано теорією трудового колективу як стейкхолдерів, які мають свій інтерес і їх представництво в наглядовій раді є важливим з огляду на забезпечення економічних, трудових, соціальних, юридичних, корпоративних інтересів працівників.

В законодавстві ЄС приділено багато уваги забезпеченню прав трудового колективу як стейкхолдера. Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2001/86/ЄС від 8 жовтня 2001 року що доповнює Статут Європейського товариства стосовно залучення працівників передбачає «участь» трудового колективу у формі впливу органу, який представляє працівників та/або представників працівників на справи товариства у вигляді: права обирати або призначати деяких членів наглядового органу або органу управління товариства, або право

рекомендувати та/або виступати проти призначення деяких або усіх членів наглядового органу або органу управління товариства. У Директиві Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2017/1132 від 14 червня 2017 р. щодо деяких аспектів корпоративного права (кодифікація) багато аспектів щодо регулювання транскордонного злиття стосується саме забезпечення прав трудового колективу. Принципи корпоративного управління ОЕСР 2016 закріплюють положення, що необхідно дозволити розробку механізмів участі працівників, а коли зацікавлені особи беруть участь в процесі корпоративного управління, у них повинен бути доступ до необхідної, достатньої і достовірної інформації на регулярній та своєчасній основі.

Ці приклади були наведені для того, щоб проілюструвати, що спектр стейкхолдерів буде розширяться в аспекті інтеграції українського бізнесу в ЄС. Важливим напрямом такої інтеграції стане *впровадження звіту про КСВ*, який наразі є обов'язковим для великих компаній в ЄС в рамках Директиви 2014/95/ЄС від 22 жовтня 2014 р. що вносить поправки до Директиви 2013/34/ЄС, щодо розкриття нефінансової та різноманітної інформації деякими великими підприємствами і групами (далі – Директиви 2014/95/ЄС.

Великі підприємства повинні надати інформацію, нефінансового характеру, яка повинна розкривати в обсязі, необхідному для розуміння розвитку даного підприємства, його функціонування, стану, а також вплив його діяльності як мінімум, в таких аспектах: екологічному, соціальному та питання зайнятості, поваги прав людини, боротьби з корупцією та хабарництвом, в тому числі: (а) короткий опис діючої бізнес-моделі підприємства; (б) опис політики, яку здійснює суб'єкт економічної діяльності, щодо вищевказаних аспектів, включаючи впровадження процесу дью-ділідженс (англ. Due diligence – належна добросовісність); (с) результати вищевказаних політик, які були при цьому досягнуті; (d) істотні ризики пов'язані із зазначеними питаннями, які виникають у зв'язку з діяльністю компанії, і, де можливо і наскільки можливо, залежать від суб'єкта економічної діяльності, включаючи комерційні відносини з іншими контрагентами, продукцію та послуги, які, з високою ймовірністю можуть викликати значні несприятливі наслідки у вищевказаних областях, а також інформацію про те, які кроки зроблені компанією для управління цими ризиками; (е) ключові індикатори нефінансового характеру, які відносяться до відповідного бізнесу.

Через глобалізацію умови ведення бізнесу дуже швидко змінюються. Поява нових стейкхолдерів та внесення змін до національного законодавства вимагають від бізнесу дотримання оптимального балансу соціального, екологічного та економічного впливу під час прийняття рішень. Наприклад, ще 10 років тому важко було собі уявити, що в корпоративному праві України буде розвиватись такий інститут як похідний позов, який, хоч і був завжди популярним в країнах англо-саксонської системи права, проте виглядав дещо чужорідним у вітчизняній правосвідомості.

Тут ми підійшли до важливого аспекту діяльності стейкхолдерів в Україні – захисту їх інтересів. Класично форми захисту прав та інтересів поділяються на судову, адміністративну, захист прав нотаріусами та альтернативну. На жаль, сьогодні основною формою захисту інтересів стейкхолдерів, як і учасників товариства, є судова (частково – адміністративна).

Захист прав нотаріусами пропонувалось запровадити одним з проєктів Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», проте ця спроба зійшла нанівець. В основному чинний Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» містить положення щодо нотаріального захисту лише в частині засвідчення справжності підпису учасників та безвідкличної довіреності. В Україні відсутня процедура нотаріального посвідчення установчих документів під час створення господарських товариств. Натомість ч. 1 ст. 2 Федерального Закону Німеччини «Про товариства з обмеженою відповідальністю» та ч. 1 ст. 23 Федерального Закону Німеччини «Про акціонерні товариства» передбачають нотаріальне посвідчення засновницького договору для товариств з обмеженою відповідальністю (це і є статут у розумінні українського законодавства) та статуту для акціонерних товариств.

Стейкхолдерами в українському законодавстві можна визначити: господарське товариство (підприємство), учасники господарського товариства (у т. ч. групи учасників), кредитори, органи державної влади та місцевого самоврядування, трудовий колектив, органи корпоративного управління, асоційовані особи, колишні учасники та особи, які мають намір стати учасниками корпорації. Хотілось б розкрити сучасну картину способів захисту прав стейкхолдерів в судах.

Найбільш яскравими прикладами новітніх процесів врегулювання інтересів стейкхолдерів в корпоративних відносинах, коли можуть слугувати такі категорії корпоративних спорів: за участю кредиторів, правочини із заінтересованістю (або значні правочини), похідний позов. В недалекому минулому важко було уявити, щоб ці категорії спорів позитивно розглядались в українських судах, тому розглянемо найбільш важливі правозастосовчі моменти щодо захисту прав та інтересів стейкхолдерів:

1) *Участь кредитора в корпоративному спорі* має складне правозастосування, оскільки з одного боку, кредитор має певні права та інтереси в корпоративних відносинах боржника, а з іншого – вони мають дуже обмежене правозастосування. Адже, безумовно, кредитор не має всіх прав і обов'язків учасника товариства і не має права змінювати статут. Але в межах захисту своїх прав кредитор може впливати на формування деяких корпоративних відносин. Важливою новелою українського законодавства стало положення про те, що кредитори акціонерного товариства можуть укласти договір з акціонерами товариства, за яким акціонери з метою забезпечення охоронюваного законом інтересу таких третіх осіб

зобов'язуються реалізувати свої корпоративні права у спосіб, передбачений таким договором, або утримуватися (відмовитися) від їх реалізації, у тому числі голосувати у спосіб, передбачений таким договором, на загальних зборах акціонерів товариства, узгоджено вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством, придбавати або відчужувати акції за певною ціною чи за умови настання визначених у договорі обставин або утримуватися від відчуження акцій до настання визначених у договорі обставин. До зазначеного договору застосовуються загальні положення про договір між акціонерами, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін (ч. 8 ст. 26-1 Закону України «Про акціонерні товариства»). Проте кредитор не може бути стороною корпоративного договору в товаристві з обмеженою відповідальністю.

Судова практика підійшла до участі кредитора в корпоративному праві з позицій розумності. Так, господарський суд Одеської області, розглядаючи справу № 916/2796/20, дійшов висновку, що корпоративний договір, укладений за участі кредитора, є змішаним, що не суперечить положенням чинного законодавства. Водночас суд уточнив, що кредитори/треті особи можуть бути сторонами корпоративного договору в частині умов, що не стосуються корпоративних прав товариства.

В українській правозастосовній практиці зустрічаються випадки, коли кредитори як стейкхолдери визнаються суб'єктами корпоративного спору. У разі припинення юридичної особи вимога про скасування запису в ЄДР про припинення юридичної особи з підстав порушення порядку та процедури її ліквідації є належним способом захисту порушених прав та інтересів кредитора такої юридичної особи (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18.08.2020 у справі № 910/13125/19).

2) *Правочини із заінтересованістю (або значні правочини)* врегульовані Законом України «Про акціонерні товариства» та «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та містять ряд норм з наслідками у випадку порушення процедури їх укладення.

Відповідно до ч. 12 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» правочин із заінтересованістю, вчинений на умовах, які за висновком залученої відповідно до цієї статті особи (незалежного аудитора, суб'єкта оціночної діяльності або іншої особи, яка має відповідну кваліфікацію) є для товариства гіршими за звичайні ринкові умови, може бути визнаний судом недійсним за позовом акціонера товариства. Збитки, завдані акціонерному товариству внаслідок вчинення такого правочину (у тому числі різниця між ціною правочину та ринковою ціною), відшкодовуються солідарно особою, заінтересованою у вчиненні товариством такого правочину, а також членами наглядової ради товариства, які проголосували за надання згоди на вчинення такого правочину (у разі надання наглядовою радою згоди на вчинення правочину). Подібного механізму для товариств обмеженою відповідальністю не передбачено.

Постановою Великої Палати Верховного Суду від 08 жовтня 2019 року у справі №916/2084/17 було закладено правову позицію у позовах учасника/акціонера про визнання правочинів товариства недійсними: за договором, укладеним товариством, права та обов'язки набуває таке товариство як сторона договору. При цьому правовий стан (сукупність прав та обов'язків) безпосередньо учасників цього товариства жодним чином не змінюється. Повноваження діяти від імені юридичної особи є можливістю створювати, змінювати, припиняти цивільні права та обов'язки юридичної особи (стаття 239 ЦК України). Таке повноваження не належить до корпоративних прав учасника юридичної особи.

Отже, Велика Палата Верховного Суду виходила з того, що безпосереднього інтересу в учасників товариства в такому позові немає. Права та інтереси є в господарського товариства, від імені якого може виступити його учасники в похідному позові.

3) *Метою похідного позову* є відповідальність посадових осіб корпорації за її збитки. Питання щодо такої відповідальності рідко пов'язують із самими органами корпоративного управління. Натомість посадові особи формують волю органів корпоративного управління. Саме тому відповідальність цих органів несуть їх посадові особи. Очевидним є те, що позови проти посадових осіб товариства є доволі специфічним і складним у застосуванні механізмом. Постановою Великої Палати Верховного Суду від 26.11.2019 року у справі №910/20261/16 було розроблено правову позицію застосування похідного позову. Підставою для відшкодування є наявність таких елементів складу цивільного правопорушення, як: шкода; протиправна поведінка її заподіювача; причинний зв'язок між шкодою та протиправною поведінкою заподіювача; вина. За відсутності хоча б одного із цих елементів цивільно-правова відповідальність не настає. Особа, яка завдала шкоду, звільняється від обов'язку її відшкодувати, якщо доведе, що шкоди заподіяно не з її вини (частина друга цієї ж статті).

В похідному позові є три стейкхолдери – товариство, його учасники та посадова особа. Як видно, у Постанові Великої Палати Верховного Суду в основному йдеться про посадову особу – заподіювача. Разом з тим має постати питання: а за яких обставин учасник може звернутись в інтересах товариства. Чи має він довести, що його інтереси були порушені, чи є різниця порушення було вчинене до його вступу в товариство чи після? Ці та інші питання обов'язково виникнуть перед судовою практикою та потрібно буде шукати на них відповідь.

Потрібно констатувати, що інтереси стейкхолдерів дедалі частіше враховуються в правозахисній практиці. Разом з тим потрібна *масштабна ревізія корпоративного управління на предмет відповідності українського законодавства нормам директив та регламентів ЄС, а також Принципів корпоративного управління ОЕСР 2016. Основними напрямками законодавчої реформи мають стати: участь представників трудового колективу в корпоративному управлінні, КСВ та представництво інтересів кредиторів*

в корпоративному управлінні. Водночас така реформа має відбуватись паралельно з розширенням альтернативних форм вирішення корпоративних спорів, яке має відбуватись на основі сучасних тенденцій вирішення таких спорів. При вирішенні питання до доступу стейкхолдерів до судового процесу передусім потрібно враховувати такі елементи: чиї права було порушено, час порушення прав, доцільність способу захисту.

Список використаних джерел:

1. Keay A. Stakeholder Theory in Corporate Law: Has it Got What it Takes?
URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531065
2. Easterbrook Frank, Fischel Daniel R. The economic structure of corporate law. Harvard University Press, 1996.
3. Мазуренко В. П., Засенко О. Ю. Сучасна концепція корпоративної соціальної відповідальності у міжнародному бізнесі. *Ефективна економіка*. 2012. № 6. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=1199>.

КОВАЛЬ Ірина,
доктор юридичних наук, професор, декан
юридичного факультету Донецького
національного університету імені Василя Стуса

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Ефективність правового регулювання господарських відносин у значній мірі визначається станом законодавчої основи такого регулювання, її здатністю адекватно відображати й моделювати реальні економічні відносини за участю суб'єктів господарювання, забезпечувати гарантії і механізм захисту їх прав та інтересів у разі створення перешкод в їх належній реалізації.

Досконалість законодавства пов'язується в юридичній науці з досконалістю як втілених у нормативно-правових актах правил поведінки (змістовна сторона), так і їхньої правової форми, правового інструментарію, і є важливим показником соціально-економічної корисності та необхідності законодавства і права в цілому. Параметрами якості законодавства виступають його змістовні, регулятивні, системні, техніко-юридичні, стилістичні та інші характеристики, які мають «працювати» в єдності [1, с. 77].

Попри ґрунтовну розробку в доктрині господарського права вчення про захист прав суб'єктів господарювання і в тому числі способи захисту, як

в частині дослідження загальних питань системи, видів, змісту способів захисту, так і щодо особливостей їх застосування для захисту різних видів прав (О.В. Аушева, О.А. Беляневич, А.Г. Бобкова, О.П. Подцерковний, В.В. Петруня, О.Г. Хрімлі та інші вчені), слід визнати, що дієвість реального захисту прав в конкретних господарських правовідносинах безпосередньо залежить від повноти та визначеності юридичних можливостей, закладених в нормах чинного законодавства, та відповідно практики застосування цих норм.

Дуалістична модель законодавчого регулювання цивільних і господарських відносин в Україні двома кодифікованими актами, обумовлена специфікою предметів і методів правового регулювання цих відносин, знаходить своє втілення і в наявності самостійних систем захисту прав та інтересів учасників цивільних і господарських відносин.

Вперше узагальнюючий перелік способів захисту прав саме суб'єктів господарювання отримав закріплення на законодавчому рівні в ст. 20 Господарському кодексі України (далі – ГК). До цього часу нормативно-правовою основою для захисту прав у сфері господарювання виступали окремі норми Цивільного кодексу УРСР (ст. 6, 7 та ін.), Закону України «Про підприємства в Україні (ст. 13, 27 та ін.)», Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (розділ V) і т.д.

Накопичена багаторічна практика застосування передбачених в ГК України та інших актах господарського законодавства України способів захисту, розвиток законодавства і господарсько-правової доктрини зумовлюють доцільність аналізу положень ст. 20 ГК України на предмет системності, повноти, правової визначеності, ефективності закріплених в ній способів захисту та формулювання шляхів подальшого удосконалення законодавчої регламентації цих питань.

Оцінка і переосмислення закріплених у ГК України положень щодо способів захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання є важливим завданням сучасної правової доктрини і у світлі розробки Концепції модернізації господарського законодавства України. Зокрема, метою модернізації визначено оновлення правової парадигми організації та здійснення господарської діяльності в Україні і на цій основі забезпечення конструктивного поєднання, взаємоузгодження публічних та приватних інтересів у регулюванні господарської (економічної) діяльності, суттєве покращення правових умов для розвитку української економіки та підвищення рівня життя населення [2]. Досягнення цієї мети неможливо без ефективно діючого механізму охорони прав та інтересів учасників господарських відносин, який гарантуватиме непорушність прав та їх надійний захист у разі посягання на ці права.

У ст. 20 ГК України закріплено право кожного суб'єкта господарювання та споживача на захист своїх прав і законних інтересів шляхом: визнання наявності або відсутності прав; визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого

самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемлюють права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів; визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом; відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; присудження до виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків; застосування штрафних санкцій; застосування оперативно-господарських санкцій; застосування адміністративно-господарських санкцій; установа, зміни і припинення господарських правовідносин; іншими способами, передбаченими законом.

Закріплення наведеного переліку способів захисту в основному кодифікованому акті господарського законодавства, поряд з відповідним переліком в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), мало надзвичайно важливе значення для практики господарювання, оскільки учасники господарських відносин отримали чіткий широкий набір юридичних можливостей для захисту своїх прав та інтересів, які мають певні особливості, порівняно із формулюваннями способів захисту цивільних прав та інтересів. При цьому поряд із закріпленням санкцій, які властиві лише господарсько-правовому охоронному механізму, деякі спільні для господарських і цивільних відносин способи захисту в ст. 20 ГК України викладені більш повно. Так, припинення порушення прав поширюється як на вчинене порушення, так і на дії, що створюють таку загрозу. Така можливість має важливе значення у сфері господарювання для забезпечення своєчасного й ефективного захисту прав, запобігання збільшенню негативних наслідків дій, що створюють загрозу порушення прав, зменшення розміру витрат правовласника на припинення порушення, судовий захист тощо.

Способи захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, перелік яких викладений в ст. 20 ГК України, можна розглядати, на перший погляд, як загальні способи захисту для сфери господарювання, оскільки ст. 20 розташована в першому розділі про основні засади господарської діяльності, проте аналіз цих способів свідчить, що деякі з них мають специфічну підставу і порядок застосування, наприклад, адміністративно-господарські санкції, які можуть застосовуватись лише уповноваженими органами державної влади і місцевого самоврядування за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності. Відтак, можна констатувати, що, по-перше, перелік способів захисту в ст. 20 ГК України побудовано без певної систематизації і видової диференціації способів захисту, по-друге, закріплені види способів захисту є не загальними (у розумінні – застосовуються для захисту будь-яких господарських прав), а основними способами захисту прав та інтересів у сфері господарювання, які можуть застосовуватись як в судовому, так і адміністративному порядку, а деякі з них – в порядку самозахисту (наприклад, оперативно-господарські санкції). Цей перелік фактично надає учасникам господарських відносин

узагальнене бачення юридичних можливостей, які вони можуть застосовувати у разі порушення їх прав.

Наведений в ст. 20 ГК України перелік способів захисту є невиключним, про що свідчить кінцеве формулювання «іншими способами, передбаченими законом». Таке формулювання певною мірою обмежує коло юридичних інструментів, які може обрати потерпіла сторона, оскільки такі інструменти можуть бути передбачені також в договорі (оперативно-господарські санкції), що і відбувається на практиці. Такий недолік має бути виправлено для приведення цього положення у відповідність до потреб практики господарювання і іншим нормам ГК України (ч. 1 ст. 216, ч. 2 ст. 235), які визнають право учасників договірних відносин обирати певний спосіб захисту в договорі.

Наразі межі обрання способу захисту не обмежуються положеннями закону або договору. Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 р. внесено зміни до процесуальних кодексів, в тому числі в частині обрання способів захисту прав та інтересів, які застосовуються судом. На підставі ч. 2 ст. 16 ЦК України «Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках». Визначені законом випадки конкретизовано у ч. 2 ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК): «У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону».

На відміну від ЦК України, в ч. 2 ст. 20 ГК України залишився обмежувальний припис «інші способи, передбачені законом». При цьому в ч. 2 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) закріплено новий підхід, аналогічний ч. 2 ст. 5 ЦПК України.

З аналізу зазначених матеріальних і процесуальних норм господарського законодавства щодо обрання способів захисту прав суб'єктів господарювання зрозуміло, що для формування однозначної і несуперечливої судової практики їх приписи мають відповідати єдиному підходу. Більш прогресивним і таким, що узгоджується з принципом верховенства права, видається положення ГПК України, яке передбачає право суду визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не передбачений ні законом, ні договором. Як зазначають судді, завдяки вказаній новелі законодавства суд матиме можливість фактично, а не формально стати на захист порушеного права особи [3]. Проте деякі з них вважають це передчасним для національної правової системи, тому вважають, що на даному етапі розвитку правової системи України способи

захисту права повинні бути заздалегідь вичерпно передбачені законом, договором [4]. Вчені вважають, що незрозуміло, яким чином визначати межі для суду при визначенні нових способів захисту [5, с. 37], вбачають в цьому можливості для дії суду у своїх корупційних інтересах [6, с. 52].

Для правильного тлумачення і застосування окремих положень ГПК України Верховний Суд в своєму огляді наводить коментарі щодо тлумачення і застосування ч. 2 ст. 5 ГПК України, а саме зазначається, ч. 2 з урахуванням положень ч. 1 цієї статті слід розуміти так, що спосіб захисту, який позивач може обрати, а суд застосувати при здійсненні судочинства, у будь-якому випадку має бути ефективним, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням, і дає змогу забезпечити реальне поновлення у порушених правах. Обираючи спосіб захисту, позивач насамперед повинен перевірити, чи не передбачає закон або договір ефективного способу захисту. Якщо такий спосіб захисту законом або договором передбачено, позивач повинен обрати саме цей спосіб. Якщо у зазначеному випадку позивач обрав інший спосіб захисту, суд має відмовити у задоволенні позову, крім випадку, коли з урахуванням положень ч. 2 ст. 5 ГПК України дійде висновку, що обраний позивачем спосіб захисту спроможний більш ефективно захистити порушені права, свободи чи інтереси особи, але за умови, що такий спосіб захисту є адекватним обставинам справи. Якщо ефективного способу захисту законом або договором не передбачено і позивач обирає інший ефективний спосіб захисту його прав, свобод чи інтересів, у позовній заяві має бути наведено відповідне обґрунтування необхідності застосування такого способу захисту, інакше суд залишає позовну заяву без руху. Для правильного визначення у рішенні суду іншого способу захисту необхідною є наявність одночасно трьох умов: а) жоден визначений законом або договором спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу з огляду на обставини конкретної справи не забезпечує ефективного захисту або поновлення такого права, свободи, інтересу позивача; б) позивач у позові просить суд застосувати інший конкретний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу; в) визначений позивачем інший спосіб захисту не суперечить закону [7].

Отже, Верховний Суд допускає можливість обрання будь-якого способу захисту за умови його ефективності для захисту порушеного права. Таке тлумачення відповідає положенню ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Конвенція гарантує саме ефективність способу захисту, безвідносно того, де він закріплений (закон, договір, рішення суду).

Аналізуючи законодавчу техніку викладення ч. 2 ст. 5 ГПК України слід констатувати, що ця норма вимагає від позивача доведення неефективності передбачених законом або договором способів захисту, що фактично нівелює позитивні зрушення, які в ній закладені, беручи до уваги, що, по-перше, поняття «закон» охоплює значну кількість правових норм,

закріплені в численних законодавчих актах, які можуть мати змістовні і термінологічні вади, невідповідності тощо¹; по-друге, позивач може навіть за наявності передбаченого в законодавстві способу захисту запропонувати інший, що буде ефективним для реагування на певні втручання в його права та інтереси (у формі правопорушення, створення загрози порушенню, невизнання прав, оспорування прав, зловживання правом). Зрештою, такі вимоги через покладення тягаря доведення зазначених обставин на позивача послаблюють його можливості, можуть ускладнити порядок доведення належності і ефективності способу захисту, створити підстави для зловживання цим положенням з боку порушника (відповідача).

Також слід враховувати, що для вирішення конфліктної ситуації в законодавстві може бути передбачено різні можливості для захисту, ефективність / неефективність яких залежатиме від стадії реалізації прав і обов'язків (правовідношення), на якій відбулось порушення або невизнання прав. Так, розглядаючи справу за позовом боржника про визнання відсутності права вимоги у кредитора, Верховний Суд зазначає, що «Застосування боржником способу захисту інтересу, спрямованого на усунення правової невизначеності у відносинах із кредитором, є належним лише в разі, якщо така невизначеність триває, ініційований кредитором спір про захист його прав суд не вирішив і відповідне провадження не було відкрите. У разі, якщо кредитор уже ініціював судовий процес, спрямований на захист порушеного, на його думку, права, або такий спір суд уже вирішив, звернення боржника з позовом про визнання відсутності права вимоги у кредитора та кореспондуючого обов'язку боржника не є належним способом

¹ Наприклад, проблематичним є на практиці вибір способів захисту права на комерційне найменування у його неправомірному використанні. Це виявляється у безлічі різних позовних вимог, що заявляються підприємствами, значна частина яких не задовольняється судом через неточність або некоректність, а саме: «припинення використання комерційного найменування», «перереєстрацію комерційного найменування», «внесення змін до установчих документів», «визнання установчих документів недійсними», «скасування державної реєстрації підприємства». З огляду це ВГС України роз'яснює, що суд не може зобов'язати порушника змінити його найменування шляхом перереєстрації, належним способом захисту є внесення змін до засновницьких документів (п. 78 Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 р. № 12). Запропоноване ВГС України бачення належного способу захисту права на комерційне найменування також уявляється проблематичним з точки зору його практичної реалізації. Враховуючи встановлені законом правила внесення змін до установчих документів, виконання рішення суду про зобов'язання відповідача внести такі зміни може бути ускладнено на практиці через різні об'єктивні й суб'єктивні перешкоди, пов'язані, зокрема, із періодичністю проведення загальних зборів учасників, визнанням загальних зборів правомочними, голосуванням учасників тощо. Тому, з огляду на відсутність дієвих можливостей для оперативного виконання цього рішення, більш доцільним уявляється використання загального способу захисту у вигляді «припинення дій, що порушують право на комерційне найменування». Конкретний механізм виконання цього способу має вирішуватись відповідачем самостійно, починаючи від внесення змін до установчих документів щодо зміни комерційного найменування і закінчуючи прийняттям рішення про тимчасове або повне припинення здійснення господарської діяльності під певним найменуванням.

захисту». Тобто оцінка ефективності способу захисту, який передбачений законом, не є однозначною наперед для певного виду правовідношення.

З огляду на зазначене, ст. 20 ГК України доцільно доповнити положенням про можливість захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання будь-якими способами захисту, які не суперечать закону і є ефективними. При цьому потребують конкретизації критерії, які обумовлюють вибір і мають враховуватись під час визначення ефективності способу захисту. Науковці пропонують серед них, зокрема, такі: спосіб захисту має відповідати правовій природі і змісту права або інтересу, що порушені, характеру дій, якими вони порушені, наслідкам, що спричинені цим порушенням, меті, яку бажає досягти позивач, та враховувати можливість примусової реалізації способу захисту [8, с. 32]; відповідність змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням, законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; доцільність та ефективність; адекватність (співрозмірність, еквівалентність) стосовно правопорушення; наявність механізму реалізації (виконання); недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів [9, с. 4].

У практиці Верховного Суду ефективність способу захисту оцінюється в кожній справі (наприклад, постанови Верховного Суду від 22 січня 2019 року у справі № 912/1856/16, від 14 травня 2019 року у справі № 910/11511/18). В одному з рішень Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду зазначається, що «Належність та ефективність саме такого способу захисту порушених прав зумовлюється тим, що цей спосіб захисту безпосередньо передбачений законом і саме в такий спосіб (у разі задоволення позову) будуть відновлені порушені права / інтереси позивача. Саме собою визнання судом за позивачем переважного права на придбання частки іншого учасника не призведе до захисту цього порушеного права (у разі, якщо будуть встановлені обставини наявності такого права та його порушення), оскільки фактично таке визнання буде декларативним, що не спричиняє значущих для позивача наслідків у вигляді набуття права на частки інших учасників товариства» [10].

Ще в одному рішенні Верховний Суд додає коментарі до ефективності способу захисту стосовно вимоги про визнання відсутності права – «Спосіб захисту порушеного права або інтересу має бути таким, щоб у позивача не виникала необхідність повторного звернення до суду. Задоволення позову про визнання відсутності права вимоги в особи, що вважає себе кредитором, і відсутності кореспондуючого обов'язку особи-боржника у відповідних правовідносинах є спрямованим на усунення правової невизначеності. Тобто, відповідне судове рішення має забезпечити, щоб обидві сторони правовідносин могли у майбутньому знати про права одна одної та діяти, не порушуючи їх. А тому такий спосіб захисту є виключно превентивним» [11].

Отже, на підставі аналізу судової практики, до критеріїв ефективності способу захисту прав доцільно додати такі, як відповідність передбаченим

законом умовам і порядку набуття та реалізації прав та обов'язків; забезпечення захисту прав без повторного звернення до суду (принцип процесуальної економії).

У процесі удосконалення положень ГК України щодо захисту прав доцільно враховувати також розроблені в теорії господарського права положення щодо правової природи способів захисту і їх розмежування за цим критерієм на заходи захисту і заходи (міри, форми) господарсько-правової відповідальності, які відрізняються призначенням (функціями), підставами застосування, характером наслідків їх застосування. До заходів господарсько-правової відповідальності з переліку, наведеного в ст. 20 ГК України, належать: 1) відшкодування збитків, 2) застосування штрафних санкцій, 3) застосування адміністративно-господарських санкцій, 4) оперативно-господарські санкції. При цьому господарсько-правова відповідальність розкривається в ГК України через поняття господарських санкцій, до яких віднесено: відшкодування збитків; штрафні санкції; оперативно-господарські санкції, а також зазначено, що крім цих господарських санкцій, до суб'єктів господарювання за порушення ними правил здійснення господарської діяльності застосовуються адміністративно-господарські санкції (ст. 217).

Разом з тим, аналіз видів адміністративно-господарських санкцій, визначених в ст. 239 ГК України, вказує на те, що серед них є різноманітні способи захисту – як заходи відповідальності (вилучення прибутку, адміністративно-господарський штраф та ін.), так і заходи захисту, які власне відповідальністю не є (зупинення діяльності, зупинення дії ліцензії та ін.). Так само і серед оперативно-господарських санкцій є різноманітні способи захисту. Отже, поняття «господарські санкції» в розумінні ГК України за своїм змістом є більш широким, ніж поняття «заходи господарсько-правової відповідальності», а заходи відповідальності становлять лише частину всього різноманіття господарських санкцій.

Відтак, має місце певна понятійно-термінологічна невідповідність між назвою розділу V «Відповідальність за правопорушення у сфері господарювання» і змістом нормативних положень, розташованих у межах цього розділу (ст. ст. 217, 235, 239), які передбачають більш широке коло заходів державно-примусового впливу на порушника (господарські санкції), аніж власне заходи відповідальності. Така вада може бути виправлена зміною назви розділу V на – «Господарські санкції у сфері господарювання». Альтернативний підхід, у вигляді регламентації в розділі про господарсько-правову відповідальність лише господарських санкцій – заходів відповідальності буде руйнувати систему господарських санкцій, яка обумовлена специфікою предмету і галузевого методу господарсько-правового регулювання, що втілюється у правових засобах (серед яких і відповідальність), спрямованих на оптимальне узгодження, збалансування приватних і публічних інтересів у господарській сфері.

Окремо слід звернути увагу, що серед способів захисту, перерахованих в ст. 20 ГК України, відсутній загальний для захисту прав у сфері господарювання спосіб захисту, який належить до заходів відповідальності, – компенсація немайнової (моральної) шкоди. Слід зазначити, що компенсацію немайнової шкоди не виокремлено ні як самостійний спосіб захисту в ч. 2 ст. 20 ГК України, ні як різновид господарських санкцій у ч. 2 ст. 217 ГК України. Лише при визначенні складу збитків у ч. 1 ст. 225 ГК України окремою їх складовою зазначено «матеріальну компенсацію моральної шкоди у випадках, передбачених законом», чим, власне, і вичерпується весь обсяг нормативної регламентації цього способу захисту прав суб'єктів господарювання в межах ГК України. Такий стан законодавчого регулювання ускладнює реалізацію можливості щодо компенсації немайнової шкоди у сфері господарювання, створюючи підстави для невизнання такого способу захисту як самостійного, незастосування його до юридичних осіб, прирівнювання до виду збитків з точки зору доведення розміру компенсації тощо.

При цьому слід враховувати, що матеріальна компенсація моральної шкоди, як грошовий еквівалент немайнових втрат, є умовною, на відміну від складових збитків, що підлягають максимально точному економічному підрахунку. Зазначені особливості змісту і порядку обчислення розміру немайнової шкоди, що заподіюється суб'єктам господарювання, зумовлюють необхідність в її спеціальному регулюванні. У цьому напрямі законодавчої регламентації вимагають питання підстав застосування цього способу захисту і критеріїв визначення розміру компенсації немайнової шкоди. Загальні положення про моральну шкоду в ЦК України не вирішують більшої частини питань, пов'язаних із реалізацією цього способу захисту прав у сфері господарських відносин. Так, передбачений у ст. 16 ЦК України спосіб захисту «відшкодування моральної (немайнової) шкоди» хоча й поширюється за сферою своєї дії на захист прав будь-якої особи, утім ст. 23 ЦК України характеризує зміст і особливості відшкодування цієї шкоди здебільшого стосовно фізичних осіб, розуміючи її як фізичний біль і душевні страждання. Зміст моральної шкоди, заподіяної юридичним особам, розкривається через формулювання «пониження ділової репутації юридичної особи» (п. 4 ч. 2 ст. 23 ЦК України), яке (в термінології господарського законодавства відповідає порушенню «дискредитація суб'єкта господарювання») не охоплює всіх можливих випадків заподіяння немайнових втрат господарським організаціям (наприклад, недобросовісне використання ділової репутації суб'єктів господарювання).

Зміст немайнової шкоди, заподіяної суб'єкту господарювання, характеризується суттєвою специфікою, наявність якої прямим чином впливає на правила обчислення розміру компенсації. Ця специфіка полягає в нерозривному зв'язку немайнових втрат із матеріальними наслідками, які прямо чи опосередковано настають в економічному становищі суб'єкта через звільнення кваліфікованих працівників, зниження інвестиційної

привабливості підприємства, зменшення обсягів продажів, а, отже, і ділової активності, відмови контрагентів від виконання укладених договорів, попередніх домовленостей, відмови банківських організацій від надання кредитів тощо.

Серед запропонованих науковцями підходів і критеріїв до визначення моральної шкоди для суб'єктів господарювання, найбільш слухним видається виокремлення двох груп критеріїв, що можуть враховуватися у процесі встановлення розміру матеріальної компенсації: загальні критерії, які підлягають застосуванню в будь-якому випадку заподіяння немайнової шкоди суб'єкту господарювання; спеціальні критерії, використання яких залежить від виду правопорушення, що спричинило завдання немайнової шкоди [12, с. 462].

Отже, для удосконалення законодавчої регламентації компенсації немайнової шкоди у сфері господарювання доцільно закріпити цей спосіб захисту як окремий від відшкодування збитків в ст. 20 ГК України, врегулювати підстави і критерії визначення розміру матеріальної компенсації немайнової шкоди, заподіяної суб'єктам господарювання, в межах розділу IV ГК України.

Подальші дослідження проблематики щодо способів захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання доцільно спрямовувати на удосконалення підстав і порядку застосування конкретних способів захисту прав у сфері господарювання, передбачених ГК України і спеціальними законами, захисту законних інтересів як окремого об'єкта захисту.

Список використаних джерел:

1. Прозоров В. Ф. Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка. М.: Юрид. лит., 1991. 113 с.
2. Концепція модернізації господарського законодавства України. *Юридичний вісник України*. 2021. №13-15. С. 18, 19.
3. Лесько А. Захист цивільних прав та інтересів судом: нові аспекти. URL: <https://censor.net.ua/b3038431>
4. Бринцев О.В. Кваліфікуючі ознаки поняття способу захисту права у контексті судової реформи. *Право України*. 2017. №9. С. 70-75.
5. Петруня В. В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. НУ «Одеська юридична академія». Одеса, 2019. 221 с.
6. Хрімлі О.Г. Інститут захисту прав інвесторів: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2017. 317 с.
7. Огляд проблемних питань застосування судами окремих положень ГПК України за результатами проведених нарад, семінарів, круглих столів із місцевими та апеляційними судами. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Ogljad_GPK_07_2019.pdf

8. Коваль І.Ф. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні способу захисту прав та інтересів. *Правничий часопис Донецького університету*. 2019. №2. С. 26-33.

9. Петруня В.В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання: авторефер. дис. ... канд. юрид. наук за спец.: 12.00.04. К. НУ «Одеська юридична академія». Одеса. 2019. 22 с.

10. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 15 липня 2021 р. у справі № 909/863/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98391269?fbclid=IwAR1HvVpwcqum4wq7RY0zsB4iilrUyPcT8hhEuQAL-LeKMUvLXFWX5wXuqu8>

11. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 14 червня 2021 р. у справі №924/181/20. URL: https://zib.com.ua/ua/148351-vs_poyasniv_chi_mae_sens_zustrichniy_pozov_yakscho_kreditor.html?fbclid=IwAR0Y5NJadYr4IM2kX_d92ZMj6z17B1DP2JXGAcRsGJvr2rY9MznVadaWN5g

12. Коваль І.Ф. Господарсько-правове регулювання відносин промислової власності: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.04. Донецьк, 2013. 487 с.

КОЛОГОЙДА Олександра,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ІНСТИТУТ ГРУПОВОГО ПОЗОВУ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

15 грудня 2017 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII, спрямований на прогресивне оновлення процесуального законодавства. Однак при розробці нових процесуальних кодексів не було запозичено інститут групового позову, який безумовно дозволив би підвищити ефективність господарського судочинства та захисту прав суб'єктів господарювання як у корпоративних, так і інших господарських відносинах.

Історично інститут групових позовів розглядається як певна альтернатива правозахисної діяльності державних органів, як елемент системи стримувань і противаг в розвиненому капіталістичному суспільстві,

який має ряд особливостей в порівнянні з індивідуальним позовом: значні суми позовних вимог, що можуть призвести якщо не до неплатоспроможності компанії, то до істотних матеріальних витрат; серйозність порушення бізнесом правил здійснення господарської діяльності, яка може стати причиною групового позову; складність як доведення, так і адміністрування групового позову, тривалість їх розгляду; значні судові витрати на адвокатів, експертів, хоча результат групового позову непередбачуваний.

Виникло поняття групового позову (class action) в судочинстві країн загального права (передусім, в Англії), а згодом було імплементовано у правову систему США. Найбільше застосування «класові» позови мали в корпоративних спорах, де вони використовувалися міноритарними акціонерами для захисту їх корпоративних прав та інтересів.

Проте наразі колективні позови не асоціюються виключно з корпоративними спорами, а є універсальними, і досить широко застосовуються в різних категоріях справ в країнах англо-саксонської системи права. Такі позови характерні для спорів у сферах: захисту прав споживачів, природокористувачів, вкладників банків, інвесторів об'єктів нерухомості, акціонерів, споживачів туристичних, страхових та інших послуг, соціального забезпечення, трудових спорах за позовами профспілкових організацій, спорах про захист економічної конкуренції.

Позивачем у груповому позові може бути одна або кілька осіб у разі спільності їх інтересів або способів захисту. Класичний груповий позов – це звернення до суду з позовом про захист прав та інтересів групи осіб без їх процесуальної участі в розгляді справи. Особа, яка веде справу, має процесуальні права позивача по справі, представляє всіх осіб групи та вчиняє визначені законом процесуальні дії в тому числі подає докази, укладає мирову угоду. Всі, хто приєднався до позову процесуальних прав не мають, за виключенням права подати клопотання про зміну особи, яка веде справу в інтересах групи осіб. Судове рішення поширюється на усіх членів групи, навіть якщо позов подавався однією особою. Про рішення суду повідомляються члени групи; їм роз'яснюється право подати індивідуальні вимоги в своїй частині. Члени групи мають право на його оскарження, в тому числі у зв'язку з неналежним захистом їх інтересів.

Різновидом групових позовів є колективні позови, спрямовані на захист (відновлення) прав і законних інтересів групи фізичних осіб, коли сума збитків окремо взятої особи є незначною порівняно з витратами на їх стягнення.

Суть вимоги, що пред'являється в рамках колективного позову, полягає в захисті всіх осіб, що входять в групу. Однак, колективний позов часто спрямований на отримання лише «проміжного» рішення – про визнання неправомірними дій відповідача щодо групи осіб, про припинення діяльності відповідача, що порушує права групи осіб, тоді як відшкодування завданих такими діями збитків передбачається лише

на підставі самостійних позовів учасників групи. Судове рішення, винесене за колективним позовом, створює доказову базу для подальшого звернення до суду інших учасників групи [1, С. 24]. У цих умовах особи, які подали вимоги пізніше, можуть опинитись в ситуації, коли судове рішення на їх користь не буде виконано через відсутність у відповідача грошових коштів/майна (в тому числі й через виконання рішень в аналогічних справах, позивачі за якими пред'явили свої позовні вимоги раніше) [2]. Ця відмінність істотно відрізняє колективні позови від групових (класових) позовів, для яких існує правило про порядок розподілу суми, присудженої за позовом.

До успішних прикладів задоволення інтересів позивачів через груповий позов відносяться справи:

- про стягнення з Exxon Mobil 500 млн дол. США компенсації на користь 38 тис. позивачів і 5 млрд дол. США штрафних санкцій у зв'язку з витоком нафти біля берегів Аляски;

- позов 90 тис. автовласників до Volkswagen про стягнення збитків, заподіяних в результаті маніпулювання концерном даними про вміст шкідливих речовин у вихлопних газах автомобілів з дизельними двигунами;

- позов 25 тис. користувачів до Facebook щодо протиправного збору і використання персональних даних;

- позов акціонерів до компанії Enron, в результаті якого компанія була оголошена банкрутом;

- групові позови до Apple щодо умисного уповільнення роботи смартфонів, один з яких був врегульований мировою угодою, яка зобов'язала компанію виплатити 500 млн дол. США в інтересах усіх користувачів і додаткові 113 млн дол. США на користь влади;

- позов 2 тис. інвесторів до Deutsche Telekom (Німеччина) [3];

- позов в інтересах 46 млн. споживачів Об'єднаного Королівства до Mastercard на суму 18,5 млрд. дол. США.

Для подання групового (колективного) позову потрібно, щоб в основі конфлікту були питання права (юридичні підстави) та факту (фактичні підстави), спільні для усіх членів групи, а позовні вимоги (грошова вимога про стягнення матеріальної та/або моральної шкоди) та заперечення на позов були подібні.

Вчені звертають увагу на неправильність ототожнення категорій колективного (групового) позову та співучасті [4, С. 145]. Таке ототожнення призвело до того, що «груповим» («колективним») нерідко називають позов, в якому має місце співучасть на боці позивача (а іноді і по обидві сторони).

Колективний позов - це позов уповноваженого органу (організації), що подається в інтересах групи осіб і не передбачає участь членів цієї групи в судовому процесі [1, С.25]. У той час як процесуальна співучасть на стороні позивача - це спільне подання позову кількома

позивачами, наділеними рівними процесуальними правами в судовому процесі.

Групові (колективні) позови є інститутом процесуального законодавства країн англо-саксонського права, що відзначає їх детальне регулювання. Однак при термінологічній схожості, в кожній країні є власні особливості імплементації цього інституту. Зокрема, в Англії кожен позивач має всі процесуальні права і повинен довести свої збитки, а суд просто об'єднує позови, щоб вийшов один загальний спір. Такий інститут схожий на національний інститут процесуальної співучасті.

У Австралії вони з'явилися в 1992 році у федеральних судах, а в 2000-х - в судах штатів і мають назву «представницькі позови». Станом на 2017 рік було подано більше 500 колективних позовів. Право подати такий позов мають сім і більше позивачів до одного (загального) відповідача. В середньому 52% групових позовів закінчується примиренням сторін. Угода сторін має бути затверджена судом. Критерії оцінки угоди вироблені судовою практикою. Проте між позивачами по групових позовах часто виникає конфлікт інтересів: про розмір судових витрат, непропорційно малу суму відшкодування, розмір виплати фінансуючій стороні та інші [5].

Законодавству країн континентальної системи права групові позову не властиві. Більше того, ЄС не рекомендував вводити групові позови як такі, проте ряд держав все ж адаптували цей інститут до своєї правової системи.

В РФ виділяють два інститути: колективного та групового позову. На початку в АПК РФ з'явився термін «груповий позов». Це означало, що одна особа повинна зібрати групу з п'яти осіб і вести справу в інтересах усіх. Потім група збільшилася до 20 осіб. Наразі в АПК РФ та ЦПК РФ у рамках групового позову одна особа виступає в процесі, подає докази, заявляє клопотання, заперечення і відводи, а інші особи фактично не мають процесуальних прав, окрім права просити про заміну особи, що представляє інтереси групи. Для укладання мирової угоди досить згоди особи, яка веде справу. У 2014 році з'явилася норма, яка передбачає, що група позивачів має рівні процесуальні права. Відповідно, це вже не групові позови, а колективні. Мирова угода по колективному позову можлива за згодою усіх осіб, що приєдналися до особи, яка веде справи в інтересах групи.

В ГПК України не імplementовано інститут групового або колективного позову. Однак, правозастосовча практика відчуває потребу у впровадженні групового (колективного) позову, що наразі є лише питанням часу, розробки та реалізації відповідних законодавчих ініціатив.

Зокрема, відповідно до п. 3 ст. 9 Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція), ратифікованої Законом України від 06.07.1999 р № 832-ХІV, п. ж) ч. 1 ст. 21 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та ч. 2 ст. 21 Закону України «Про громадські об'єднання»

громадські природоохоронні організації мають право подавати до суду позови про відшкодування шкоди, заподіяної в результаті порушення законодавства про охорону довкілля, у тому числі здоров'ю громадян і майну громадських організацій. Особи, в інтересах яких подано такі позови, набувають статусу позивачів.

Екологічні права громадян забезпечуються участю громадських організацій та громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища, компенсацією в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища (п. «в», «д» ч.1 ст. 10 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»).

Громадська організація може захищати в суді особисті немайнові та майнові права як своїх членів, так і права та охоронювані законом інтереси інших осіб, які звернулися до неї за таким захистом, у випадках, якщо таке повноваження передбачено в її статутних документах та якщо закон визначає право громадської організації звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших осіб (абз. 3 п. 2.6 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 28.11.2013 р. № 12-рп/2013 [6]).

ЄСПЛ у справі «Національна група інформації та протидії заводу «Мелокс» - Група «Ні заводу «Мелокс» та змішаному оксидному паливу проти Франції у рішенні від 28 березня 2006 року, спростовуючи доводи уряду про відсутність порушення "цивільних прав" громадської організації, ЄСПЛ зазначив, що реалії сучасного суспільства, в якому громадські асоціації відіграють важливу роль, особливо захищаючи деякі справи в державних органах або в національних судах, зокрема у сфері охорони навколишнього середовища, дозволяють дійти висновку про те, що громадські організації можуть діяти в судах на захист суспільних інтересів, а обмежувальне тлумачення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не відповідатиме цілям і меті положення про забезпечення права на справедливий суд у демократичному суспільстві [7].

Так, на розгляді Господарського суду Дніпропетровської області перебував цивільний за юрисдикцією [8] позов громадської організації «Юристи за екологію» до ПрАТ «Північний гірничо-збагачувальний комбінат», ПрАТ «Центральний гірничо-збагачувальний комбінат», ПрАТ «Суша Балка», ПАТ «Криворізький залізорудний комбінат», ПАТ «АрселорМіттал Кривий Ріг», АТ «Південний гірничо-збагачувальний комбінат», ПрАТ «Інгулецький гірничо-збагачувальний комбінат» про солідарне стягнення з відповідачів на користь 48 фізичних осіб згідно з переліком, визначеним у додатку до позовної заяви, в інтересах яких діє ГО «Юристи за екологію», 500 000 грн збитків, завданих порушенням відповідачами законодавства про охорону навколишнього природного

середовища за результатами їх господарської діяльності, а також 500 000 грн моральної шкоди. Суд ухвалою від 27.07.2021 р. зобов'язав позивача усунути недоліки позовної заяви і вказати всю інформацію, яка вимагається ст. 162 ГПК України та надати розрахунок позовних вимог по кожній з 48 фізичних осіб та докази надсилання кожній з цих осіб копії позовної заяви з додатками, тобто суд розглядав осіб групи, в інтересах яких звернулась ГО, як співпозивачів [9].

Згідно з п. 9, 10 ч.1 ст. 25 Закону від 12.05.1991 р. № 1023-ХІІ «Про захист прав споживачів» об'єднання споживачів має право звертатися з позовом до суду про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій. Рішення суду, що набрало законної сили, про визнання дій продавця, виробника, виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів є обов'язковим для суду, що розглядає позов споживача щодо цивільно-правових наслідків їх дій з питань, чи мали місце ці дії і чи були здійснені вони цими особами. Об'єднання споживачів має право відповідно до законодавства захищати у суді права споживачів, які не є членами громадських організацій (об'єднань) споживачів.

Тобто законом надано право громадським організаціям споживачів звертатися до суду, у т.ч. до юридичних осіб, які є управителями багатоквартирних житлових будинків та надають комунальні послуги в інтересах споживачів, незалежно від їх членства у вказаній громадській організації, за захистом прав таких споживачів. При цьому в законі чітко визначено, що вказане рішення стосується виключно споживачів, права яких порушено протиправними діями суб'єкта господарювання, який надає відповідні послуги.

Так, у справі № 367/4695/20 розглядався позов ГО «Ірпінська спілка споживачів», поданий в інтересах невизначеного кола споживачів міста Ірпеня, до КП «УЖКГ «Ірпінь» щодо зобов'язання здійснити перерахунок послуг з утримання будинків, споруд та прибудинкових територій за період з 05 липня по 31 грудня 2018 року в розмірі 3 331 124,83 грн.[10].

В корпоративних спорах інститут групового позову наразі не імplementовано, тому учасники (акціонери) використовують:

1) інститут процесуальної співучасті осіб, спільне корпоративне право або охоронюваний інтерес яких було порушено. Недоведеність факту порушення права (інтересу) позивача є самостійною підставою відмову у позові. Відповідно до ст.47 ГПК України позов може бути пред'явлений спільно кількома позивачами або до кількох відповідачів. Кожен із позивачів або відповідачів щодо іншої сторони діє в судовому процесі самостійно. Участь у справі кількох позивачів і (або) відповідачів (процесуальна співучасть) допускається, якщо: предметом спору є спільні права чи обов'язки кількох позивачів або відповідачів;

права або обов'язки кількох позивачів чи відповідачів виникли з однієї підстави; предметом спору є однорідні права і обов'язки. Водночас, саме процесуальна співучасть часто стає підставою повернення позовної заяви (п. 2 ч. 5 ст. 174 ГПК) з підстав порушення правил об'єднання позовних вимог.

2) представництво інтересів групи учасників корпоративних відносин на підставі закону (наприклад, інтересів учасників інституту спільного інвестування компанією з управління активами на підставі ч.6 ст.63 Закону України від 5.07.2012 р. № 5080-VI «Про інститути спільного інвестування»);

3) учасники юридичної особи можуть приєднатися до похідного позову про відшкодування юридичній особі збитків, заподіяних її посадовою особою (п. 2 ч. 1 ст. 20, ч. 3 ст. 54 ГПК України).

В частині виключної (спеціальної) предметної юрисдикції групових позовів господарським судам виділяють такі переваги як: незалежність господарського суду від бізнесу, менша завантаженість, в порівнянні з судами загальної юрисдикції; більш висока підготовка і кваліфікація суддів з економічних питань; можливість апеляційного і касаційного оскарження без додаткових законодавчих змін і можливість подавати групові позови за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Мінімальну кількість осіб-позивачів в груповому позові пропонують визначити на рівні 25 осіб. Додатково пропонується закріпити можливість подання такого позову і 1 особою (ініціатором), до якої приєдналося не менше 25 фізичних осіб, з однотипними вимогами, які базуються на аналогічних підставах, до одного або кількох співвідповідачів [11]. На мою думку, цей поріг має бути на рівні не більше 10 осіб.

«Перспективні» сфери, які першими можуть зіткнутися з груповими позовами: будівництво, корпоративні відносини, туристична діяльність, медицина, сфера надання послуг населенню, в першу чергу житлово-комунальних, антимонопольно-конкурентна і природоохоронна сфери.

Наприклад, у справах про обов'язковий продаж акцій в процедурах сквіз-аут, обов'язковий викуп акцій акціонерним товариством, стягнення не виплачених дивідендів, в яких автору доводилося брати участь, подання групового позову було б виправданим вирішенням конфлікту, але кожному потерпілому доводиться самотійно шукати «унікальний» спосіб захисту своїх прав. В постанові від 24.11.2020 р. по справі 908/137/18 Велика Палата Верховного Суду [12] вказала, що законодавче регулювання процедури примусового відчуження акцій на користь приватних осіб не містить гарантій для міноритарного акціонера, а його можливість захистити свої права в загальному порядку, визначеному нормами ЦК України, у спосіб пред'явлення вимоги про стягнення з особи, на користь якої відбулося примусове відчуження акцій, грошових коштів у розмірі різниці між визначеною ціною у публічній безвідкличній вимозі та справедливою ціною таких акцій або ж у спосіб визнання недійсним зазначеного правочину, не

може вважатися достатньою гарантією захисту прав цього учасника, адже обставин обов'язок доказування справедливої ціни викупу акцій буде здійснюватися після втрати слабшою, в цих відносинах, стороною права власності та супроводжуватись необхідністю понесення останньою значних витрат на проведення оцінки майна товариства, сплату судового збору, витрат на професійну правничу допомогу тощо.

Враховуючи серйозність порушень законодавства (грубе, систематичне порушення базових конституційних прав), що є предметом групового позову, пропонується в рішенні суду про задоволення групового позову закріпити обов'язок відповідача опублікувати інформацію про прийняте рішення у встановлений судом термін в офіційних друкованих видань України, а також передбачити законі розміщення судом повідомлення про відкриття провадження по груповому позову і про прийняте рішення на веб-порталі судової влади України.

Список використаних джерел:

1. Рожкова М.А. И вновь о групповых и косвенных исках. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. № 5/2007. С. 24.
2. Лукашева М.Д. Проблемы исков в защиту интересов неопределенного круга лиц и групповых исков. URL: <http://www.legist.ru/conf/Lukashova.htm>.
3. Антонив Р. Возможен ли коллективный иск в Украине? URL: <https://golaw.ua/ru/insights/publication/chi-mozhlyvij-kolektivnij-pozov-v-ukrayini/>
4. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. М.-Екатеринбург: Норма, 1999. С. 145.
5. Диденко А. Косвенные, групповые и коллективные иски по корпоративным спорам. URL: https://pravo.ru/story/218543/?mob_emb
6. Рішення Конституційного Суду України від 28.11.2013 р. № 12-рп/2013. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/669>
7. Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_rus.pdf
8. Постанова Великої Палати Верховного Суду 15 червня 2021 року у справі № 904/6125/20 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98235823>
9. Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 27.07.2021р. у справі № 904/6125/20 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98582940>
10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 березня 2021 року у справі № 367/4695/20 URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96179832?fbclid=IwAR2ggkAi-d7L-ZRK1D-J6nSjmgOKaAS_GxHjkX-IS9VtMnsXkXjFJ6loPdI

11. Дядюк Є. Групповые иски: бизнесу приготовиться. URL: https://biz.ligazakon.net/ru/analytics/203274_grupповые_iski-biznesu-prigotovitsya

12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 24.11.2020 р. по справі 908/137/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93336732>

***КОРШУН Ангеліна,**
аспірантка Академії адвокатури України*

ТЕРМІН «КОМПЛАЄНС» В КОНТЕКСТІ ПРОБЛЕМИ ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО ЗАПОЗИЧЕННЯ В УКРАЇНСЬКІЙ МОВІ

Compliance як поняття прийшло в обіг фахівців у сфері юриспруденції та менеджменту в Україні на початку 2000-х років разом з іноземними представництвами, дочірніми компаніями іноземних компаній, іноземними підприємствами. На відміну від питомого англійського терміна, його український відповідник – «комплаєнс» потребує дослідження в контексті доцільності його використання саме у такому вигляді без пошуку питомо українських відповідників.

Як зазначає Н.В. Артикуца, «етимологічна характеристика терміна складається з історії його походження та розвитку: питомий чи запозичений термін; якщо запозичений, то [слід] визначити, з якої мови походить» [0, с. 41].

Так, саме слово «комплаєнс» походить з англійської мови (compliance) – що означає згоду, відповідність, погодження. Термін «комплаєнс» утворився з дієслова «to comply», що перекладається як «відповідати». В Оксфордському словнику англійської мови «комплаєнс» визначається як діяльність згідно з встановленим вимогам чи вказівкам, або ж покора («compliance is an action in accordance with a request or command, obedience») [0]. [Поняття комплаєнсу зародилось в](#) Сполучених Штатах Америки на початку 70-х років минулого століття і почало звідти свій розвиток [0]. Тобто, термін «комплаєнс» є запозиченим іншомовним терміном, який походить з англійської мови і в буквальному сенсі означає «відповідність» або «дотримання», проте як термінологічна одиниця compliance, як правило, передається в українській мові транслітерацією.

Слід зазначити, що термін «комплаєнс» є кодифікованим терміном. Так, в законодавстві України термін «комплаєнс» знайшов своє місце в таких рекомендаційних та нормативно-правових актах, як: (1) Закон України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» №3480-IV від 23 лютого 2006 року (в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» №738-IX від 19 червня 2020 року), (2) Закон

України «Про банки і банківську діяльність» №2121-III від 7 грудня 2000 року (в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення питань організації корпоративного управління в банках та інших питань функціонування банківської системи» від №1587-IX від 30 червня 2021 року), (3) Методичні рекомендації щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України, затверджені постановою Правління Національного банку України (надалі – НБУ) №98 від 28 березня 2007 року, (4) Положення про організацію внутрішнього контролю в банках України, затверджене постановою Правління НБУ №867 від 29 грудня 2014 року, (5) Положення про організацію системи управління ризиками в банках України та банківських групах, затверджене постановою Правління НБУ №64 від 11 червня 2018 року, (6) Методичні рекомендації щодо організації корпоративного управління в банках України, схвалені рішенням Правління НБУ №814-рш від 3 грудня 2018 року, (7) Положення про організацію системи внутрішнього контролю в банках України та банківських групах, затверджене постановою Правління НБУ №88 від 2 липня 2019 року, (8) Кодекс корпоративного управління: ключові вимоги і рекомендації, затверджений рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (надалі – НКЦПФР) №118 від 12 березня 2020 року, (9) Положення про авторизацію осіб, які мають намір провадити діяльність з надання інформаційних послуг на фондовому ринку, та умови провадження такої діяльності, затверджене рішенням НКЦПФР №670 від 27 вересня 2018 року, (10) Положення про порядок атестації фахівців з питань фондового ринку, затверджене рішенням НКЦПФР №319 від 25 червня 2020 року, (11) Вимоги (правила) щодо здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, затверджені рішенням НКЦПФР №640 від 3 листопада 2020 року.

В деяких зазначених вище актах законодавства термін «комплаєнс» вживається самостійно, в інших – поряд із ним вживаються питомо українські варіації терміну, такі як: «дотримання норм» чи «дотримання вимог».

На відміну від законодавчої сфери використання поняття, в наукових дослідженнях та в юридичній практиці в обігу перебуває саме термін «комплаєнс». До прикладу, у своїх наукових роботах термін «комплаєнс» («комплаєнс» (рос.) використовують чи не всі науковці, які досліджують відповідну тему, зокрема: Г.А. Нерсесян, Л. Правдива, А.Ю. Герасименко, В. Б. Іванов, І. Ф. Лаврик, І.В. Коляда, Н.В. Москаленко, С.С. Теленик, Ю.А. Крохіна, П.С. Матвєєв, М.Ю. Можаровський, А.В. Гаврікова, О.В. Неізнєвна, М.В. Сєлєзнєва, О. Данілін, М.М. Альошин, О.І. Альошина, Ю. Бондаренко.

Загалом, Н.В. Артикуца доходила висновку, що «найпоширеніші термінологічні одиниці іншомовного походження в нормативно-правових актах не перекладаються і передаються за допомогою транслітерації» [0, с.

41]. Також, Н. Краснопольська зазначає, що однією із причин запровадження і застосування іншомовних термінів в юриспруденції є необхідність заміни громіздкого терміна-словосполучення однослівним запозиченим терміном [0].

На нашу думку, якщо використовувати питомий український відповідник терміна compliance (без прямого запозичення), він може не в повній мірі співвідноситись із такими вимогами до термінів як стислість, однозначність та вживаність. На таку перевагу запозичених термінів, пов'язану з завданням уникнути полісемії питомих термінів, також звертали увагу у своєму дослідженні О.О. Реформатський та Н. Краснопольська [0]. Так, полісемантичність слова «відповідність» або «дотримання» може бути компенсована частково використанням термінологічного словосполучення у вигляді «система відповідності» («програма відповідності») або «дотримання норм [вимог]» як аналога терміну «комплаєнс», проте у таких випадках під питанням може опинитись однозначність та упізнаваність таких термінів, враховуючи те, що (1) слово «відповідність» формує термінологічні словосполучення, які використовуються у вузькому регулюванні окремих сфер господарювання: «програма відповідності» - у сфері постачання електричної енергії [0]; «система оцінки відповідності», «процедура оцінки відповідності» у сфері технічних регламентів та оцінки відповідності продукції [0] тощо; (2) словосполучення «дотримання норм [вимог]» саме по собі може розумітись буквально як дотримання вимог законодавства і загальнообов'язкових норм, що не співвідноситься із семантикою поняття комплаєнсу.

Отже, враховуючи достатню кодифікованість терміну «комплаєнс», його стислість, пряму семантичність його з іншомовним поняттям compliance, який повільно, проте впевнено вплітається в наукову діяльність і практику господарюючих суб'єктів в Україні, можна дійти висновку, що його використання є обґрунтованим та таким, що переважає ціль використання інших суто питомих українських аналогів для позначення поняття compliance.

Список використаної літератури:

1. Артикуца Н.В. Законодавчі терміни та їх визначення. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2009. Т.90. С. 39-44. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/605/Artykutsa_Zakonodavchi%20terminy.pdf?sequence=1&isAllowed=y
2. Комплаєнс. Википедія – свободная энциклопедия: вебсайт. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%BF%D0%BB%D0%B0%D0%B5%D0%BD%D1%81> (дата обращения: 29.08.2021)
3. Коршун А.В. Комплаєнс у сфері господарювання: історичний аспект становлення та тенденції розвитку. *Право і суспільство*. 2020. №6. С. 62-70. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.6.1.10>
4. Заремба І.Д., Сивак Л.М. Українізація іншомовних термінів. *Молодий вчений. Секція: Філологічні науки*. 2016. Вип. №4 (31). С. 366-370

5. Краснопольська Н. Запозичення в українській термінології менеджменту. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Проблеми української термінології»*. 2010. Вип. №675. С. 125-130. URL: <http://science.lpnu.ua/terminology/all-volumes-and-issues/visnik-no-675-2010/zapozichennya-v-ukrayinskiy-terminologiyi> (дата звернення: 29.08.2021)

6. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з розподілу електричної енергії. Нацком.енергетики, ком.послуг. Постанова від 27.12.2017, №1470. Дата оновлення: 11.02.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1470874-17#Text> (дата звернення: 09.08.2021)

7. Про технічні регламенти та оцінку відповідності. Закон України від 15.01.2015 №124-VIII. Дата оновлення: 03.07.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19#Text> (дата звернення: 09.08.2021)

*КОЧАРЯН Софія,
аспірантка кафедри господарського права та
господарського процесу Інституту права
Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

ЗАКОННІ ОЧІКУВАННЯ СУБ'ЄКТА ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ДОКТРИНІ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Похідним від принципу юридичної визначеності є поняття «законних (легітимних) очікувань» (reasonable expectations). Легітимні очікування можна розглядати як з точки зору об'єкту права – одного з видів майна, так і як принцип права. Наразі, законні очікування суб'єкта права власності будуть розглядатися саме як принцип права.

Під «законними очікуваннями» розуміється гарантія та обов'язок держави забезпечити визначеність та передбачуваність як національного правосуддя, так і законодавства. «Юридичною визначеністю обумовлюється втілення легітимних очікувань, тобто досягнення бажаного результату шляхом вчинення правомірних дій з огляду на задалегідь передбачені ймовірні наслідки». Так Конституційний суд України характеризує легітимні очікування – як юридичну визначеність, яка дає можливість учасникам суспільних відносин завбачати наслідки своїх дій та мати впевненість у реалізації відповідного права згідно чинного законодавства. «Верховенство права як нормативний ідеал, до якого має прагнути кожна система права, і як універсальний та інтегральний принцип права необхідно розглядати, зокрема, в контексті таких основоположних його складових: принцип законності, принцип поділу державної влади, принцип народного

суверенітету, принцип демократії, принцип юридичної визначеності, принцип справедливого суду [1].

Реалізацію законних, обґрунтованих очікувань суб'єкта права власності можна протипоставити якості національного законодавства. Професор С.О. Сліпченко у своїх дослідженнях теми законних очікувань акцентує на тому, що правова визначеність та зрозумілість норми, в т. ч. і міжнародної, є одним із фундаментальних аспектів верховенства права [2, с.67].

Легітимні очікування формуються конституційною нормою. Конституція України (далі – Конституція) (ч.2 ст.19) чітко визначає дозволена поведінку держави (органів публічної влади). Так, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на законній підставі та в межах повноважень, передбачених конституційно та законодавчо [3].

Професор О.А. Беляневич, досліджуючи поняття легітимних очікувань, ототожнює законність таких очікувань, зумовлених реалізацією належного права та обґрунтованість, відповідно зумовлену законом. «У матеріально-правовому сенсі легітимні очікування суб'єктів мають захищатися від непередбачуваних змін законодавства, яким встановлено відповідний правовий режим. У процедурному ж сенсі легітимні очікування стосуються однакової та послідовної правозастосовної практики, уникнення вибіркового правосуддя [4, с.43].

Базис законних очікувань суб'єкта права власності сформульовано Основним законом, кодифікованими нормами, законами та підзаконними актами. Але доктрина господарського права України не дає повного та змістовного закріплення меж законних очікувань суб'єкта господарських відносин, порядку державного захисту права власності. Існує необхідність та суспільний запит у ґрунтовних дослідженнях поняття «правомірних», «законних очікувань».

Конституція України (ст. 41) гарантує кожному право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Норма статті проголошує непорушним право приватної власності та заборону протиправного позбавлення такого права. Винятком порушення права власності є конфіскація майна за рішенням суду або з мотиву суспільної необхідності. З огляду на такі випадки, принцип юридичної визначеності не виключає визнання за державою певних дискреційних повноважень. Але нормами господарського права визначено механізм захисту права власності та запобігання зловживанню наданих державі прав.

Господарським кодексом України (ст.6) закріплено загальні принципи господарювання. Рівний захист державою усіх суб'єктів господарських відносин та заборона незаконного втручання органів державної влади у господарські правовідносини [5]. Отже, легітимні очікування суб'єкта права власності в частині захисту від незаконного та протиправного втручання є очевидними та зрозумілими. В господарському процесі гарантіями прав і

інтересів особистості є гарантії законності і правосуддя, які забезпечують нормальний рух господарської справи, дають можливість учасникам господарського процесу реалізувати свої процесуальні права [6, с.10].

Господарський процесуальний кодекс України (ст.4) гарантує учасникам господарських правовідносин право на звернення до господарського суду в установленому законом порядку за захистом порушених прав. «Юридичні особи та фізичні особи – підприємці, фізичні особи, які не є підприємцями, державні органи, органи місцевого самоврядування мають право на звернення до господарського суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів у справах, віднесених законом до юрисдикції господарського суду, а також для вжиття передбачених законом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням». Норма статті чітко формулює суть законних очікувань суб'єкта права власності – очікування захисту в порядку господарського судочинства. Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи у господарському суді, а отже, і на захист порушеного права власності. Далі, статтею 5, закріплено способи судового захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання.

Зміст та принципи законних очікувань не обмежуються визначеними у кодексах нормами та підлягають розширенню та конкретизації. Законні очікування як принцип права вимагає чіткішого констатування. Від цього залежить можливість та механізму захисту порушеного права власності, правового регулювання відносин, прав та обов'язків тощо.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» від 20.06.2019 р. № 6-п/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-19#Text>.
2. Сліпченко С.О. Поняття законних очікувань як різновиду майна. *Форум права*. 2020. № 62/3. URL: http://forumprava.pp.ua/files/066-076-2020-3-FP-Slipchenko_8.pdf.
3. Конституція України від 28.06.1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
4. Белянович О.А. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. №16. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2016_16_5.
5. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

6. Науково-практичний коментар Господарського процесуального кодексу України. за заг. ред. Короеда С.О. Київ: ВД «Професіонал» 2020 р. 400 с.

7. Господарський кодекс України від 06.11.1991 р.: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>

КРАВЕЦЬ Ірина,
*кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри господарського права та господарського
процесу Інституту права Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка*

ПОНЯТТЯ ПРОДАВЦІВ (ПОСТАЧАЛЬНИКІВ) ЯК СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКО-ТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

Господарсько-торговельна діяльність є одним з найбільш поширених видів господарської діяльності в Україні, необхідність дослідження основ порядку її здійснення, поняття та складу правовідносин, які виникають в процесі її здійснення – господарсько-торговельних відносин є безумовною. На законодавчому рівні комплексно цей вид господарської діяльності регулює лише глава 30 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [1], в якій поза увагою законодавця залишається ряд питань, в т. ч. регулювання правового статусу суб'єктів господарсько-торговельних відносин, тому визначення поняття «продавець (постачальник) як суб'єкт господарсько-торговельних відносин» є на сьогодні необхідним та актуальним.

Перш за все, необхідно наголосити, що всіх суб'єктів господарсько-торговельних відносин, на нашу думку, за критерієм обов'язковості участі у відповідних правовідносинах можна поділити на дві групи:

- 1) основні (обов'язкові) – продавці (постачальники) та покупці;
- 2) додаткові (факультативні) – виробники, прокуренти¹, видавці, заготівельники, видобувачі, виготовлювачі, переробники, афінажні підприємства², вантажовідправники, вантажоодержувачі, платники, посередники, організатори торгівлі, господарські об'єднання у сфері торгівлі та інші.

¹ Прокурент (від лат. *producens* – той, що виробляє) – той, хто виробляє, виготовляє яку-небудь продукцію; виробник [2].

² Афінаж дорогоцінних металів - металургійний процес одержання дорогоцінних металів високої чистоти шляхом відділення від них забруднюючих домішок [3].

Відповідно до ч. 6 ст. 267 ГК України – договором може бути передбачено відвантаження товарів вантажовідправником (виготовлювачем), що не є постачальником, та одержання товарів вантажоодержувачем, що не є покупцем, а також оплата товарів платником, що не є покупцем. Тобто, очевидно, що крім основних (обов'язкових) суб'єктів господарсько-торговельних відносин, до яких належать продавці (постачальники) та покупці, є й додаткові (факультативні), перелік яких вище зазначений.

В аспекті дослідження правового статусу продавця (постачальника) як суб'єкта господарсько-торговельних відносин необхідно дослідити питання співвідношення понять «продаж», «збут», «реалізація».

Окремі дослідники маркетингу, наприклад, Павленко А. Ф., Войчак А. В. [4], Григорчук Т. В. [5] ототожнюють поняття «продаж» та «збут». Дуже детальну порівняльну характеристику понять «продаж», «реалізація» та «збут», проаналізувавши точки зору науковців різних спеціальностей дав Сливка Я. В. [6].

На законодавчому рівні ці поняття по-різному співвідносяться законодавцем, що однозначно негативно впливає на рівень законодавчої техніки в Україні та якість регулювання суспільних відносин, в т.ч. господарських в нашій державі. Зокрема, в ч. 1 ст. 3 ГК України мова йде про реалізацію продукцію, а в ч. 1 ст. 261 ГК України – про продовження виробництва у сфері обігу (реалізації) шляхом переміщення, зберігання, сортування, пакування продукції чи інших видів діяльності. Тобто, норми ГК України ототожнюють поняття «обіг» та «реалізація».

Відповідно до Податкового кодексу України (пп. 14.1.202 п. 14.1 ст. 14) [7], Закону України «Про ціни і ціноутворення» (п. 9 ч. 1 ст. 1) [8] поняття «продаж» та «реалізація» розглядаються як синонімічні. У Законі України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» використовуються одночасно і дефініція «продаж товарів (послуг)» (абз. ст. 2, абз. 1, п. 9, 10, 12 ст. 3, п. 10 ст. 9 та ін.), і «реалізація товарів (послуг)» (абз. ст. 2, п. 12 ст. 3, ст. 20) [9], проте не вказано який зміст вкладає законодавець в ці поняття і як вони співвідносяться. Згідно з Законом України «Про ветеринарну медицину» (п. 118 ч. 1 ст. 1) продаж є одним з видів реалізації [10].

На нашу точку зору, **продаж товарів** – це процес переходу права власності на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, який охоплює собою такі етапи:

1) підготовчий – формулювання комерційної пропозиції; виявлення всіх корисних властивостей товару, що буде пропонуватися покупцю для купівлі; з'ясування кола можливих потенційних покупців відповідного товару та призначення з ними зустрічей;

2) проведення зустрічі з потенційними покупцями – під час цієї зустрічі здійснюється презентація комерційної пропозиції та пропонується до розгляду проект господарсько-торговельного договору;

3) укладання господарсько-торговельних договорів, предметом яких є товар, який може бути визначений як родовими, так і індивідуальними ознаками, який є у власності у продавця (постачальника) на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому;

4) виконання сторонами (продавцем та покупцем) своїх зобов'язань по господарсько-торговельному договору у повному обсязі.

З огляду на суть та призначення збуту товарів, вважається обґрунтованим, що **збут товарів** – це процес переходу права власності на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, який відбувається виключно за ініціативою покупця, що не вимагає від продавця (постачальника) активних дій з пошуку покупців, проведення презентацій товарів, підготовки комерційних пропозицій тощо. Тобто, ініціатором укладення господарсько-торговельного договору при збуті товарів виступає покупець.

Реалізація товарів – це процес переходу права власності на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, який може відбуватися як за ініціативою продавця (постачальника) та включає в себе підготовчий етап, етап зустрічей з покупцями та етапи укладання та виконання господарсько-торговельних договорів (продаж товарів), так і за ініціативою покупця (збут товарів). Тобто, на нашу точку зору, поняття «реалізація товарів» включає в себе терміни «продаж товарів» та «збут товарів».

З огляду на функції та призначення продавця (постачальника), уявляється обґрунтованим, що **продавець (постачальник)** – це суб'єкт господарсько-торговельних відносин, який здійснює за господарсько-торговельними договорами на платній основі реалізацію (продаж та/або збут) товару як власного виробництва так і/або купленого з метою перепродажу.

Отже, господарсько-торговельні відносини, змістом яких є здійснення та організація господарсько-торговельної діяльності в сучасних умовах розвитку економіки нашої держави потребують дослідження та належного нормативно-правового регулювання. Господарсько-торговельні відносини як інші види господарських відносин мають у своєму складі об'єкт, суб'єкти та зміст відповідних правовідносин. Обов'язковими суб'єктами господарсько-торговельних відносин, які опосередковують здійснення та організацію одного з найбільш поширених видів господарської діяльності, є продавці (постачальники). При формулюванні дефініції продавець (постачальник) необхідно враховувати співвідношення понять «продаж», «збут», «реалізація». З огляду на економічну суть та ознаки вищезазначених термінів сформульовані поняття «продаж» та «збут» та зазначено, що і продаж, і збут є видами реалізації товарів. З огляду на вищезазначене, наголошується на тому, що продавець (постачальник) як суб'єкт господарсько-торговельних відносин здійснює за господарсько-

торговельними договорами на платній основі реалізацію (продаж та/або збут) товару як власного виробництва так і/або купленого з метою перепродажу. Подальшого дослідження потребують класифікація продавців (постачальників) з метою належного нормативно-правового регулювання їх статусу, формулювання поняття «покупець товарів» як основного (обов'язкового) суб'єкта господарсько-торговельних відносин та визначення основ його правового статусу.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15#Text>.
2. Словник української мови. Академічний тлумачний словник. URL: <http://sum.in.ua/s/producent>.
3. Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними: Закон України від 18.11.1997 р. № 637/97-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/637/97-%D0%B2%D1%80#Text>.
4. Павленко А. Ф., Войчак А. В. Маркетинг. К.: КНЕУ, 2003. URL: <https://www.twirpx.com/file/168708/>
5. Григорчук Т. В. Маркетинг: навчальний ресурс розроблено на основі навчального посібника для дистанційного навчання «Маркетинг. Частина друга», виданий Університетом «Україна», 2007 року (м. Київ). URL: <https://sites.google.com/site/marketingdistance/tema-8/4-stimuluvanna-prodazu>.
6. Сливка Я. В. Проблематика використання термінів «продаж», «реалізація», «збут». Міжнародний збірник наукових праць. 2011. Випуск 2 (20). URL: <http://eztuir.ztu.edu.ua/bitstream/handle/123456789/4768/43.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
7. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
8. Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21.06.2012 р. № 5007-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5007-17>.
9. Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг: Закон України від 06.07.1995 р. № 265/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/265/95-%D0%B2%D1%80#Text>.
10. Про ветеринарну медицину: Закон України від 04.02.2021 р. № 1206-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1206-20#Text>.

*ЛИШЕНЮК Валентина,
аспірантка кафедри господарського права та
господарського процесу Інституту права
Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ ФОРМИ ЗАХИСТУ ПРИ ВИРІШЕННІ КОНСАЛТИНГОВИХ СПОРІВ

У зв'язку із стрімким розвитком економічних відносин суб'єкти господарювання все частіше відчують потребу в отриманні консультаційних послуг. Відповідно на практиці збільшується й кількість консалтингових спорів, тобто господарсько-правових спорів, що виникають між замовником та суб'єктом консалтингової діяльності під час оформлення та/або надання консалтингових послуг.

Проте чинне законодавство не містить чіткого правового регулювання відносин консалтингу, зокрема не встановлює особливості вирішення консалтингових спорів. Варто зазначити, що такі спори лише фрагментарно досліджувалися в працях українських науковців. Зокрема, вчені звертають увагу на необхідність закріплення ефективних механізмів вирішення консалтингових спорів у законодавстві. Однак комплексний аналіз особливостей та проблемних аспектів вирішення консалтингових спорів у сучасній науці відсутній.

Тур О. зазначає, що наразі за відсутності спеціального правового регулювання договір про надання консалтингових послуг є основою для виникнення консалтингових правовідносин. Таким чином, саме консалтинговий договір має передбачати спеціальні способи, порядок та особливості вирішення консалтингових спорів між сторонами [1, с.92].

Нижче ми наводимо ключові висновки щодо особливостей вирішення консалтингових спорів в судовому порядку на основі судової практики за 2018-2021 роки.

Позивачем у консалтингових спорах частіше є замовник консалтингової послуги (клієнт). Так, лише у 20% проаналізованих судових справ позивачем виступав суб'єкт консалтингової діяльності. Ми розуміємо, що суб'єктам консалтингової діяльності вигідніше вирішувати консалтингові спори шляхом переговорів із замовником та/або медіації, щоб не псувати відносини із потенційним клієнтом на майбутнє. Зазвичай консультанти вимушені звернутися до суду для захисту своїх порушених прав та інтересів у разі неналежного виконання замовником своїх обов'язків щодо оплати консалтингових послуг (наприклад, справу № 916/323/18 від 18 вересня 2018 року [2]).

Суди найчастіше розглядають такі категорії консалтингових спорів:

- про порушення консультантом своїх зобов'язань за договором (зокрема, ненадання або надання неякісних консалтингових послуг);
- про порушення процедури замовлення консалтингових послуг
- про визнання недійсними правочинів про надання консалтингових послуг;

- оскарження повноважень консультанта на вчинення певних правочинів (наприклад, повноваження адвоката на підписання договору).

У більшості проаналізованих консалтингових спорів замовник звертався до суду із позовною вимогою про стягнення штрафних санкцій із консультанта у зв'язку із порушенням останнім своїх зобов'язань по договору. Найчастіше таке порушення полягає в ненаданні або наданні неякісних консалтингових послуг. Відповідно виникає питання – яким чином позивачу обґрунтувати факт ненадання консалтингових послуг взагалі або надання неякісних послуг?

1. З метою підтвердження факту ненадання послуги позивачі посилаються на відсутність актів про надання послуг (наприклад, така позиція була продемонстрована у справі № 915/411/19) [3].

Так, відповідно до встановленої судової практики факт здійснення господарської операції може підтверджувати тільки акт, який є підставою для бухгалтерського обліку.

На практиці сторони спеціально передбачають в договорах про надання консалтингових послуг, що (i) здача-прийняття наданих послуг оформлюється відповідним актом та (ii) підписання такого акту свідчить про відсутність будь-яких взаємних претензій сторін щодо змісту та якості наданих консалтингових послуг.

Однак, варто підкреслити необхідність правильного заповнення та підписання відповідного акта. Яскравою ілюстрацією цієї тези може слугувати справа № 910/4419/19 [4]. У цій справі консалтингова фірма (позивач) доводив факт надання консалтингових послуг замовнику на основі такого:

- позивач надіслав акт здачі-приймання наданих послуг відповідачеві за допомогою електронного документообігу. Відповідний акт був підписаний позивачем та відповідачем за допомогою електронного цифрового підпису;

- позивач зробив технічну помилку в акті, випадково вказавши реквізити іншого договору. На думку позивача, цей акт все одно є належним доказом надання відповідних послуг, оскільки відповідач не оскаржував його дійсність.

Проте суд дійшов до висновку, що позивач не зміг довести факт надання консалтингових послуг у зв'язку з таким:

- до предмету доказування в цій справі належить встановлення причинно-наслідкового зв'язку між актом здачі-приймання надання послуг та договором про надання послуг. Однак з наданого позивачем акту здачі-

приймання надання послуг неможливо достовірно встановити, що послуги за даним актом надані позивачем саме відповідно до умов договору на бухгалтерське обслуговування, а не іншого договору реквізити якого були зазначені. Тобто акт здачі-приймання надання послуг не є належним доказом, оскільки, на підставі даного акту не можна встановити факт надання послуг за відповідним договором;

- позивачем не надано доказів на підтвердження факту, що позивач та відповідач є особами, які є користувачами електронного цифрового підпису.

Таким чином, акта прийому-передачі є належним доказом надання послуг виключно в разі правильного заповнення та підписання цього акта.

2. На практиці позивачеві складніше довести факт надання неякісних консалтингових послуг, оскільки законодавство майже не регулює критерії якості таких послуг.

Зважаючи на проаналізовану судову практику ми розуміємо, що клієнти обґрунтовують факт надання неякісних послуг на основі такого:

- консультантом було складено звіт (висновок), що не містить всіх встановлених законодавством елементів та/або із порушенням відповідної процедури. Наприклад, у справі № 5011-33/6565-2012 [5] було встановлено факт порушення процедури незалежної оцінки майна та відповідно неналежне надання послуг оцінювачем;

- консультантом не було вчинено дій щодо належного виконання умов договору. Наприклад, у справі № 910/17621/18_консультант (і) не вимагав надання додаткових документів від клієнта, які були необхідними для отримання відповідних дозволів та (іі) фактично не звернувся до органів державної влади для отримання дозволів [6].

Висновок: отже, за відсутності спеціального правового регулювання доцільно передбачати спеціальні способи захисту, порядок та особливості врегулювання консалтингових спорів у договорі між сторонами. Судова практика щодо вирішення консалтингових спорів є різноманітною у зв'язку із багатогранністю консалтингових відносин, тому особливості доказування можуть відрізнятися залежно від обставин конкретного спору. Варто зазначити, що в судовій практиці більшу частину консалтингових спорів складають спори за позовом замовника щодо порушення консультантом своїх зобов'язань за договором.

Таким чином, питання врегулювання консалтингових спорів може бути темою подальших наукових досліджень, зокрема в аспекті способів та інших (несудових) форм захисту порушених прав та інтересів суб'єктів консалтингових відносин.

Список використаних джерел:

1. Тур О.Т. Істотні умови договору про надання консультаційних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5.2(3). С. 91-95.

2. Постанова Одеського апеляційного господарського суду у справі № 916/323/18 від 18 вересня 2018 року.

3. Постанова Верховного Суду у справі № 915/411/19 від 19 лютого 2019 року.

4. Постанова Північного апеляційного господарського суду у справі № 910/4419/19 від 18 листопада 2019 року.

5. Постанова Київського апеляційного господарського суду у справі № 5011-33/6565-2012 від 5 березня 2018 року.

6. Постанова Північного апеляційного господарського суду у справі № 910/17621/18 від 9 вересня 2019 року.

*ЛУКОМЬКА Олеся,
начальник відділу забезпечення роботи секретаря
та суддів судової палати управління забезпечення
роботи судової палати для розгляду справ щодо
корпоративних спорів, корпоративних прав та
цінних паперів секретаріату Касаційного
господарського суду у складі Верховного Суду*

ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ, ЗАВДАНИХ ТОВАРИСТВУ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ЙОГО ПОСАДОВОЮ ОСОБОЮ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

У межах доповіді зацентруємо увагу на питанні відшкодування збитків, завданих товариству з обмеженою відповідальністю (далі - ТОВ) його посадовою особою, яке здійснюється в інтересах товариства за позовом його учасника. В українському законодавстві з 01.05.2016 почав функціонувати інститут похідного позову (з окремими застереженнями). [1] Законодавець надав право учаснику товариства, частка у власності товариства якого становить 10 і більше відсотків, подати в інтересах такого товариства позов про відшкодування збитків, заподіяних товариству його посадовою особою (ст. 54 ГПК України). Принагідно відзначимо, що, наприклад, у Німеччині (правова система якої є спорідненою з вітчизняною) таким правом наділені учасники, які володіють 1% статутного капіталу товариства. [2] На нашу думку, підхід німецького законодавця є більш виваженим та спрямованим на захист міноритарних учасників товариств.

Окрім того, положеннями чинного законодавства не передбачено інших підстав звернення учасника товариства до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів цієї особи поза відносинами представництва, окрім позовів про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі її посадовою особою.

Відповідальність посадових осіб може носити як індивідуальний характер, так і субсидіарний та солідарний характер. Так, відповідно до ст. 89 ГК України, посадові особи відповідають за збитки, завдані ними

господарському товариству. Статтею 40 Закону України "Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю" (далі – Закон) також встановлено, що члени наглядової ради товариства та члени виконавчого органу товариства несуть відповідальність перед товариством за збитки, заподіяні товариству їхніми винними діями або бездіяльністю.

Солідарна відповідальність передбачена, наприклад, ст. 92 ЦК України, якою встановлено, що якщо члени органу юридичної особи та інші особи, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, порушують свої обов'язки щодо представництва, вони несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі.

Також, згідно зі ст. 26 Закону, посадові особи товариства, винні у введенні в оману учасників товариства щодо його фінансового стану, зокрема шляхом подання (включення) недостовірної інформації до документів товариства, що призвело до здійснення неправомірних виплат, несуть разом з учасниками солідарну відповідальність за зобов'язанням щодо повернення виплат товариству. Статтями 44 та 45 цього ж Закону встановлюється солідарна відповідальність посадових осіб товариства, винних у порушенні порядку вчинення правочинів із заінтересованістю та значних правочинів, за збитки, завдані товариству. Статтею 31 Закону встановлено обов'язок виконавчого органу товариства скликати загальні збори учасників якщо вартість чистих активів товариства знизилася більш як на 50 відсотків порівняно з цим показником станом на кінець попереднього року. У разі порушення цього обов'язку та визнання товариства банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів, передбаченого частиною третьою цієї статті, члени виконавчого органу солідарно несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства.

Питання щодо притягнення до субсидіарної відповідальності керівників юридичних осіб виникає також і під час реалізації процедури банкрутства (ст. 61 Кодексу України з процедур банкрутства).

Аналіз чинного законодавства, на підставі якого відбувається притягнення до майнової відповідальності керівників юридичних осіб вказує на те, що для застосування такої міри відповідальності як відшкодування збитків необхідною є наявність усіх чотирьох загальних умов відповідальності, а саме: протиправна поведінка; збитки; причинний зв'язок між протиправною поведінкою та завданими збитками; вина. За відсутності хоча б одного з цих елементів цивільна відповідальність не настає. При цьому, саме на позивача покладено обов'язок доведення факту протиправної поведінки, розміру завданої шкоди та прямого причинного зв'язку між порушенням зобов'язання та шкодою. Такий підхід є усталеним у судовій практиці. [3]

Окремо зупинимося на питанні протиправності поведінки та вини посадової особи.

Чи достатньо того факту, що посадова особа діяла в межах своїх повноважень, не порушувала положення законодавства чи статуту, для того, щоб дійти висновку про відсутність протиправної поведінки? Позитивну відповідь на це питання можемо знайти у судовій практиці де суди, оцінивши матеріали справи, доходили висновку про недоведеність позивачем протиправності у діях посадової особи з огляду на зазначені вище обставини. [4]

На нашу думку, той лише факт, що посадова особа діяла в межах своїх повноважень не є безумовним аргументом на користь відсутності протиправності у її діях. І чинне законодавство та досить часто статuti ТОВ містять положення про те, що посадова особа зобов'язана діяти не лише в межах своїх повноважень, але й добросовісно і розумно (наприклад, ст. 92 ЦК України).

Наприклад, у постанові у справі № 904/982/19 колегія суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – КГС) акцентувала увагу на положеннях статуту ТОВ, якими встановлено вимоги до директора. Зокрема йшлося про те, що директор зобов'язаний виконувати свої обов'язки сумлінно з високим ступенем старанності та дбайливості; володіти базовими знаннями з права, економіки, адміністрування, фінансів, кадрового менеджменту та екології. [6]

Очевидним є те, що наділяючи особу повноваженнями для управління справами товариства, учасники цього товариства розраховують на професіоналізм, відповідальність цієї особи та на те, що вона буде діяти в інтересах товариства, збільшуючи його доходи.

Тому, на нашу думку, обґрунтованою та доцільною є правова позиція КГС, викладена у постанові у справі № 910/21493/17, яка знайшла своє відображення і у постановях Великої Палати Верховного Суду: «суд звертає увагу на довірчий характер відносин між господарським товариством та його посадовою особою, у зв'язку з чим протиправна поведінка зазначеної особи може виражатись не лише у невиконанні нею обов'язків, прямо встановлених установчими документами товариства, чи перевищенні повноважень при вчиненні певних дій від імені товариства, а й у неналежному чи недобросовісному виконанні таких дій без дотримання меж нормального господарського ризику, з особистою заінтересованістю чи при зловживанні своїм розсудом, прийнятті очевидно необачних чи марнотратних рішень.» [5]

Щодо питання вини посадової особи, то слід звернути увагу на таке. Господарське та цивільне законодавство не містять визначення поняття "вина", визначення цього поняття міститься у ст.23 КК України вина. Проте, вважаємо, не виправданим автоматичне перенесення визначення вини з кримінального законодавства на правовідносини з відшкодування завданих юридичній особі її посадовою особою збитків. Адже психічне ставлення посадової особи до тих обставин, що вона не виконує взяті на себе зобов'язання, наприклад щодо того, щоб діяти в інтересах юридичної особи,

не має того значення, яке відіграє цей фактор в оцінці суб'єктивної сторони злочину.

Суттєву відмінність при встановленні вини у кримінальних правовідносинах та у правовідносинах, що розглядаються, має і той факт, що цивільне законодавство в деліктних зобов'язаннях передбачає презумпцію вини заподіювача шкоди. Відповідний висновок міститься, зокрема, у постанові Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі №753/7281/15-ц. Тому спростування цієї вини є процесуальним обов'язком її заподіювача. [6]

З огляду на те, що у окремих статтях ЦК України, згадується про умисел та необережність, у цивільному та господарському праві традиційно розрізняють умисну та необережну форми вини. Встановлення форми вини має практичне значення під час вирішення питання про можливість зменшення розміру відшкодування завданих збитків. Так, у справі № 904/982/19 колегія суддів КГС встановила, що формою вини директора є необережність, а також те, що саме ТОВ не здійснило жодних заходів зі зменшення суми завданих помилкою збитків та зменшує розмір збитків, які підлягають відшкодуванню директором товариству до 10% від суми завданих збитків. [7]

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон України від 07.04.2015 № 289-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19#Text>

2. Ковалишин О.Р. Непрямий позов: міжнародний досвід та перспективи впровадження в Україні. Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин: всеукр. наук.-практ. конф., м. Івано-Франківськ, 21-21 вересня 2012 р.: зб. наук. пр./ ред. кол.: О.Д. Крупчан, В.В. Луць, В.А. Васильєва, І.Б. Саракун. К.: НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2012. С. 143

3. Постанова ВП ВС від 26.11.2019 у справі №910/20261/16 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86333859>; постанови КГС ВС від 04.09.2018 у справі № 923/1315/16 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76236959>; від 07.05.2020 у справі № 910/5100/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89109031>, від 27.08.2019 у справі № 914/1619/18 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83876275> та ін.

4. Постанови КГС ВС від 18.12.2018 у справі № 910/20363/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78749992>, від 04.04.2018 у справі № 910/2018/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73335693>

5. Постанова КГС ВС від 04.12.2018 у справі № 910/21493/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78412710>; постанова ВП ВС від 22.10.2019 року у справі № 911/2129/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85743713>

6. Постанова КЦС ВС від 23.01.2018 у справі № 753/7281/15-ц URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71826009>

7. Постанова КГС ВС від 24.02.2021 у справі № 904/982/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95240657>.

НАГНИБІДА Володимир,
*доктор юридичних наук, доцент, завідувач
лабораторії з адаптації законодавства України
до права ЄС Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені
академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

РЕАЛІЗАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВІРТУАЛЬНІ АКТИВИ» У ПРАКТИЦІ КОМЕРЦІЙНИХ ВІДНОСИН

Нещодавно Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про віртуальні активи» [1] (далі – Закон). У преамбулі Закону встановлюється, що він регулює правовідносини, що виникають у зв'язку з обігом віртуальних активів в Україні, визначає права та обов'язки учасників ринку віртуальних активів, засади державної політики у сфері обігу віртуальних активів.

Так, Законом встановлюються низка ключових визначень термінів у цій сфері, регламентується правовий режим віртуальних активів, включно з визначенням підстав набуття права власності на віртуальний актив та кола правочинів з ним, окреслюються учасники ринку віртуальних активів та, окрім іншого, вносяться зміни до Цивільного кодексу України [2] в частині доповнення главою 15-1 розділу III Кодексу, що дублює визначення віртуального активу в розумінні Закону поруч з деякими іншими нормами, та до низки інших законодавчих актів, зокрема Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [3]. Попередньо в згаданому Законі під віртуальним активом розумілось лише «цифрове вираження вартості, яким можна торгувати у цифровому форматі або переказувати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей». Натомість згідно з прийнятою редакцією обсяг законодавчої дефініції цього поняття істотно розширено.

Аналіз положень Закону дозволяє прослідкувати прагнення законодавця до системного нормативного підходу стосовно регламентації обігу віртуальних активів в Україні, формування повноцінного правового поля для функціонування ринку віртуальних активів, його адаптації до сучасних світових реалій, поруч із побудовою державного механізму

регулювання відповідного ринку. Функції регулятора покладено на Міністерство цифрової трансформації України, а у окремих випадках на Національний банк України та Національну комісію з цінних паперів та фондових ринків. Проте це не позбавляє Закону спірних моментів, а отже й необхідності послідовного аналізу його положень, з приводу чого у професійних колах вже ведуться дискусії [4–6], які попередньо навіть призвели до офіційної реакції Міністерства та комітету з питань цифрової трансформації України щодо розвінчання міфів з приводу окремих положень законопроекту [7].

Насамперед Законом закріплюється визначення віртуального активу як нематеріального блага, що є об'єктом цивільних прав, має вартість та виражене сукупністю даних в електронній формі. Існування та оборотоздатність віртуального активу забезпечується системою забезпечення обороту віртуальних активів. Віртуальний актив може посвідчувати майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав. Важливим доповненням до правової природи віртуальних активів згідно з Законом є ч. 4 ст. 7, відповідно до якої віртуальні активи не є засобом платежу на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги). Тобто віртуальні активи можна обмінювати лише на інші віртуальні активи або гривню, за винятком передбачених Національним банком України випадків, де також можливий обмін на валютні цінності, іноземну валюту, інші валютні цінності.

При цьому Закон пропонує розмежування віртуальних активів на забезпечені (віртуальний актив, що посвідчує майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав) та незабезпечені, які, відповідно, не посвідчують жодних майнових або немайнових прав. Додаткових уточнень з цього приводу Закон не містить, залишаючи питання тлумачення змісту поняття віртуального активу та його видів для подальших роз'яснень Мінцифри та правозастосовчої практики. Норма ч. 4 ст. 4 Закону не вносить повної ясності у це питання. Так, згідно з нею під забезпеченням віртуального активу розуміється посвідчення ним майнових прав, зокрема прав вимоги на інші об'єкти цивільних прав. Забезпечення віртуальних активів не є забезпеченням виконання зобов'язання. Під посвідченням майнових прав розуміється підтвердження права власника забезпеченого віртуального активу вимагати об'єкт забезпечення.

Використований термін «посвідчення» віртуальним активом майнових прав може не завжди відповідати правовій природі віртуального активу, з якого є можливим подальше вилучення майна або майнових прав, але в іншій, ніж визначено Законом, формі. Засновуючись на низці інших положень Закону, можливо стверджувати, що під забезпеченістю віртуального активу розуміється його прив'язка до «реальних» або фізичних цінностей, виражених не у цифровій формі, зокрема згідно з ч. 6 ст. 4 Закону фінансовими віртуальними активами є: емітований резидентом України забезпечений віртуальний актив, що забезпечений валютними цінностями; та

емітований резидентом України забезпечений віртуальний актив, що забезпечений цінним папером або деривативним фінансовим інструментом. Відповідно незабезпечені віртуальні активи не мають такого підкріплення, а їхня цінність втілена виключно у цифровій, діджитал-формі.

Загалом аналіз закріпленого у Законі визначення віртуального активу вказує на спрямування законодавця не обмежувати його розуміння виключно криптовалютою, хоч остання і була основним фокусом законотворчої роботи, громадського обговорення та проекту Закону в цілому. Розкриття змісту цього поняття як нематеріального блага, вираженого сукупністю даних у електронній формі, дозволяє відносити до віртуальних активів не лише криптовалюту, але й будь-який NFT токен, тобто унікальні, невзаємозамінні криптографічні токени, а також будь-які масиви даних, збережені та відтворювані в електронній формі, що мають вартість. Проблема, на наш погляд, постає у тлумаченні факту та наслідків атрибуції віртуальним активам певної вартості: як та ким визначатиметься наявність у них вартості, якою за своєю природою така вартість повинна поставати і таке інше. Також справедливо припускати, що більшу питому вагу, принаймні на сучасному етапі та деякий час після вступу Закону в силу, займатимуть на ринку саме незабезпечені віртуальні активи, обіг яких регулювати істотно складніше.

До прикладу, чи можливо як віртуальний актив розглядати аккаунти в соціальних мережах та згенеровані в їх межах матеріальні і нематеріальні блага, репутаційні, рекламні та пов'язані із ними блага, виражені, зокрема, у кількості підписників, впливові, який такі аккаунти спричиняють на підписників тощо. Хоча вже тривалий час вартість подібних аккаунтів та конкретний прибуток, що вони приносять своїм власникам, є відомими та достатньо легко обчислюваними, питання встановлення вартості саме відповідного віртуального активу у теоретико-правовій площині залишається недослідженим та дискусійним. Вважаємо, що певні аспекти з цього приводу прояснить правозастосовча практика, що надалі призведе й до удосконалення та уточнення положень Закону. Так, у перспективі потреба встановлення вартості незабезпечених віртуальних активів може постати гостро, особливо в контексті тих NFT токенів, що розглядаються та реалізуються як предмети мистецтва.

Достатньо визначеним та потенційно ефективним на практиці розглядаємо встановлення сфери застосування Закону до правовідносин, що виникають: 1) у разі постачання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, якщо учасники таких правовідносин мають зареєстроване місцезнаходження або постійне представництво на території України; 2) у зв'язку з укладенням догвоорів, предметом яких є віртуальний актив, якщо сторони визначили право України як таке, що підлягає застосуванню до договору в цілому або до окремої його частини; 3) у зв'язку з укладенням договору, предметом якого є віртуальний актив, якщо обидві його сторони є резидентами України; 4) у зв'язку з укладенням договору, предметом якого

є віртуальний актив, якщо особа, яка здійснює операції з віртуальними активами у своїх інтересах (набувач віртуального активу), є резидентом України.

Втім, враховуючи електронну природу розміщення, збереження та передачі віртуальних активів і прав на них, чимало буде залежати від добросовісності учасників ринку віртуальних активів, у першу чергу від кінцевих вигодонабувачів, якими є звичайні користувачі Інтернету. Ця добросовісність полягатиме в прагненні вигодонабувачів здійснювати операції з віртуальними активами відкрито, без застосування засобів веб-анонімності, шифрування передач файлів, проксі-серверів та ін. Реальних ж механізмів у регулятора вітчизняного ринку віртуальних активів для відслідковування всіх подібних операцій на сьогодні просто немає, що змушує законодавця виважено підходити до питань оподаткування та обігу таких активів, створювати правове поле для їх вільного обороту, а не закріплювати на рівні підзаконних актів виключно заборони і обмеження. Так, з цього приводу ч. 3 ст. 5 Закону визначає, що оборот на території України ЗВА(ВЦ), – віртуальних активів, забезпечених валютними цінностями, здійснюється в порядку, встановленому Національним банком України, у той час як оборот ЗВА(ФІ), – віртуальних активів, забезпечених цінним папером або деривативним фінансовим інструментом, здійснюється в порядку, встановленому Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку України. Значного впливу на функціонування ринку обігу віртуальних активів в Україні справлять саме відповідні порядки, розроблені вказаними регуляторними органами.

Позитивним є визначення достатньо широкого переліку прав та обов'язків учасників ринку віртуальних активів відповідно до ч. ч. 1-2 ст. 9 Закону. Зокрема, учасники ринку віртуальних активів мають право: 1) самостійно обирати контрагента серед учасників ринку віртуальних активів для здійснення операцій з віртуальними активами; 2) отримувати від постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, необхідну, доступну та достовірну інформацію про такого постачальника послуг, правила його роботи, вичерпний перелік умов здійснення ним операцій, а також наявні можливості захисту своїх прав; 3) на належну якість послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів; 4) відкривати та використовувати для здійснення розрахунків за операціями з віртуальними активами рахунки в банках; 5) на судовий та інші способи захисту своїх прав на віртуальні активи з боку держави та з боку інших учасників ринку віртуальних активів; 6) на захист своїх персональних даних у порядку, передбаченому Законом України «Про захист персональних даних»; 7) самостійно визначати та встановлювати вартість віртуальних активів, за якими здійснюються операції з віртуальними активами. При цьому учасники ринку віртуальних активів зобов'язані: 1) добросовісно та на свій ризик здійснювати операції з віртуальними активами; 2) до проведення операцій з віртуальними активами ознайомитися з особливостями функціонування

систем забезпечення обороту віртуальних активів, в яких планується проведення операцій з віртуальними активами; 3) під час здійснення операцій з віртуальними активами дотримуватися вимог цього Закону, законів України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», «Про валюту і валютні операції», міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, інших нормативно-правових актів, що регулюють оборот віртуальних активів. Такі положення свідчать про інтеграцію учасників ринку віртуальних послуг та загалом формування засад існування останнього в систему національного законодавства у сферах дії цивільного та господарського права, захисту прав споживачів, запобіганню та протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом тощо.

Закономірно запитання викликають визначені Законом види діяльності, пов'язані з оборотом віртуальних активів, що підлягають ліцензуванню. До них віднесено: 1) зберігання/адміністрування віртуальних активів чи ключів віртуальних активів; 2) надання послуг з обміну віртуальних активів на інші віртуальні активи та валютні цінності; 3) надання послуг переказу віртуальних активів; 4) надання посередницьких послуг, що пов'язані з віртуальними активами. По-перше, яким чином здійснюється розмежування послуг переказу та посередницьких послуг із послугами зберігання/адміністрування, яка саме діяльність визначається посередницькою. Ч. 1 ст. 13 Закону встановлює, що посередницькими послугами, пов'язаними з віртуальними активами, є вчинення правочинів щодо віртуальних активів (у тому числі щодо здійснення публічної пропозиції віртуальних активів) в інтересах третіх осіб. Проте те ж зберігання та переказ також можуть здійснюватися в інтересах третіх осіб.

По-друге, чи підпадає під обов'язкове ліцензування діяльність некастодільних гаманців, що лише дозволяють користувачам доступ та розпорядження криптовалютою і ключами. Коментатори слушно вказують й на потенційній відсутності обов'язку ліцензування діяльності, пов'язаної із сервісами переказу криптовалюти, які діють на основі певного різновиду смарт-контракту/автоматизованого децентралізованого протоколу, коли користувачі здійснюють P2P перекази між одне одним (наприклад, DEX-exchange: сервіс, який не може контролювати чи впливати на транзакції, а лише дає змогу користувачам здійснювати прямі транзакції один між одним) [4]. Таким чином перелік можливих послуг та сервісів, пов'язаних з обігом криптовалюти та інших віртуальних активів є значним і включає такі майданчики, що можуть очевидно не підпадати під формулювання Закону в частині обов'язкового ліцензування їх діяльності.

Підсумовуючи вищевикладене, можливо стверджувати про доцільність та своєчасність прийняття Закону України «Про віртуальні активи», його відповідність духу часу та реальним потребам стрімкого розвитку цифрової економіки як на вітчизняному, так і світовому ринках.

Встановлюючи правове поле для вільного, але контрольованого державою обігу віртуальних цінностей Закон визначає права та обов'язки учасників ринку, окреслює «правила гри», не тяжіючи до надмірного регулювання і обмеження підприємницької діяльності в означеній сфері. При цьому, враховуючи складний та динамічний характер активів, що регламентуються Законом, чимало відповідей на питання його ефективності прийдуть з часом та залежатимуть від трьох ключових факторів: по-перше, від сприйняття новітнього правового регулювання самим ринком та його гравцями – від майданчиків, що здійснюють адміністрування віртуальних активів до кінцевих власників і розпорядників; по-друге, від підзаконних актів, що слідуватимуть за Законом, їх гнучкості та адаптивності; по-третє, від правозастосовчої практики як з боку регуляторів ринку обігу віртуальних активів, так і в контексті судової та арбітражної практики.

Безсумнівно, що тест на ефективність пройдуть й важливі положення Закону, пов'язані із визначенням поняття віртуального активу, диференціацією на забезпечені та незабезпечені, встановленням вартості останніх, специфіки ліцензування діяльності з віртуальними активами, сфери застосування Закону та ін. Важливо, щоб подальші зміни та удосконалення також здійснювались із залученням усіх стейкхолдерів, адекватною реакцією законодавця на потреби бізнесу та зі збереженням нормотворчої інтенції на регламентацію легального обігу віртуальних активів, а не обмеження і поступове встановлення заборон у цій галузі.

Слід звернути увагу на тривалість усіх цих процесів та брати до уваги строки та умови, встановлені самим Законом. Так, у п. 1 Прикінцевих та перехідних положень визначено, що цей Закон набирає чинності з дня набрання чинності законом України про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей оподаткування операцій з віртуальними активами, але не раніше дня опублікування цього Закону. Натомість поки такий закон про внесення змін до Податкового кодексу України не прийнято. Також Закон встановлює тримісячний та шестимісячні строки для Кабінету Міністрів України, Національного банку України та Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, з дня опублікування цього Закону, привести свої акти у відповідність з ним та розробити вказані у ньому порядки та інші акти, необхідні для реалізації цього Закону. Справедливо сказати, що повноцінне функціонування ринку віртуальних активів в Україні відкладеться принаймні до цього часу, даючи можливість поступово запустити в дію положення Закону, апробувати їх на практиці відповідних комерційних відносин.

Список використаних джерел

1. Про віртуальні активи: проект Закону України від 11.06.2020 р. № 3637. *Верховна Рада України. Законотворчість.* URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

3. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06.12.2019 р. № 361-IX. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>

4. Лясківський І. Новий закон про віртуальні активи – нові можливості для бізнесу. URL: <https://ain.ua/2021/09/13/novij-zakon-pro-virtualni-aktivi-novi-mozhливosti-dlya-biznesu-kolonka-yurista/>

5. Рада легалізувала віртуальні валюти в Україні. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2021/09/8/677595/>

6. В Україні почне діяти закон, який регулюватиме обіг криптовалюти. Чому він потрібен та чи будуть зміни в користуванні цифровими грошима в Україні. URL: <https://zaborona.com/v-ukrayini-pochne-diyaty-zakon-yakuj-regulyuvatyme-obig-kryptovalyuty/>

7. Розвінчуємо міфи про законопроект «Про віртуальні активи». URL: <https://thedigital.gov.ua/news/rozvinchujemo-mifi-pro-zakonoproekt-pro-virtualni-aktivi>

НИКОЛЕНКО Людмила,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарсько-правових дисциплін та економічної безпеки Донецького державного університету внутрішніх справ

РОЛЬ ДЕРЖАВИ В РЕГУЛЮВАННІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КРИЗИСНИХ УМОВАХ

Дослідження економічних криз свідчить про те, що подолання їх наслідків неможливо без допомоги держави. Межі цієї допомоги залежать від причин, що призвели до економічного спаду та наслідків економічної кризи.

Участь держави в регулюванні господарської діяльності в кризисних умовах проявляється головним чином в забезпеченні і підтриманні певних умов такої діяльності, що здійснюється з урахуванням ринкових механізмів, але не заперечує їх дії.

Економічна криза, що була викликана пандемією COVID-19 звернула увагу на необхідність пошуку нових важелів в регулюванні господарської діяльності в кризисних умовах.

Внаслідок пандемії COVID-19 та введених карантинних заходів падіння українського ВВП за даними Міністерства економіки України за I кв. 2021 року склало 2,2% порівняно з відповідним кварталом 2020 року [1]. За прогнозом Національного банку України падіння ВВП у 2020 року склало 6% [2]. У той же час за оцінкою МВФ, українська економіка зменшилася за підсумками 2020 року на 8,2% [3]. Карантин обрушив, майже зупинив декілька галузей – роздрібну торгівлю, готельний та ресторанний бізнес, транспортну систему. Зменшилися обсяги надходжень до бюджету. Внаслідок введення карантину українські компанії заморозили інвестиції та виробничі ланцюжки. Після відміни карантину господарська діяльність почала відновлюватися, але не во всіх сферах. Відновлення промисловості відбувається повільніше, ніж роздрібною торгівлю [4].

З метою протидії пандемії COVID-19 в Україні прийнято ряд важливих законодавчих (у тому числі Закони України від 17.03.2020 р. № 530-IX, № 531-IX, № 532-IX, № 533-IX) та інших нормативно-правових актів, що стосуються також діяльності суб'єктів господарювання, зокрема передбачають пільги платникам податків, регулюють питання відпусток, обмежують перевезення окремих товарів протиепідемічного призначення за межі митної території України тощо.

В умовах можливого повторного карантину та введення обмежень щодо господарської діяльності важливим є дослідження державного регулювання такої діяльності в кризових умовах.

Державне регулювання є дієвим інструментом впливу на суспільні відносини, оскільки забезпечує розвиток суспільного виробництва з метою стабільного й ефективного його розвитку.

Економіка як сукупність виробничих відносин певної суспільної формації опосередковується господарською діяльністю. Стаття 3 ГК України визначає господарську діяльність як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність [5]. Державне регулювання економіки - це одна з форм державного впливу на економіку, що ґрунтується на законодавстві та реалізується способом установаження та застосування державними органами правил, спрямованих на коригування економічної діяльності фізичних і юридичних осіб, яке підтримується можливістю застосування правових санкцій у разі їх порушення [6, с. 3].

В. С. Щербина розглядає державне регулювання господарської діяльності як здійснений державою в особі її компетентних органів комплекс економіко-правових, організаційно-правових та юридичних заходів щодо упорядкування діяльності господарських організацій та фізичних осіб (підприємців) із метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм економічного і соціального розвитку шляхом застосування різноманітних заходів і механізмів такого регулювання [7, с. 14]. Видатний вчений В. К. Мамутов наголошував на тому, що у промислово

розвинених країнах роль держави у правовому регулюванні господарської діяльності лише збільшується [8, с. 44]. А. В. Іщенко підкреслює, що у ринковій економіці держава втручається в ринок настільки, наскільки це потрібно для стійкості, макроекономічної рівноваги та для забезпечення діяльності механізму конкуренції [9, с. 54].

І. М. Кравець визначає державне регулювання господарської діяльності як встановлення уповноваженими органами господарського керівництва умов здійснення цієї діяльності суб'єктами господарювання всіх форм власності з метою гарантування свободи підприємництва, обмеження монополізму з захисту економічної конкуренції, з одночасним здійсненням контролю за дотриманням встановлених правил, норм і застосування відповідальності за їх порушення. У свою чергу, контроль є необхідною складовою регулювання [10, с. 68]. На думку О. В. Гарагонич державне регулювання господарської діяльності в ринковому господарстві можна визначити як систему типових заходів законодавчого, виконавчого і контролюючого характеру, які здійснюються уповноваженими державними установами і спрямовані на скерування суб'єктів господарської діяльності в напрямі, необхідному для досягнення необхідного соціально-економічного результату [11, с. 35-40].

Державне регулювання господарської діяльності в кризових умовах має свої особливості, тому можна визнати, що це владно-розпорядчий, правовий вплив уповноважених державою органів на господарські відносини з метою їх захисту та розвитку. Органи державного управління своєю законотворчою діяльністю створюють умови для здійснення господарської діяльності, в тому числі для її захисту. Держава має у своєму розпорядженні фінансові засоби, які при необхідності можна використовувати для підтримки банківської системи або окремих суб'єктів господарювання.

У ст. 16 Господарського кодексу України визначено основні форми та способи підтримки суб'єктів господарювання, зокрема, що держава може надавати дотації суб'єктам господарювання: на підтримку виробництва життєво важливих продуктів харчування, на виробництво життєво важливих лікарських препаратів та засобів реабілітації інвалідів, на імпорتنі закупівлі окремих товарів, послуги транспорту, що забезпечують соціально важливі перевезення, а також суб'єктам господарювання, що опинилися у критичній соціально-економічній або екологічній ситуації, з метою фінансування капітальних вкладень на рівні, необхідному для підтримки їх діяльності, на цілі технічного розвитку, що дають значний економічний ефект, а також в інших випадках, передбачених законом [5].

Державою, з метою запобігання поширенню COVID-19 на всій території України запроваджено: обмежувальні заходи, що прямо вплинуло на діяльність суб'єктів господарювання; заходи, що передбачають адміністративно-правове регулювання діяльності суб'єктів господарювання, а саме: надання пільг платникам податків, регулювання питань відпусток, перевезення окремих товарів за межі митної території України, а також

введення адміністративних штрафів та підвищення кримінальної відповідальності за порушення правил щодо карантину людей, санітарно-гігієнічних, санітарно-протиепідемічних правил і норм тощо.

Необхідність державного регулювання проявляється у потребі збереження потенціалу економічного розвитку в умовах загострення кризових ситуацій. Держава повинна запобігати руйнування економічної системи. У цьому його призначення і роль держави.

Обсяг державного втручання в економіку – величина змінна, яка залежить від багатьох факторів. Однак, можна стверджувати, що в умовах кризи роль держави не тільки не знижується, але й значно зростає, враховуючи необхідність зміни всієї правової бази діяльності суб'єктів господарювання, встановлення контролю за дотриманням всіма учасниками не тільки власних інтересів, але й інтересів суспільства [11, с. 35-40]. Тобто, рівень державного регулювання господарської діяльності у кризових умовах залежить від конкретної реальної ситуації у суспільстві, потреб держави на даному етапі.

Державне регулювання господарської діяльності має три мети: мінімізація неминучих негативних наслідків господарської діяльності; створення правових, фінансових і соціальних передумов ефективного функціонування економіки; забезпечення соціального захисту тих шарів «ринкового суспільства», стан яких у конкретній ситуації стає більш заземленим [12, с. 104].

Незважаючи на державні заходи підтримки суб'єктів, що спрямовані на стимулювання їх господарської діяльності в умовах пандемії, Україна зіткнулася з серйозними викликами, які вимагають трансформації економічної системи.

Боротьба з економічною кризою здійснюється в Україні з використанням стандартного інструментарію, а саме: бюджетно-податкової та фінансової політики. Такий підхід є стандартним, звуженим, тому потрібно змінювати взаємовідносини держави з суб'єктами господарювання.

Європейські країни визнали, що ліберальні економічні теорії виявилися безсилі перед економічною кризою у світі викликаного COVID-19, тому необхідно звернути увагу на консервативні економічні теорії, які передбачають посилення ролі держави в подоланні нинішніх проблем. Необхідність посилення ролі держави в економіці підтвердила головний економіст Citigroup Inc. Кетрін Манн. У нинішній кризовій ситуації держава повинна використовувати податково-бюджетну політику не тільки для досягнення короткострокових цілей на кшталт виведення економіки з депресивного стану (на підставі кейнсіанської теорії), але і для досягнення довгострокових цілей (на підставі неокейнсіанської теорії) [13].

Можна продовжувати теоретичні спори стосовно ролі держави в регулюванні господарської діяльності в кризових умовах, але з практичної точки зору, не може бути заперечень, що вона є вирішальною. Історія доводить, що всі масштабні реформи в економіці здійснюються при активній

12. Ростальний Г. Роль державного регулювання економіки в перехідний період. *Актуальні проблеми політики : збірник наукових праць*. Вип. 8. Одеса: Юридична література, 2000. С. 104-108.

13. Heitzner J. A Global Economic Outlook from Citi's Global Chief Economist. 22.10.2020. *Robert H. Smith. School of business*. URL: <https://www.rhsmith.umd.edu/news/global-economic-outlook-citis-global-chief-economist>

ОЛЮХА Віталій,

доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу господарсько-правових досліджень проблем економічної безпеки Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова» НАН України

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ СТИМУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ БІОМАСИ У ЕНЕРГЕТИЦІ

Указом Президента України № 722/2019 «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» від 30 вересня 2019 року [1] окреслено як стратегічний напрямок розвитку нашої країни сталий розвиток. Однією із складових цього розвитку є покращення стану довкілля, що передбачає вирішення проблеми поводження з відходами. Дійсно, внаслідок неналежного поводження з відходами як вторинною сировиною підприємствами у них не тільки виникають значні втрати матеріальних та паливно-енергетичних ресурсів, але це призводить до погіршення стану довкілля, адже накопичуються відходи у навколишньому природному середовищі. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми є використання вторинних ресурсів у енергетиці, що з одного боку вирішуватиме проблему утилізації відходів, а з іншого дозволить певним чином знижувати проблему дефіциту енергетичних ресурсів, використовуючи відновлювальні джерела енергії. Серед відновлюваних джерел енергії особливе місце займає енергія біомаси, адже має значний потенціал у сфері енергетики.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2017 р. № 820-р схвалено Національну стратегію управління відходами в Україні до 2030 року, якою окреслено стратегічні напрями щодо використання відходів [2]. Цей нормативно-правовий акт комплексно окреслює коло законів, необхідних до прийняття для вирішення проблеми відходів. В той же час, одним із недоліків цього програмного документу є те, що біомаса розглянута за джерелами утворення, у розірваному порядку. Якщо ж звернутись до

міжнародних актів, то неважко побачити, що біомаса визначається комплексно, незалежно від джерел її утворення.

Відповідно до Директиви Європейського Парламенту та Ради 2001/77/ЄС від 27 вересня 2001 року «Про створення сприятливих умов продажу електроенергії, виробленої з відновлювальних енергоджерел, на внутрішньому ринку електричної енергії» біомаса – це біорозкладна фракція продуктів, відходів та осадів від сільського господарства (включаючи рослини та тваринні речовини), лісової та спорідненої з нею промисловості, а також біорозкладна фракція промислових і комунальних відходів [3]. Згідно з Директивою Європейського Парламенту та Ради 2003/30/ЄС від 8 травня 2003 року «Про стимулювання використання біопалива та інших видів відновлювального палива для потреб транспорту» біомаса це частка продукції, що зазнає біологічного розкладу, відходи та залишки від сільського господарства, (включаючи рослини та тваринні речовини), лісництва та споріднених галузей промисловості, а також частка промислових та міських відходів, що зазнають біологічного розкладу [4]. Відповідно до Директиви Європейського Парламенту та Ради 2009/28/ЄС від 23 квітня 2009 року «Про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлюваних джерел та якою вносяться зміни до, а в подальшому скасовуються Директиви ЄС та 2003/30/ЄС» біомаса це частина продуктів, що підлягає біологічному розкладенню, відходи та залишки біологічного походження, що отримуються з сільського господарства (враховуючи речовини рослинного та тваринного походження), лісового господарства та суміжних галузей, враховуючи рибальство та аквакультуру, а також частина промислових та міських відходів, що підлягає біологічному розкладенню [5]. Таким чином, біомаса розглядається як системне утворення, як енергія, яка може вироблятися з різних видів сировини, в тому числі відходів, що утворюються у різних сферах господарської діяльності. Паливо, що виготовлене з біомаси, є біопаливом та може вироблятися у різних станах – твердому, рідкому та газоподібному.

Стимулювання виробництва та використання біомаси у енергетиці може відбуватись із застосуванням програмно-цільового підходу, що дозволить раціонально використовувати обмежені державні ресурси та активно залучати приватні джерела фінансування, а також і фінансовий потенціал неурядових міжнародних організацій, здійснювати комплексний підхід до розв'язання проблем сталого розвитку, здійснювати оптимізаційний вплив на різні галузі економіки. За чинним законодавством державний вплив на пріоритетні галузі економіки здійснюється за допомогою такого виду програм як державні цільові програми. Бачиться, що у комплексній державній програмі з управління відходами має займати і такий напрямок як управління біомасою, що встановлюватиме напрями розвитку виробництва та використання біомаси у енергетиці. Окремим напрямом державної програми має бути стимулювання суб'єктів лісового господарювання до вирощування енергетичних культур та виробництва

деревинного вугілля. Розведення плантацій деревних енергетичних культур є самостійним напрямом у виробництві біомаси.

Можливим є і цільова державна програма з розвитку лісового господарства, складовою якої буде стимулювання виробництва біомаси. «Лісове господарство продовжує залишатись ключовим джерелом постачання біомаси, що становить 87% загальної пропозиції біомаси, яку складають дрова, побічні продукти деревообробної промисловості, плантації деревних енергетичних культур, деревне вугілля тощо» [6, с.15].

Програмний підхід щодо поводження з біомасою має реалізовуватись на регіональному рівні. Така програма дозволить чітко окреслити суб'єктів господарювання у діяльності яких утворюються біологічні відходи, придатні для виробництва біомаси, виробників біопалива та заходи щодо утворення логістичних ланцюжків, стимулювання до створення замкнутого циклу щодо використання біомаси у зеленій енергетиці, розвинення регіональної інфраструктури забезпечення сфери поводження з біологічними відходами як вторинною сировиною.

На місцевому рівні можливо побудувати ефективну схематичну модель регіональної еколого-економічної системи, складовою якої буде і управління біологічними відходами, правовою формою якої буде цільова комплексна програма, що враховують загальну характеристику стану сталого розвитку регіону. Контроль за досягненням прогнозованих показників також є більш ефективним на місцевому рівні.

Також у сфері відновлювальної енергетики практично не використовується такий господарсько-правовий засіб як технопарки. Але саме у моделі технопарку ефективним буде планування переробки і утилізації відходів, можливо створити єдину систему виробництва, руху матеріальних ресурсів, необхідних для виробництва біомаси, проведення необхідних досліджень щодо розвитку технологій переробки вторинної біологічної сировини та використання біомаси діяльності технопарку.

Одним із господарсько-правових засобів, що може використовуватись для стимулювання заготівлі та перероблення біомаси, використання її як джерела у енергетиці є такий правовий інструмент як податкові пільги. Вони мають можливість спрощувати підприємницьку діяльність [7, с.320]. Тут необхідно додати, що податкові пільги не тільки спрощують підприємницьку діяльність, але і стимулюють бажану для держави та суспільства модель поведінки і в тому числі і в сфері використання вторинних ресурсів у енергетиці. При цьому відбувається економія фінансових ресурсів держави, адже кошти з бюджету не витрачаються, але досягається необхідний соціально-економічний результат. Застосування податкових пільг має певні переваги порівняно з іншими формами державної підтримки суб'єктів господарювання, оскільки не потребує безпосереднього виділення бюджетних коштів, а передбачає уступку державою частини своїх доходів. Натомість створюються умови для отримання позитивного соціального та

економічного ефекту завдяки структурованому розвитку суб'єктів господарювання [8,с.265].

Тобто податкові пільги мають спонукати підприємства до утилізації і переробки відходів промислового виробництва, залучення у виробництво додаткових сировинних і енергетичних матеріалів, внаслідок чого відбудеться зниження екологічного навантаження на навколишнє середовище.

Проведене дослідження свідчить про необхідність подальших наукових пошуків у сфері правового стимулювання суб'єктів господарювання до використання вторинних ресурсів у енергетиці і дозволяє зробити висновок про те, що доцільними господарсько-правовими засобами, потенціал яких на практиці реалізується неповною мірою є державні цільові програми управління відходами, а також розвитку лісового господарства, регіональні(місцеві програми управління відходами, технопарки, податкові пільги.

Список використаних джерел:

1. Указ Президента України № 722/2019 «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» від 30 вересня 2019 року. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/7222019-29825>

2. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2017 р. № 820-р «Про схвалення Національної стратегії управління відходами в Україні до 2030 року». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/820-2017-%D1%80#Text>

3. Директива Європейського Парламенту та Ради 2001/77/ЄС від 27 вересня 2001 р. про створення сприятливих умов продажу електроенергії, виробленої з відновлювальних енергоджерел, на внутрішньому ринку електричної енергії. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_503#Text

4. Директива Європейського Парламенту та Ради 2003/30/ЄС від 8 травня 2003 р. про стимулювання використання біопалива та інших видів відновлювального палива для потреб транспорту. URL: https://saee.gov.ua/documents/dyrektyva_2003_30_ES.pdf

5. Директива Європейського Парламенту та Ради 2009/28/ ЄС від 23 квітня 2009 р. про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлюваних джерел та якою вносяться зміни до, а в подальшому скасовуються Директиви ЄС та 2003/30/ ЄС. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU09267>

6. Гелетуха Г., Драгнев С., Кучерук П., Матвеев Ю. Практичний посібник з використання біомаси в якості палива у муніципальному секторі України (для представників агропромислового комплексу). 2017. 70 с.

7. Сіюшов Д.Ю. Щодо необхідності розвитку положень ГК України щодо поєднання фіскальної та стимулюючої функції оподаткування. *10 років застосування Господарського кодексу України : сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації*. Збірник доповідей науково-практичної конференції (14 листопада 2014 року, м. Київ). С.317-320.

8. Петруненко Я.В. Проблеми забезпечення ефективного використання державних коштів: господарсько-правовий аспект: монографія. Київ : Видавництво Ліра-К, 2019. 416 с.

ОСТАПЕНКО Юлія,

*кандидат юридичних наук, доцент, асистент
кафедри господарського права Національного
юридичного університету імені Ярослава
Мудрого*

ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ПРИЙНЯТТЯ ІННОВАЦІЙНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Протягом двох останніх років предметом суспільного обговорення та уваги з боку державних органів є проблема розроблення та прийняття Інноваційного кодексу. В. Семиноженко відносить прийняття Інноваційного кодексу до необхідних заходів для забезпечення випереджального та стабільного розвитку економіки. Однак слід визнати, що питання кодифікації законодавства, що регулює суспільні відносини, пов'язані зі здійсненням інноваційної діяльності, ще не набули суттєвого наукового обґрунтування. Така пропозиція, зважаючи на її особливу суспільну значущість, висловлювалася з різних боків, причому частіше відпредставників економічної науки. Однак при цьому ще не стали предметом наукового обговорення не лише питання структури такого кодифікованого акта, а й підходи до формування його змісту. У всіх, правда, збігається думка щодо назви останнього – йдеться про Інноваційний кодекс України.

Досягнення цілі повноти та системності у законодавчому забезпеченні реалізації інноваційної моделі національної економіки може бути досягнуто за умови обрання за методологічний підхід принципу забезпечення функціонування ефективної національної інноваційної системи, яка є генератором нових знань, що одночасно виконує трансформаційну функцію, у межах якого відбувається їх доведення до стану інноваційних продуктів та впровадження як інновацій. Іншими словами, комплексний нормативно-правовий акт з питань здійснення інноваційної діяльності має визначати загальні умови та засади правового регулювання відносин, що складаються у зв'язку з формуванням та функціонуванням національної інноваційної системи.

Як уявляється, нормативно-правовий акт, який стане результатом систематизації законодавства з питань здійснення інноваційної діяльності, може отримати назву Інноваційного кодексу України. Прийняття останнього є не тільки обґрунтованим, зважаючи на стратегічний курс держави (інноваційно орієнтований), а також тенденції розвитку та сучасні потреби

як національної економіки, так і світового ринку, а й виваженим з точки зору національної правової традиції та законодавчої техніки.

Предметом Інноваційного кодексу України як основоположного нормативно-правового акту держави з питань забезпечення, стимулювання та здійснення інноваційної діяльності суб'єктами господарювання в рамках функціонування національної інноваційної системи слід визнати господарські відносини, що виникають у процесі функціонування національної інноваційної системи між її учасниками, а також між ними та іншими учасниками господарських відносин, наділених щодо них господарською компетенцією, які пов'язані зі створенням інноваційних продуктів, їх розповсюдженням та реалізацією як інновацій. Іншими словами, ним мають бути врегульовані відносини, що складаються у зв'язку із розробленням, створенням, розповсюдженням інноваційних продуктів та їх впровадженням як інновацій протягом повного інноваційного циклу, а також ті, що пов'язані з організаційним, фінансовим, правовим забезпеченням, стимулюванням, управлінням та контролем за інноваційними процесами.

У концептуальному контексті кодифікація інноваційного законодавства має на меті:

1. Законодавче закріплення національної інноваційної системи як цілісного ієрархічно розбудованого організаційно-правового механізму паралельно зі здійсненням її глибокої модернізації.

2. Створення ефективних правових форм взаємодії між окремими ланками інноваційного процесу, що уособлюють відповідно різний суб'єктний склад його учасників на підставі пошуку балансу між приватним та публічним інтересами в контексті функціонування інноваційного ринку як такого.

3. Захист національних інтересів суб'єктів інноваційної діяльності Україні, враховуючи жорстко конкурентний характер світового ринку інноваційних (технологічних) продуктів.

4. Законодавче закріплення принципово важливих складових та чинників ефективного функціонування національної інноваційної системи, таких як «інноваційна політика держави», «інфраструктура національної інноваційної системи», «механізм реалізації державної інноваційної політики» тощо.

На підставі наведених положень було запропоновано проект Інноваційного кодексу України №53-60 у 2012 році Харківською школою права. Однак, спроба науковців харківської школи залишилась без належної уваги. Звісно, інтенсифікація законотворчої діяльності та наукових розробок в цій сфері свідчить про те, що розвиток інноваційного законодавства є магістральним напрямом розвитку господарського законодавства України.

Законодавство в інноваційній сфері не можна визнати ефективним з огляду на хронічну деградацію вітчизняної технологічної виробничої бази (за винятком ОПК). Отже, необхідна його модернізація за рахунок

поглиблення концептуальної забезпеченості, систематизації й обрання найбільш ефективних правових засобів організаційно-господарського впливу з метою радикального прискорення інноваційних процесів у національній економіці. Доведено, що нині залишається проблемою визначення моделі організаційно-господарського забезпечення інноваційної системи в сегменті оптимізації самих суб'єктів організаційно-господарських повноважень, їх взаємодії для досягнення цілей інноватизації національної економіки. Однією з проблем розвитку інноваційного законодавства України є узгодженість науково-технічної й інноваційної політики, системи розробки інноваційних продуктів та їх комерціалізації і впровадження у виробництво. Відтак у межах систематизації інноваційного законодавства має відбуватися синтез науково-технічної й інноваційної діяльності як єдиного суспільно-економічного процесу. Спроба кодифікувати інноваційне законодавство України – це форма здійснення реформи інноваційного законодавства.

Список літератури:

1. Проект Інноваційного кодексу України. Харків: Право, 2012. 168 с.
2. Атаманова Ю. Є. Концептуальні підходи до систематизації інноваційного законодавства та розроблення проекту Інноваційного кодексу України. Вісник Академії правових наук України. 2011. № 2. С. 123–131. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2011_2_13
3. Атаманова Ю. Є. Основні проблеми системного господарсько-правового регулювання відносин в інноваційній сфері : дис. ... д-ра юрид. наук. Харків : Б. в., 2009. 458 с.
4. Атаманова Ю. Є. Основні проблеми системного господарсько-правового регулювання відносин в інноваційній сфері : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04. Харків : Б. в., 2009. 37 с.
5. Атаманова Ю. Є. Інноваційний кодекс України як форма удосконалення законодавчого забезпечення інноваційного розвитку України. Вісник Академії правових наук України. 2008. №1(52). С. 172–182.

ПАВЛЮЧЕНКО Юлія,

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри господарського та адміністративного
права Донецького національного університету
імені Василя Стуса*

ЩОДО ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ КЛАСТЕРІВ

Сучасні інтеграційні процеси у сфері господарювання зумовлюють пошук суб'єктами господарювання нових прогресивних форм об'єднання і співпраці. Однією з таких форм є кластери. Процеси кластеризації властиві

сферам української економіки, зокрема створено аграрні, агропромислові, IT-кластери, кластери в інших сферах економіки. Створення кластерів відбувається як результат запозичення іноземного досвіду та власного уявлення про ці об'єднання ініціаторів створення кластеру. Це позначається на виборі правової форми легалізації кластера, колі учасників кластеру, будові взаємовідносин між ними. Описаний стан практики здебільшого зумовлений відсутністю законодавчого визначення поняття кластеру, неурегульованістю питань його створення та діяльності, що не дозволяє з'ясувати його природу, місце та роль у сфері господарювання.

У юридичній науці питання кластерів досліджено недостатньо при тому, що наукові розробки формують теоретичне підґрунтя розвитку законодавства у відповідній сфері. Викладене вказує на актуальність обраної теми дослідження, метою якого є конкретизація правової характеристики кластерів.

Грунтовну розробку кластери отримали в економічній науці. Більшість сучасних дослідників посилаються на доробок М. Портера, якого вважають родоначальником кластерної моделі економіки. Аналізуючи приклади найбільш успішних угруповань в економіці, ним було запропоновано розуміння кластеру як групи близьких, географічно взаємозалежних компаній і пов'язаних з ними організацій, які спільно діють у певному виді господарської діяльності, мають спільні напрями діяльності й взаємодоповнюють один одного. Подібні підходи до визначення поняття кластеру зустрічаються і в сучасній науці [1].

Серед дослідників майже не оспорюється підхід до визначення кластера як певного об'єднання з одночасним намаганням розмежувати ці об'єднання з так званими традиційними об'єднаннями у сфері господарювання. Зокрема, вказується, що основною відмінністю кластеру виступає його фундаментальна основа, на засадах якої будуються якісно нові відносини між учасниками кластера, спрямовані на усвідомлення потенціалу від спільної узгодженої діяльності, досягається синергійний ефект, який виникає на стику різних секторів економіки чи технологічних особливостей виробництва [2]. З урахуванням цього, особливістю кластерів називають взаємодію на основі конкуренції і кооперації [3, с. 21, 23].

До особливостей кластерів відносять й інноваційний характер їх діяльності [4, с. 33], який дозволяє максимально враховувати реальний стан розвитку ринку та відповідати його запитам. Ще однією характеристикою кластерів називають територіальний або географічний аспект, який означає об'єднання суб'єктів, розташованих на певній території та дозволяє визначати кластер як галузево-територіальне об'єднання [1]. Деякі дослідники-юристи погоджуються, що кластер поєднує в собі галузевий (міжгалузевий) і територіальний аспекти [5, с. 4]. Так, аграрні та агропромислові кластери створено за галузево-територіальним підходом. Це пояснюється тим, що аграрні кластери покликані вирішувати регіональні проблеми та/або сприяти реалізації регіонального потенціалу аграрного

сектору, які можуть бути різними для різних регіонів. Інші дослідники наголошують на необов'язковості територіального аспекту, якщо географічне розташування його учасників не має принципового значення [6, с. 15]. Проте, тут доречно привести думку Г. В. Пронської, щодо того, що ознаку територіальної близькості підприємств, які об'єднуються, не варто трактувати вузько, тобто як створення об'єднання у межах однієї адміністративно-територіальної одиниці [7, с. 267]. З урахуванням цього, можна наполягати, що територіальна ознака є характеристикою саме кластеру як регіонального об'єднання.

Наведені характеристики кластерів пов'язані із колом його учасників. Так, наголошується, що в основі класичної структури кластеру стоїть дослідницький центр, що здійснює фундаментальні та прикладні дослідження, які стають доступними для інших учасників кластеру і закладають підґрунтя для їх інноваційного і виробничого розвитку, нерозривного зв'язку науки та виробництва [4, с. 32-33]. Поширеною є думка, що відносини у межах кластеру виникають не тільки між суб'єктами господарювання однієї або різних сфер економіки, а також з науковими та освітніми суб'єктами, органами державної влади та місцевого самоврядування, що зумовлено необхідністю досягнення спільної мети діяльності кластера.

Отже, економічне розуміння кластеру розкривається через низку притаманних йому ознак, які мають значення й для правової характеристики кластерів та формування законодавчої основи їх створення та діяльності.

За своїми характеристиками кластери можна відносити до сучасних форм промислових об'єднань, які свого часу досліджувала Г. В. Пронська [7, с. 50] з тією різницею, що кластери формуються за ініціативою самих суб'єктів, тобто «знизу-вверх», на відміну від промислових об'єднань, які створювалися за ініціативи галузевих міністерств та інших аналогічних їм центрів господарської системи [7, с. 63].

У юридичній літературі висловлюється думка, що кластер виступає новою організаційно-правовою формою об'єднань підприємств сучасного періоду інформаційно-мережевої економіки [6, с. 22-23]. Слід погодитися із тими дослідниками, які характеризують кластери як відкриті системи публічного характеру, що знаходить прояв у наявності потенційних учасників, які можуть доєднатися до кластеру у будь-який час [6, с. 18].

Одночасно ставиться питання про необхідність наділення кластеру ознаками юридичної особи. Відповідаючи на це питання, дослідники доходять думки, що кластери можуть втілюватися у неформальне партнерство на підставі відповідних договірних відносин (у тому числі, договору про спільну діяльність) або формальне партнерство зі створенням юридичної особи [6, с. 24; 8, с. 30-31; 9, с. 192]. Потрібно зазначити, що відповідь на поставлене вище питання буде мати визначальний вплив на вирішення питань, пов'язаних із формуванням нормативно-правової бази організації та діяльності кластерів. Зокрема, наявність або відсутність у

кластера статусу юридичної особи вплине на законодавчу регламентацію питань його господарської компетенції, самостійної відповідальності кластеру, моделі відносин між учасниками кластеру та з органами державної влади, органами місцевого самоврядування тощо. У зв'язку з цим варто підтримати пропозиції тих дослідників, які наголошують на необхідності доповнення глави 12 ГК України положеннями щодо кластерів як одного з видів об'єднань у сфері господарювання.

Отже, на підставі викладеного, можна зробити висновок, що кластер є однією з нових форм господарських об'єднань, якому властиві такі ознаки як: створення з ініціативи суб'єктів господарювання; поєднання галузевого та територіального підходів; відкритість участі, тобто можливість приєднання нових суб'єктів, які поділяють мету діяльності кластеру; участь наукових (освітніх) установ у діяльності кластеру; взаємодія у межах передбачених правових форм з органами державної влади та органами місцевого самоврядування за для досягнення мети діяльності кластера.

Список використаних джерел:

1. Федорова В. Г. Теоретико-методичні підходи до визначення поняття «кластер». *Ефективна економіка*. 2011. № 9. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=704>.
2. Волошин Р. В. Теоретичні засади кластеризації аграрного сектору економіки. *Економіка. Управління. Інновації*. 2014. Вип. № 2 (12). URL: <http://dspace.tneu.edu.ua/handle/316497/10433>.
3. Кропивко М. Ф., Ковальова О. В. Сутність кластера як новітньої мережевої організації спільної діяльності в агропромисловому виробництві. *Економіка АПК*. 2018. № 6. С. 18–30.
4. Надвиничний С. А. Формування кластерів в аграрній сфері національної економіки в умовах глобалізації. *Економічний аналіз*. 2018. Т. 28. № 2. С. 30–35.
5. Самсонова Я.О. Правові засади розвитку конкурентоспроможного сільськогосподарського виробництва як основного напрямку державної аграрної політики України. *Теорія і практика правознавства*. 2014. Вип. 2 (6). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_2_24.
6. Грудницька С.М., Нестиренко Л.А. Правові основи кластерної самоорганізації і саморегулювання енергопростору. *Форум права*. 2018. № 5. С. 13-27. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2527932>.
7. Пронська Г.В. Вибране. К. : Освіта України. 2013. 696 с.
8. Саблук П. Т. Засади трансформаційних процесів в аграрній сфері. *Інтелект XXI*. 2014. № 4. С. 25–36.
9. Корнієнко Г. Структурний поділ агробізнесу: правовий аспект. *Юридичний вісник*. 2020. № 2. С. 188-194. DOI <https://doi.org/10.32837/yuv.v0i2.1722>.

ПАЦУРІЯ Ніно,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗАЯРНИЙ Олег,

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КІБЕРСТРАХУВАННЯ ЯК ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВОПОРЯДКУ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Розвиток світової економіки на основі активного використання інформаційно-комунікаційних технологій і систем, обумовлює глибоку цифрову трансформацію багатьох видів господарської діяльності. Разом із соціально-економічними результатами від цифрової трансформації, господарська діяльність піддається значним кіберризикам, спрямованим, перед усім, на дестабілізацію належного функціонування інформаційної інфраструктури національної економіки, окремих суб'єктів господарювання. За даними американської компанії McAfee та Центру стратегічних і міжнародних досліджень (CSIS), протягом 2020 року наслідки вчинення кіберзлочинів коштували світовій економіці понад трильйон доларів або 820 мільярдів євро, що склало понад один відсоток світового ВВП. Завдані у 2020 році збитки від кіберзагроз і кіберінцидентів є на 50 відсотків вищими, ніж у 2018 році [1]. Згідно з дослідженням оцінки якісних показників кіберризиків, проведеному у 2020 році міжнародною аудиторською компанією «Делойт», удосконалення методів, які застосовуються кіберзлочинцями та істотно збільшення обсягів транзакцій в Інтернеті, істотно ускладнює контроль за ризиками для інформаційної безпеки. Підтримання належного рівня безпеки вимагає інвестицій, які не завжди можливо виокремити у повному обсязі [2].

Існуючий стан господарського правопорядку в інформаційній сфері актуалізував перед державою та суб'єктами господарювання завдання з формування ефективного правового засобу протидії кіберризикам, запобігання прояву їх негативних наслідків. Таким правовим та економічним засобом, на думку дослідників проблем страхової діяльності є кіберстрахування.

Водночас, відсутність в Україні спеціального правового регулювання відносин з кіберстрахування, поширена практика включення до страхових

полісів зі страхування майна, транспортних засобів окремих кіберризиків, зумовило виникнення ряду концептуальних проблем, які потребують наукового дослідження і законодавчого вирішення та закріплення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останніми роками різні аспекти проблематики кіберстрахування стали предметом дослідження багатьох вчених правників, економістів та фахівців з кібербезпеки. Не зважаючи на значний інтерес до проблематики кіберстрахування у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі, малодослідженими, або такими, які потребують додаткового наукового обґрунтування залишаються ряд проблем у цій сфері правового регулювання. Йдеться, зокрема, про визначення поняття «кіберстрахування» як інструменту забезпечення господарського правопорядку в інформаційній сфері, завдання та механізм реалізації цього правового та економічного засобу відновлення майнових інтересів страхувальників, визначення спеціальних вимог до страховика у правовідносинах кіберстрахування, формулювання істотних умов договору кіберстрахування, а також виокремлення напрямів подальшого удосконалення цього страхового продукту.

Закладаючи конституційні основи правопорядку у сфері господарювання, Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV (далі – ГК України) у частині першій статті 5 закріпив норму, відповідно до якої: «Правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Разом з глибокими процесами цифрової трансформації національної економіки, господарська діяльність в Україні, аналогічно до більшості держав Світу опинилась під значним негативним впливом кіберризиків та кіберзагроз.

У зв'язку з цим, забезпечення інформаційної безпеки, визначене у частині першій статті 17 Конституції України основною функцією держави, справою всього українського народу набуло особливого значення для учасників відносин у сфері господарювання і господарського правопорядку загалом.

Багато традиційних засобів забезпечення господарського правопорядку, зокрема, господарсько-правова відповідальність, засоби забезпечення господарських зобов'язань та засоби державного регулювання економіки виявились нездатними попередити виникнення кіберризиків, захистити від їх прояву учасників відносин у сфері господарювання.

Одним із сучасних правових засобів протидії кіберризикам, який в останнє десятиліття активно застосовується у сфері господарювання є кіберстрахування.

У теорії страхового права та економічній теорії поняття «кіберстрахування» розглядається в різних аспектах: як метод управління економічними ризиками та захисту від кіберзагроз у сфері електронної комерції [3]; як засіб відшкодування (покриття) збитків, завданих страхувальнику внаслідок прояву кіберінцидентів, кіберзлочинів та кібератак [4]; інструмент управління кіберризикам у цифровій економіці [5].

Не зважаючи на існування у науковій літературі відмінностей у підходах до розуміння сутності і призначення кіберстрахування, існуючі наукові погляди на це поняття збігаються у визначенні основних завдань господарської діяльності, які ним позначаються. Серед цих завдань у науковій літературі і актах правозастосування називаються захист від масштабних хакерських атак [6], протидія кіберризикам та кіберінцидентам, а також забезпечення відшкодування страхувальнику збитків завданих проявом вказаних факторів [7].

Аналіз цих завдань через призму визначеного у статті 1, Закону України «Про страхування» від 07.03.1996 року № 85/96-вр загального поняття «страхування» означає, що як вид господарської діяльності кіберстрахування повинно перед усім бути спрямованим на захист від наслідків кіберризиків майнових інтересів страхувальників, як фізичних так, і юридичних осіб.

На цій основі поняття «кіберстрахування» можна визначити, як вид господарської діяльності, що здійснюється спеціальними суб'єктами господарювання (страховиками) на основі договору кіберстрахування з метою захисту інтересів фізичних та/або юридичних осіб (власників інформаційно-комунікаційних технологій, систем, баз даних) від можливих або потенційних кіберризиків негативного прояву їх наслідків для страхувальника, чи третіх осіб.

У наведеному значенні кіберстрахування набуває властивостей особливого засобу забезпечення господарського правопорядку в інформаційній сфері, нерозривно пов'язаного із забезпеченням кібербезпеки держави, суспільства, суб'єктів господарювання та людини.

Для України, як загального суб'єкта забезпечення господарського правопорядку, зобов'язання з легалізації механізму кіберстрахування випливають з положень статті 8 Конвенції № 108 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних», ратифікованою Верховною Радою України 06.07.2010 року, Конвенції «Про кіберзлочинність» від 21.11.2001 року, а також статті 15 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 року.

За своєю сутністю зміст цих зобов'язань охоплює законодавче визначення вимог до страхувальників і страховиків у відносинах кіберстрахування, об'єкта кіберстрахування, критеріїв визначення

кіберризиків, на які може спрямовуватися захист, вимог до здійснення відповідного виду страхування, тощо.

За загальним правилом, закріпленим у частині першій статті 5 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» від 05.07.1994 року № 80/94-вр, якщо інше прямо не передбачено законом, обов'язок щодо забезпечення захисту інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах покладається на їх власників, в порядку та на умовах, визначених у договорі, який укладаються ними із володільцями інформації.

Наведена норма має важливе значення для вирішення питання про визначення страхувальника за договором кіберстрахування, оскільки проводить чітку лінію розмежування обов'язків щодо захисту інформаційно-телекомунікаційних систем та інформації, яка в них обробляється чи зберігається між власниками таких систем і володільцями інформації.

Закладений в нормах Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» підхід одержав свій розвиток в спеціальних нормах окремих законів, якими регулюються конкретні види правовідносин. Зокрема, це стосується володільців персональних даних, на яких Законом України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 року № 2297-VI покладені обов'язки щодо створення належних умов для правомірної обробки і захисту персональних даних.

Таким чином, для визначення учасників відносин у сфері господарювання, які можуть набувати статус страхувальника у відносинах кіберстрахування першочергове значення має виконання ними обов'язків власника інформаційної системи, бази даних або реєстру, чи функцій володільця інформації, на які спрямовується дія конкретних кіберризиків.

Як комплексний, інтегрований об'єкт права, що поєднує в собі порядок з інформацією також інформаційні ресурси, національну інформаційну інфраструктуру та суспільні відносини, які складаються у процесі створення, використання, обробки та оновлення [8], інформаційна сфера охоплює діяльність пов'язану не лише зі створенням інформаційних об'єктів, але і для конкретних потреб. У зв'язку з цим, особливого значення набуває факт створення або використання інформаційних об'єктів, на які спрямовані кіберризиків для здійснення господарської діяльності чи управління нею.

Відповідно, страхувальником за договором кіберстрахування у сфері господарювання може виступати суб'єкт господарювання або орган державної влади або місцевого самоврядування, наділений господарською компетенцією, який здійснює функції власника інформаційної системи, а так само, як і обов'язки володільця інформації, що створюється, або використовується в цілях здійснення господарської діяльності, управління нею.

Істотний вплив на визначення як кола суб'єктів кіберстрахування, так і з'ясування його місця в системі засобів забезпечення господарського правопорядку відіграє об'єкт цього виду господарської діяльності.

Закон України «Про страхування», так само, як і правова доктрина пов'язують зміст цього елемента страхування з майновим інтересом страхувальника (об'єктом страхування).

«На нашу думку страховий інтерес – це потреба страхувальника (застрахованої особи, вигодонабувача, іншої третьої особи) у захисті своїх правомірних майнових інтересів, які є підставою для виникнення страхового правовідношення» [9].

Визначення поняття «майновий інтерес» як об'єкта страхування через правомірні потреби страхування має важливе правове і методологічне значення. Його сутність виявляється у встановленні причинно-наслідкових зв'язків між інтересами власників інформаційних систем, реєстрів, баз даних, володільців інформації та збитками, обумовленими настанням страхових випадків – проявом кіберризиків).

Похідний характер майнових інтересів страхувальників від змісту кіберризиків, що проявляються в наш час у сфері господарювання актуалізує перед юридичною наукою потребою у детальному аналізі останнього поняття з позицій призначення кіберстрахування у механізмі забезпечення господарського правопорядку.

У науковій літературі неодноразово зверталася увага на поширену в Україні та більшості держав Світу практику поєднання кіберзагроз з іншими ризиками при визначенні кола страхових випадків (кіберстрахування як інструмент управління підприємствами).

За своєю сутністю кіберризик пов'язані з використанням комп'ютерного обладнання та програмного забезпечення як у (локальних) мережах, так і у мережі Інтернет загалом; в розрахунково-платіжних системах, системах електронної торгівлі, промислових системах управління; а також ризики пов'язані з накопиченням, зберіганням і використанням особистих даних [10].

За такого підходу до розуміння сутності кіберризиків, на нашу думку, у значенні предмета кіберстрахування можуть розглядатися інформаційно-телекомунікаційні системи, технології, реєстри чи бази даних, а так само інформація, включаючи конфіденційну, що перебуває у володінні суб'єктів господарювання або органів, наділених господарською компетенцією щодо управління цими об'єктами.

Таке уточнення має важливе методологічне значення для формування механізму кіберстрахування. Воно виявляється у конкретизації предмета та об'єкта кіберстрахування, виключенні з відповідних категорій тих інформаційно-телекомунікаційних систем і технологій, які не використовуються у господарській діяльності, а відповідно не пов'язані з інтересами учасників відносин у сфері господарювання.

На сьогодні в нормах законодавства України відсутнє визначення поняття «кіберризик».

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 05.10.2017 року № 2163-VIII для позначення негативних

обставин, явищ та процесів, які проявляються в межах кіберпростору у статті 1 сформулював визначення поняття «кіберзагроза». Згідно з нормативним визначенням це поняття визначається як: «...Наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України у кіберпросторі, справляють негативний вплив на стан кібербезпеки держави, кібербезпеку та кіберзахист її об'єктів».

Через категорію «загроза кібербезпеки» згаданий Закон України визначає поняття «кіберінцидент» під яким розуміється: «Подія або ряд несприятливих подій ненавмисного характеру (природного, технічного, технологічного, помилкового, у тому числі внаслідок дії людського фактора) та/або таких, що мають ознаки можливої (потенційної) кібератаки, які становлять загрозу безпеці систем електронних комунікацій, систем управління технологічними процесами, створюють імовірність порушення штатного режиму функціонування таких систем (у тому числі зриву та/або блокування роботи системи, та/або несанкціонованого управління її ресурсами), ставлять під загрозу безпеку (захищеність) електронних інформаційних ресурсів».

Із системного тлумачення змісту наведених визначень слідує, що поняттям «кіберзагрози» охоплюються як умисні, так, і необережні дії чи бездіяльність, обставини природного і техногенного характеру, що проявляються у кіберпросторі внаслідок втручання в роботу інформаційно-телекомунікаційних систем, реєстрів, баз даних, блокування їх належного функціонування або доступу до них, чим фактично створюється небезпека для життєво важливих інтересів держави, суспільства, фізичних і юридичних осіб у кіберпросторі.

Тим самим, поняття «кіберзагроза» може розглядатися як видова категорія у відношенні до родового поняття «кіберризик». Адже, на відміну від кіберзагроз, кіберризиків можуть виникати не лише внаслідок прояву кіберінцидентів, але і будь-яких інших обставин, факторів, процесів та явищ, настання яких у кіберпросторі може спричинити негативні наслідки для їх адресатів, а часто і усіх інших суб'єктів правовідносин, які реалізуються у відповідному сегменті кіберпростору.

На сьогоднішній день, в юридичній літературі не було сформовано єдиного підходу і до класифікації кіберризиків. Існування в інформаційній сфері широкої групи кіберризиків, які супроводжують процедури здійснення господарської діяльності та управління нею обумовлено характером протиправних дій чи бездіяльності, якими вони спричиняються, а також наслідками їх прояву для страхувальників.

Загальний підхід до визначення видів протиправних діянь, які можуть спричинити негативні наслідки для власників інформаційних систем та володільців інформації закладений у статті 1 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах».

Аналіз існуючих нормативних та доктринальних підходів до характеристики кіберризиків та протиправних діянь, які обумовлюють їх

виникнення з позицій інтересів страхувальника дозволяє нам констатувати, що їх зміст не завжди охоплюється майновою сутністю, як це передбачено у статті 1 Закону України «Про страхування».

Це пов'язано з тим, що як предмет кіберстрахування, інформація, інформаційно-телекомунікаційні системи, технології, бази даних є немайнорними об'єктами права власності [11].

Вироблені у науковій літературі особливості кіберстрахування дають підстави розглядати його як окремий вид страхування, що виключає можливість страхування кіберризиків, як похідної складової інших категорій страхових ризиків, визначених Законом України «Про страхування».

З позицій формування механізму реалізації в Україні цього виду страхової діяльності необхідним є визначення в нормах Закону України «Про страхування» спеціальних вимог до страховиків за договорами кіберстрахування.

Вироблені теорією страхового права правові, економічні та методологічні передумови для виділення кіберстрахування в окремий вид страхової діяльності вимагають визначення напрямів подальшого розвитку цього виду діяльності.

Список використаних джерел:

1. Кіберзлочинці у 2020 році завдали у світі збитків на трильйон доларів: дослідження. URL: <https://www.dw.com/uk/kiberzlochyny-u-2020-rotsi-zavdaly-svitu-zbytkiv-na-trylion-dolariv-doslidzhennia/a-55857766>

2. Липов Д. Качественная оценка киберрисков. Исследование Делойт: URL: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/risk/russian/cyber-risk-quantification.pdf>

3. Селіверстова Л. С., Трухан Д. А. Підходи до розвитку кіберстрахування як сегменту глобального страхового ринку. *Економіка та держава*. 2020. № 1. С. 25. DOI: 10.32702/2306-6806.2020.1.23

4. Братюк В. П. Сутність кібер-злочинів та страховий захист від кібер-ризиків в Україні. *Актуальні проблеми економіки*. 2015. № 9. С. 422-423.

5. Нагайчук Н., Третяк Н., Ткаленко О. Страхування в системі управління кібер-ризиками підприємства в умовах цифрової економіки. 2019, 98-99.

6. Мамонова Г. Особливості страхування кібер-ризиків. *Матеріали конференцій МЦНД*. 2020. С. 91.

7. Нагайчук Н., Третяк Н., Ткаленко О. Страхування в системі управління кібер-ризиками підприємства в умовах цифрової економіки. 2019, С. 101 – 102.

8. Заярний О. А. Інформаційна сфера як об'єкт адміністративно-правової охорони: деякі доктринальні та нормативні аспекти. *Журнал східноєвропейського права*. № 22. URL: <http://easternlaw.com.ua/uk/osoblive-administrativne-pravo/zayarnij-o-a-informacijna-sfera-yak-obyekt->

administrativno-pravovo%D1%97-oxoroni-deyaki-doktrinalni-ta-normativni-aspekti

9. Пацурія Н. Б. Страховий інтерес: теоретичне обґрунтування та проблеми правового закріплення. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2011. №88. С. 33.

10. Розвиток кіберстрахування як сегменту глобального страхового ринку. URL: https://kon-insurance.mnau.edu.ua/files/work_2020/6.pdf

11. Заярний О. А. Класифікація адміністративних інформаційних правопорушень, як метод наукового дослідження адміністративної деліктності та інструмент удосконалення адміністративно-деліктного законодавства. *Адміністративне право і процес*. № 4 (10) 2014. С. 93.

ПОВАР Павло,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри господарського права та господарського
процесу Інституту права Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИПИНЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ-ПІДПРИЄМЦЯ

Актуальним завданням є теоретичне осмислення та вдосконалення правового забезпечення припинення суб'єктів господарювання, а серед них - фізичних осіб-підприємців, які займають вагомe місце у структурі товаровиробників національної економіки.

Недоліком чинного законодавства є те, що питання позбавлення статусу фізичної особи-підприємця не врегульовані ні у Господарському [1], ні у Цивільному Кодексах України [2] (далі – ГК та ЦК України, відповідно). Умови та порядок позбавлення статусу підприємця фізичною особою визначений нормами Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 р. (далі – Закон України про реєстрацію) [3]. Попередні редакції положень ГК України відрізнялися більш системним підходом. У ньому передбачалися загальні норми, присвячені припиненню суб'єктів господарювання, хоча і з недостатньою увагою питанням позбавлення статусу підприємця фізичною особою.

Загальні положення щодо позбавлення статусу підприємця фізичною особою повинні бути передбачені у кодифікованому акті господарського законодавства – у чинному ГК України або його оновленому варіанті. Зокрема, у ньому повинно бути закріплено термінологія та поняття, пов'язані із позбавленням статусу підприємця фізичною особою, умови (підстави) та

порядок такого позбавлення, його правові наслідки. Зазначені питання є складовою правового статусу фізичної особи-підприємця, як різновиду суб'єкта господарювання, а відтак виходячи з предмету регулювання нормативних актів вони повинні врегульовуватися у кодифікованому акті господарського законодавства. Закон України про реєстрацію регулює відносини з державної реєстрації. Такі відносини відрізняються особливим суб'єктним складом - за участі державного реєстратора, що вчиняє у визначеному цим законом порядку реєстраційні дії. Виходячи з цього нелогічно у цьому законі визначати елементи правового статусу суб'єктів господарювання. Норми щодо державної реєстрації, які пов'язані з набуттям та позбавленням правового статусу підприємця фізичної особи (як і суб'єктів господарювання інших організаційно-правових форм), повинні ґрунтуватися на нормах закону, що визначає їх правовий статус, як суб'єктів господарювання. І якщо щодо набуття статусу йдеться мова у ч.1 ст.128 ГК України, ч.2 ст.50 ЦК України, то стосовно позбавлення статусу у цих кодексах лакуна.

Важливе значення має вирішення *проблеми термінологічного та понятійного апарату* правового регулювання припинення фізичної особи-підприємця. Як впливає з положень пункту 4 ч.1 ст.1 Закону України про реєстрацію, поняття державної реєстрації включає у себе, зокрема, офіційне визнання шляхом засвідчення державою факту позбавлення статусу підприємця фізичною особою. Згідно із ч.9 статті 4 зазначеного Закону фізична особа - підприємець позбавляється статусу підприємця з дати внесення до ЄДР запису про державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності цією фізичною особою. В інших нормах цього закону вживається лише термін «державна реєстрація припинення підприємницької діяльності». У такій редакції положень закону вбачається подвоєння термінології: з одного боку засвідчується факт *позбавлення статусу підприємця* фізичною особою, а з іншого, при цьому вноситься запис про *припинення підприємницької діяльності цією фізичною особою*. Хоча з логічної точки зору запис повинен відображати у своїй назві той факт, який ним підтверджується. Вважаємо, що відповідна реєстраційна дія повинна називатися «державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою», або, як варіант - «державна реєстрація припинення фізичної особи-підприємця».

Слід розрізняти правові поняття *«позбавлення статусу підприємця фізичною особою»* та *«припинення підприємницької діяльності»*, які не є тотожними і мають самостійне значення. Фактичне припинення підприємницької діяльності фізичної особи може мати місце до державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця, проте лише державна реєстрація такого факту призводить до позбавлення статусу підприємця фізичної особи-підприємця. Інша ситуація, яка пов'язана з перервою у здійсненні підприємницької діяльності, коли фізична особа-підприємець протягом певного періоду не здійснює

підприємницької діяльності, але залишається у статусі підприємця. Для її позначення подеколи вживається терміни «тимчасове припинення», «призупинення» підприємницької діяльності. Недосконале врегулювання пов'язаних з цим відносин зумовило виникнення та існування у нашій країні проблеми так званих «сплячих» фізичних осіб-підприємців, які зобов'язані сплачувати єдиний соціальний внесок при відсутності доходу від діяльності [4]. У зв'язку з цим представляє інтерес запропоноване у науковій літературі запровадження в Україні зупинення підприємницької діяльності за ініціативою суб'єкта підприємницької діяльності [5, с.12].

Державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця може мати місце стосовно особи, яка перебуває у активній підприємницькій діяльності. У випадку фізичної особи, яка продовжує жити, позбавлення її статусу підприємця має наслідки у її правовому статусі, і припинення нею підприємницької діяльності є виявом її вольової поведінки або в силу (1) прийнятого нею рішення про позбавлення статусу підприємця та звернення до органу державної реєстрації (у випадку добровільного позбавлення) - правовою формою таких дій є реалізація суб'єктивного права на припинення підприємницької діяльності; або в силу (2) застосованого до неї державного примусу (у випадку примусового позбавлення статусу). Правомірність поведінки у останньому випадку полягає у виконанні юридичного обов'язку припинення підприємницької діяльності фізичною особою, позбавленою статусу підприємця. Поведінка може бути і неправомірною: фізична особа, попри державну реєстрацію припинення її підприємницької діяльності, продовжує підприємницьку діяльність, яка визнається незаконною. Чинне законодавство містить норми, що стосуються випадків здійснення підприємницької діяльності особою без статусу підприємця - Ст.164 Кодексу України про адміністративні порушення [6], ч.3 ст. 50 ЦК України.

Дискусійним є питання застосування та визначення поняття «припинення фізичної особи-підприємця». Таке поняття є привабливим з точки зору уніфікації термінології, коли воно перебуватиме у структурному зв'язку з родовим поняттям «*припинення суб'єкта господарювання*» та однопорядковим – «*припинення суб'єкта господарювання-юридичної особи*». Пропонуємо під *припиненням фізичної особи-підприємця* розуміти позбавлення фізичної особи статусу підприємця в результаті державної реєстрації такого стану (позбавлення статусу підприємця фізичною особою у вузькому значенні) або втрату нею цивільної правоздатності в момент смерті чи в день оголошення її померлою. Таким чином, враховуються різні обставини та правова природа втрати фізичною особою права на зайняття підприємницькою діяльністю, різні правові наслідки. У першому випадку - внаслідок державної реєстрації факту позбавлення підприємця статусу підприємця – зберігається цивільна правоздатність такої особи і її майнові зобов'язання, що виникли при здійсненні підприємницької діяльності. У другому випадку – припинення цивільної правоздатності у цілому внаслідок

смерті чи оголошення її померлою з наслідками, що визначаються спадковим правом. При цьому значення державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця зводиться до забезпечення за допомогою Єдиного державного реєстру збирання, обліку та надання достовірної інформації про фізичних осіб-підприємців [7, с.78]. Іншим варіантом є вживання поняття „позбавлення статусу підприємця фізичною особою” у широкому значенні, яке охоплює собою два визначені вище випадки, а відтак це поняття може розглядатися у вузькому та широкому розумінні.

Не підтримуємо позицію можливості застосування терміну «ліквідація» стосовно фізичної особи-підприємця. Відповідно до дихотомічного поділу за критерієм правонаступництва ліквідація (відсутнє правонаступництво) традиційно класифікується поряд з реорганізацією (має місце правонаступництво) як спосіб припинення саме суб'єктів господарювання-юридичних осіб. У силу цього не можна визнати вдалим визначення поняття ліквідації суб'єкта господарювання як родового, що у свою чергу включатиме видові поняття ліквідації юридичної особи та ліквідації фізичної особи-підприємця. Це розвиватиме традиційне розуміння ліквідації як способу припинення лише суб'єктів господарювання-юридичних осіб і без правонаступництва. Логічним є визначення як родового поняття «припинення суб'єкта господарювання», яке в силу поділу суб'єктів господарювання згідно із ч.2 ст.55 ГК України, охоплює собою два видові поняття: (1) «припинення фізичної особи-підприємця» (як варіант, «позбавлення статусу підприємця фізичною особою» у його широкому значенні) та (2) «припинення суб'єкта господарювання-юридичної особи». Останнє включає в себе два підвидові поняття: (2.1) «ліквідація суб'єкта господарювання-юридичної особи» та (2.2) «реорганізація суб'єкта господарювання-юридичної особи».

На практиці має місце застосування нормативно не визначеної термінології. Так, у Єдиному державному вебпорталі електронних послуг – Порталі Дія - вжито термін «закриття ФОП» [9]. Така підміна правової термінології є негативним явищем правозастосовчої юридичної техніки.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 №436-15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
2. Цивільний кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 №435-15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
3. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003 №755-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>.
4. Чабаненко О. Що робити з ЄСВ-заборгованістю «сплячих» ФОП? URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014525.

5. Дякуновський О.Є. Правове регулювання підприємницької діяльності в Україні та республіці Польща. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступ. канд. юрид. наук. Вінниця. 2021.

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Кодекс України від 07.12.1984 №8073. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/paran1469#n1469>.

7. Господарське право (Загальна частина): підручник. За ред. В.С. Щербини, В.В. Резнікової. Київ. Вид-во Ліра-К. 2021.

8. Закриття ФОП : Державні послуги. Державний портал. URL: <https://diia.gov.ua/services/zakrittya-fop>.

ПОГОРІЛЕНКО Артур,
аспірант кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПЕРСПЕКТИВИ ВИКОРИСТАННЯ ЦИФРОВИХ ГРОШЕЙ ДЛЯ ВИКОНАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Одним з важливих питань сучасної теорії господарського права є можливість використання альтернативних видів грошей як засобу виконання господарських зобов'язань. Дане питання набуває особливої актуальності з розвитком сфері електронної комерції, яка сьогодні є одним з найбільш динамічних середовищ для їх укладення.

В науковому середовищі велика кількість праць присвячена саме тематиці законності використання криптовалюти [1; 2; 3; 4; 5]. Водночас, мало наукової уваги було присвячено можливості використання інших видів альтернативних грошей як законного засобу платежу на території України. Дана праця присвячена розгляду цифрової валюти як законного засобу платежу на території України за господарськими зобов'язаннями.

Цифрові гроші є аналогом фіатних грошей, проте, на відміну від них, випускаються центральним банком певної країни одразу в електронній формі та виступають як повноцінний грошовий знак. Цінність цифрових грошей не залежить від будь-яких факторів, крім стабільності банківської системи країни-емітента. Тоді, як курс віртуальних валют (криптовалюта, WoW gold, Linden Dollars тощо) та електронних грошей залежить від традиційних грошей, що їх забезпечують, чи інших факторів¹, цифрові гроші, які і реальні

¹ Як-от зацікавленість віртуальними валютами користувачів, стабільність та надійність блокчейну (у випадку з криптовалютами).

гроші, напряму залежать від кількості активів та успішності відповідного центрального банку-емітента.

Першими цифрові гроші були випущені Багамськими островами у жовтні 2020 року [6]. Наступною цифрову валюту випустила Камбоджія [7]. Станом на сьогодні, більш ніж 500,000 китайців використовують видані у невеликому тиражі цифрові юані [8]. 19 квітня 2021 року Центральний Банк Англії створив команду, що працює над розробкою концепції цифрових грошей Великобританії [9]. У США також розглядається можливість запуску власної цифрової валюти [6].

У 2017 році НБУ вперше заявив про можливість випуску електронної версії гривні, що емітуватиметься центральним банком [10]. У 2018 році було випущено 5 тисяч е-гривень у якості пілотного проекту [11], а звіт [12] продемонстрував можливість подальшої роботи над даною темою та реального впровадження е-гривні на масовий ринок. НБУ заявляє про продовження роботи над даною темою [13].

Предметно розглядається також випуск цифрової версії Євро. Відповідні напрацювання вже існують у ЄЦБ, зокрема у жовтні 2020 року був виданий офіційний звіт об'ємом 50 сторінок [14] з напрацюваннями щодо перспектив запуску цифрової валюти Європейського Союзу. ЄЦБ, зокрема, вказує, що цифрове Євро буде аналогом паперового, а саме «як паперове, лише в цифровому вигляді» [15]. Таким чином, передбачається, що цифрові Євро будуть мати унікальний номер, засоби захисту, номінал тощо, що і підтверджується поясненнями ЄСБ в контексті можливості застосування положень права ЄС щодо монополії Євросистеми (Eurosystem) на випуск Євро-банкнот до емісії цифрового євро [14, с.25]. Таким чином, видається, що випуск цифрового Євро може передбачати конкретну «об'єктність» кожного унікального примірника цифрової валюти.

Оцінюючи можливість використання віртуальних грошей у якості законного засобу платежу варто зазначити наступне. Відповідно до ч.2 ст.189 ГК, ціна є істотною умовою господарського договору. Ціна зазначається в договорі у гривнях. В свою чергу, відповідно до ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», кошти існують у готівковій формі (формі грошових знаків) або у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках) [...]; гривня як грошова одиниця України (гривня) є єдиним законним платіжним засобом в Україні [...]. Відповідно до ч.1 ст.34 Закону України «Про Національний Банк України», виключне право введення в обіг (емісія) гривні і розмінної монети, організація їх обігу та вилучення з обігу належить Національному банку.

Враховуючи вказане, цифровий аналог гривні може використовуватися на території України для проведення будь-яких платежів за господарськими зобов'язаннями у законний спосіб. Водночас, цифрові гроші іноземних можуть також бути використані у зовнішньоекономічних господарських договорах як аналог іноземної валюти. Розповсюдження цифрових грошей вимагатиме від законодавця внесення відповідних змін до

визначення іноземної валюти у пп. «а» п.5 ч.1 ст.1 Закону України «Про валюту та валютні операції».

Список використаних джерел:

1. Ситник І. П., Бодарева Т. Криптовалюта і її різновиди. Проблеми та перспективи використання в світі й Україні. *Формування ринкових відносин в Україні*. 2017. № 2. С. 56-60.
2. Ярова К. О. Криптовалюта: визначення правового статусу в Україні. *Молодий вчений*. 2017. № 10. С. 1117-1120.
3. Урбанович В. А., Яковишина Н. А. Криптовалюта в Україні та в світі: стан, регулювання і перспективи розвитку. *Молодий вчений*. 2018. № 5(1). С. 334-337.
4. Савлук М. І. Про можливі наслідки легалізації криптовалюти в Україні. *Наукові праці НДФІ*. 2017. Вип. 4. С. 92-95.
5. Костюченко В. М., Малиновська А. М., Мамонова А. В. Передумови запровадження обліку та оподаткування операцій із криптовалютами в Україні. *Modern economics*. 2017. № 6. С. 94-102.
6. The Economist. When central banks issue digital money. Will banks survive the transition to a new monetary system? URL: <https://www.economist.com/special-report/2021/05/06/when-central-banks-issue-digital-money>.
7. ASEAN Briefing. Cambodia Launches Digital Currency: Key Features. URL: <https://www.aseanbriefing.com/news/cambodia-launches-digital-currency-key-features>.
8. The Economist. The digital currencies that matter. Get ready for Fedcoin and the e-euro. URL: <https://www.economist.com/leaders/2021/05/08/the-digital-currencies-that-matter>.
9. Enright T. 'Bank of England is looking into launching 'Bitcoin'. How will it compare to existing money?'. URL: <https://www.euronews.com/2021/04/29/bank-of-england-looks-into-launching-its-own-bitcoin>.
10. Контракты UA. НБУ рассматривает возможность введения е-гривны. URL: <https://kontrakty.ua/article/109586>.
11. Шевчук Н. Гривня йде в «цифру»: навіщо Україні власна електронна валюта. URL: https://lb.ua/economics/2021/05/06/483976_grivnya_yde_tsifru_navishcho_ukraini.html.
12. Національний Банк України. Аналітична записка за результатами пілотного проекту Е-гривня. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Analitichna_zapiska_E-grivnya.pdf?v=4.
13. Національний Банк України. Національний банк продовжить вивчати можливість випуску власної цифрової валюти – е-гривні. URL:

<https://bank.gov.ua/ua/news/all/natsionalniy-bank-prodovjit-vivchati-mojlivist-vipusku-vlasnoyi-tsifrovoyi-valyuti--e-grivni>.

14. European Central Bank. Report on a digital euro. URL: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf#page=27.

15. European Central Bank. A digital euro. URL: https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/html/index.en.html.

ПОЄДИНОК Валерія,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗЕЛЕНИЙ ТАРИФ: ІСТОРІЯ ЛЕГІТИМНИХ ОЧІКУВАНЬ БЕЗ ХЕПІ-ЕНДУ?

Історія питання. Які асоціації у масовій свідомості викликає «зелена» енергетика? Декарбонізація, чисте довкілля, сталий розвиток ... і дорожнеча.

Виробники енергії з відновлюваних джерел продають її на ринок значно дорожче, ніж традиційні суб'єкти теплової або атомної енергетики. Так звані «зелені» тарифи в Україні було запроваджено Законом від 25.09.2008 р. №601–VI «Про внесення змін до деяких законів України щодо встановлення «зеленого» тарифу». Ці тарифи в кілька разів вищі, ніж звичайні, і зафіксовані в євро.

Як це відбувається? Всю вироблену в країні електроенергію, у тому числі й дорогу «зелену», скуповує Оптовий ринок (державне підприємство «Енергоринок»). Він самий потім продає скуплену електроенергію енергопостачальним компаніям, які доставляють її населенню. Тобто, рахунок, який сплачують кінцеві споживачі, включає також витрати на дорогу «зелену» електрику [1].

В останні роки частка електроенергії з відновлюваних джерел невпинно зростала. Якщо у 2017 році частка «зеленої» електроенергії становила близько 1,5% від загального обсягу проданого струму, то за підсумками 2020 року цей показник сягнув 12,4%. Разом з тим зростали і виплати тим, хто її виробляє.

10 червня 2020 року Уряд України та виробники «зеленої» енергії підписали Меморандум про взаєморозуміння щодо врегулювання проблемних питань у сфері відновлюваної енергетики в Україні. На цей момент борги держави перед виробниками електроенергії з відновлюваних джерел перевищували 22 млрд грн [2].

Згідно з Меморандумом, виробники погодилися на зменшення «зелених» тарифів; посилення відповідальності генерації за небаланси (похибки прогнозування) та обмеження введення в експлуатацію нових об'єктів за «зеленим» тарифом (так, з 1 серпня 2000 р. нові сонячні електростанції потужністю понад 1 МВт можуть бути введені в експлуатацію та розраховувати на підтримку держави тільки шляхом участі в аукціонах).

Зі свого боку, Уряд взяв на себе зобов'язання запропонувати необхідні для реалізації згаданих домовленостей зміни до законів до 1 серпня 2000 р.; в подальшому не змінювати умови підтримки виробників електроенергії з «зеленим» тарифом; запровадити квоти для підтримки виробників електроенергії з «зеленим» тарифом та забезпечити проведення аукціонів з їх розподілу. Крім того, уряд зобов'язався до кінця 2021 року повністю погасити наявну заборгованість перед виробниками та не допускати боргів в подальшому.

Кроки законодавця. На виконання умов Меморандуму 21 липня 2020 року Верховною Радою України було прийнято Закон №810-ІХ «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії» (далі – Закон №810-ІХ). У Законі «Про альтернативні джерела енергії» з'явилася нова стаття 9-4, згідно з якою для суб'єктів господарювання, яким встановлений або буде встановлений «зелений» тариф, протягом усього строку дії «зеленого» тарифу буде застосовуватися законодавство України, чинне на день набрання чинності Законом №810-ІХ, крім законодавства, що зменшує розмір податків чи зборів або скасовує їх, послаблює регулювання господарської діяльності, спрощує процедури державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, пом'якшує відповідальність або в інший спосіб покращує становище суб'єктів господарювання, що має застосовуватися з дня набрання чинності таким законодавством (частина 8).

Втім, борги держави перед виробниками «зеленої» енергії нікуди не зникли і на початок літа 2021 знову сягнули близько 20 млрд грн. [2]. Тобто, «зелена» енергетика залишається для держави дорогим задоволенням. Шукаючи вихід з ситуації Уряд, поміж іншого, анонсував запровадження акцизного податку на продаж електричної енергії, виробленої з відновлюваних джерел енергії.

Ініціатива викликала рішуче заперечення учасників ринку, яке було висловлене в надісланому прем'єру, голові парламенту, головам профільних комітетів та міністру фінансів листі: «Запровадження нового акцизу є фактичним зниженням розміру «зеленого» тарифу на додаткові % для діючих станцій, оскільки цей податок сплачуватиме саме виробники, що суперечить положенням Меморандуму, яким було чітко закріплено граничні рівні зниження «зелених» тарифів. При цьому, не передбачено жодного механізму компенсації витрат виробників на адміністрування та сплату акцизу, що фактично позбавляє інвесторів законних прав на інвестиції (у

частині неотримання очікуваних доходів) і в залежності від розміру акцизу може мати ознаки часткової експропріації їх активів [3]. Більш відверто висловився засновник групи компаній-операторів малих «зелених» ГЕС і СЕС Ігор Тинний: «Шулери обдурили інвесторів у серпні 2020 року, закликаючи не судитися при відносно невеликому примусовому і ретроспективному зниженні тарифів заради обіцяної стабілізації ринку та погашення боргів. Зробили ж усе навпаки» [2].

01.07.2021 р. Верховною Радою України у першому читанні прийнято законопроект №5600 «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень», що, зокрема, передбачає виключення пп. 213.2.8 п. 213.2 ст. 213 ПК, яким до операцій з підакцизними товарами, які не підлягають оподаткуванню, віднесено реалізацію електричної енергії, виробленої кваліфікованими когенераційними установками та/або з відновлюваних джерел енергії. З тексту законопроекту, підготовленого до 2 читання (від 22.09.2021 р.) зазначена пропозиція зникла. Це не можна не вітати, оскільки, як заявив власник компанії «Віндкрафт Україна» Карл Стурен, *«ввести акциз на електроенергію з відновлюваних джерел абсолютно філософськи суперечить самій ідеї акцизу»*. За його словами, відповідно логіці та суті акцизний збір – це плата споживача за шкідливу послугу або товар. Він зазначив, що акцизний збір має застосовуватися до шкідливих товарів – сигарет, алкоголю, бензину і дизельного палива – а не до екологічної електроенергії [4].

Поза тим, ще 28.04.2021 р. стало відомо, що компанія Modus Energy, яка знаходиться у власності громадян Литви, подала позов проти України до інвестиційного арбітражу. В арбітражі вона вимагає від держави повернути їй 10,5 млн євро. Компанія, зокрема, стверджує, що вже шляхом прийняття Закону № 810-IX Україна порушила Договір Енергетичної хартії, скоротивши з 15 серпня 2020 року тарифні збори на 15%, розмір яких був гарантований до кінця 2029 року. За інформацією юристів, до аналогічних позовів готуються ще 10 компаній [5].

Все це вже було раніше... Насправді йдеться про відомі речі – цей самий шлях європейські країн пройшли у минулому десятилітті. Свого часу багато країн запровадило стимулюючі схеми, спрямовані на залучення інвесторів у зелену енергетику, як правило, у формі фід-ін (feed-in) тарифів (ФІТ).

Після економічної кризи 2010 року більшість цих держав змінили свої схеми винагороди. Зміни викликали значну кількість інвестиційних спорів, що ґрунтуються на заявах про порушення законних очікувань інвесторів, які, як стверджується, є порушенням стандарту *справедливого та рівного ставлення* згідно з статтею 10 (1) Договору про Енергетичну хартію (ДЕХ). Чехія, Італія та Іспанія є трьома країнами, які наразі беруть участь у найбільшій кількості спорів. З 122 справ 6 було порушено проти Чехії, 10 проти Італії та 43 проти Іспанії. Іспанія найбільше постраждала від спорів:

вона вже втратила 825 млн. євро, і ще за 10 млрд. євро позиваються наразі [6].

Вважається, що стаття 10 (1) ДЕХ охоплює «Кілька елементів, включаючи зобов'язання діяти прозоро та у належній процедурі; і утримуватися від вжиття свавільних або дискримінаційних заходів або від розчарування розумних очікувань інвестора щодо правової бази, що негативно впливає на його інвестиції ». В цілому, концепція легітимних очікувань зазвичай розглядається як «домінуючий елемент» справедливого та рівного ставлення, що охоплює кожен із цих критеріїв.

В інвестиційному праві існує два підходи до визначення легітимних очікувань:

1) підхід «правової стабільності», згідно з яким держава не може викликати легітимні очікування щодо стабільної правової основи стимулювання інвестицій, а пізніше раптово скасувати такі очікування [6]. Відповідно, законні очікування ґрунтуються на передбачуваній стабільності даної правової основи, а також на заявах, зроблених державою явно чи неявно;

2) підхід «кваліфікаційних вимог» вимагає встановлення наявності наступних елементів для того, щоб констатувати порушення легітимних очікувань:

- легітимні очікування можуть виникнути лише з конкретних заяв чи зобов'язань держави перед інвестором, на які останній покладався;

- інвестор повинен знати про загальне регуляторне середовище в державі, і очікування повинні бути розумними та заснованими на політичних, соціально-економічних, культурних та історичних умовах, що в ній склалися;

- очікування інвесторів мають бути збалансовані із законною регулюючою діяльністю приймаючої держави.

Сама по собі зміна нормативно-правової бази приймаючої держави перебування не обов'язково призведе до виявлення порушення гарантії справедливого та рівного ставлення [6].

З огляду на відсутність одноманітного підходу до визначення легітимних очікувань, інвестиційні арбітражі доходять різних висновків у відповідних справах.

У справі *Charanne v. Spain* арбітраж встановив, що Іспанія не порушила гарантію справедливого та рівного ставлення: «за відсутності конкретних зобов'язань, інвестор не може мати легітимних очікувань, що існуючі правила не будуть змінені». Арбітраж також зауважив, що іспанське законодавство, що діяло на момент здійснення інвестицій, дозволило Іспанії змінити свої правила щодо сонячної енергетики (і тому такі зміни були об'єктивно передбачуваними), і що зобов'язання Іспанії перед інвесторами не були «достатньо специфічними», щоб створити очікування замороженого правового середовища.

Водночас, арбітраж визнав, що легітимні очікування інвесторів, однак, можуть бути порушені змінами існуючої нормативної бази за умови, що у зв'язку з такими змінами держава діяла необґрунтовано, непропорційно або всупереч публічним інтересам (рішення у справі *Charanne v. Spain*, пункти 513-516).

У справі *Blusun v. Italy* арбітраж не погодився з рішенням у справі *Charanne v. Spain* щодо критеріїв, яких необхідно дотримуватись, щоб визначити, чи регуляторні зміни порушують законні очікування іноземних інвесторів.

Зокрема, арбітри зазначили, що: «З трьох критеріїв, запропонованих у справі *Charanne*, «публічний інтерес» значною мірою невизначений і, у всякому разі, є рішенням, що є у віданні органів влади приймаючої країни. Інвестиційному арбітражу не належить встановлювати, всупереч точці зору цих органів, зміст публічних інтересів їхньої держави, ані зважувати проти цього в значній мірі непорівнянні публічні інтереси держави-експортера капіталу. Критерій «необґрунтованості» можна критикувати з подібних підстав, як відкритий мандат на перегляд політики приймаючої держави. Навпаки, «непропорційність» несе в собі вбудовані обмеження і є більш визначеною. Це критерій, який адміністративні суди та суди з прав людини звикли застосовувати до дій уряду» (рішення у справі *Blusun v. Italy*, пункт 318).

Виходячи з цього, арбітраж у справі *Blusun* визначив стандарт легітимних очікувань таким чином: «За відсутності специфічних зобов'язань держава не зобов'язана надавати субсидії, як-от фід-ін тарифи, або підтримувати їх незмінними після надання. Але якщо вони надаються на законних підставах, і якщо виникає необхідність їх змінити, це має бути зроблено у спосіб, що не є непропорційним до мети законодавчих змін, і має належним чином враховувати інтереси одержувачів, які ймовірно виділили значні ресурси на основі попереднього режиму» (*Blusun v. Italy*, пункт 319 (5)).

Чи додає ясності прив'язка легітимних очікувань до пропорційності? У випадку інвестиційного права – аж ніяк. На відміну від системи Європейської конвенції з прав людини та права ЄС, міжнародне інвестиційне право складається з безсистемної сукупності тисяч двосторонніх та багатосторонніх інвестиційних угод, кожна з яких містить власні положення про захист інвестицій. У свою чергу, ці угоди зазвичай мовчать про те, як належить тлумачити закріплені в них гарантії, і які межі останніх. Яскравим прикладом є вже згаданий стандарт справедливого та рівного ставлення. Концепції справедливості та рівності не обов'язково є правовими – законність і справедливість не завжди є одним і тим самим. Оскільки інвестиційні угоди здебільшого не уточнюють, що мається на увазі, інвестиційні арбітражі вільні присвоювати «справедливого та вільного ставлення» будь-які атрибути. Більше того, поняття пропорційності прямо

не використовується міжнародними інвестиційними угодами, тож його застосування інвестиційними арбітражами не є автоматичним.

Більшість інвестиційних арбітражів, які вдалися до оцінки пропорційності, відкинули вживані в інших сферах права багаторівневі тести і зосередилися на більш прямих дослідженнях пропорційності. Деякі загальні критерії, обрані арбітражами: 1) чи могла держава вжити будь-яких менш обмежувальних заходів; 2) чи були обмежувальні заходи підкріплені фактичними доказами, які свідчили б про їх придатність для досягнення мети; 3) чи передбачали заходи суттєві зміни у внутрішньому законодавстві; 4) чи підходять ці заходи для цілей політики, що стоять за ними [7, с.488].

Оскільки не існує наперед встановленого правила, яке визначало б, за яких обставин арбітражі вдаватися до оцінки пропорційності та методології, яку вони повинні застосовувати, арбітражі змушені розглядати ці питання на основі конкретних обставин справи. Така *ad hoc* оцінка передбачає, що арбітражі загалом вільні застосовувати будь-яку методологію, яку вважають за доцільну для розгляду конкретної справи, незалежно від її складності.

Висновки. У відносинах з інвесторами в сфері відновлюваної енергетики Україна повторює загальноєвропейський шлях і «винна» хіба що в тому, що належним чином не опрацювала досвід інших країн. Для того, щоб держава не несла тягар виплат компенсацій, зміни регуляторного режиму повинні бути пропорційними, розумними, несвавільними і у публічних інтересах, але не радикальними або непередбачуваними. Разом з тим, будь-який позов інвестора становить ризик для держави, оскільки результати вирішення таких спорів непередбачувані. У зв'язку з цим надзвичайно важливими є належна комунікація та переговори з інвесторами заради запобігання поданню позовів, небезпека яких полягає також і у створенні негативного інформаційного фону для зеленої енергетики.

Список використаних джерел:

1. Ставніччук О., Кривко А. Бенефіціари «зеленого тарифу»: як нардепи, їхні сім'ї та помічники заробляють на електриці. *Економічна правда*. 2019. 6 лютого. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2019/02/6/644772/>
2. Топалов М. Зеленський проти «зелених». Влада запроваджує акциз на відновлювану енергетику: що це буде. *Економічна правда*. 2021. 28 травня. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2021/05/28/674360/>
3. Лист ЄУЕА, УВЕА, УАВЕ щодо можливих змін у Податковому кодексі України. URL: <https://euea-energyagency.org/wp-content/uploads/2021/04/Lyst-YEUEA-UVEA-UAVE-shhodo-mozhlyvyh-zmin-u-Podatkovomu-kodeksi-Ukrai-ny.pdf>
4. Ідея акцизу на зелену енергію в Україні суперечить суті цього податку, – шведський інвестор. URL: [https://economics.segodnya.ua/ua/economics/enews/ideya-akciza-na-zelenuyu-](https://economics.segodnya.ua/ua/economics/enews/ideya-akciza-na-zelenuyu)

energiyu-v-ukraine-protivorechit-suti-etogo-naloga-shvedskiy-investor-1559771.html

5. Проти України готуються подати міжнародні арбітражі до 10 «зелених» інвесторів, - юрист. URL: <https://www.rbc.ua/ukr/news/protiv-ukrainy-gotovyatsya-podat-mezhdunarodnye-1620297707.html>

6. Noilhac A. Renewable energy investment cases against Spain and the quest for regulatory consistency. URL:

http://www.qil-qdi.org/renewable-energy-investment-cases-against-spain-and-the-quest-for-regulatory-consistency/#_ftn1

7. *De Brabandere E., Baldini Miranda da Cruz P.* The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective. *Nordic Journal of International Law* 89 (2020) 471-491

ПОЛЮХОВИЧ Валерій,

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

НОВІ ЗАКОНОДАВЧІ ІНІЦІАТИВИ ПО ВДОСКОНАЛЕННЮ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Як ми вже зазначали в попередніх публікаціях з питань нормативного забезпечення захисту економічної конкуренції в Україні кадрові зміни вищих ешелонів державної влади України в результаті президентських та парламентських виборів в 2019 році стали «триггером» до так званого «турборежиму» законотворчих процесів в тому числі і в означеній сфері господарських відносин. Проте жоден з цілого ряду підготовлених об'ємних законопроектів з питань антимонопольного регулювання не набув статусу нормативного акту, а лише одиниці дібрались до першого читання, після якого були успішно покладені на полицю до кращих часів. Таким чином розпіарена конкуренційно-антимонопольна реформа повністю провалена і залишилась в нашій пам'яті як один з численних нереалізованих законотворчих проектів. Але існуючі проблеми функціонування системи захисту економічної конкуренції нікуди не зникли і потребують свого вирішення.

Раніше нами було проаналізовано зміст ряду законопроектів зокрема в частині можливих змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України», а саме щодо організаційних засад функціонування органів антимонопольного регулювання [1] та до Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо процесу забезпечення такого захисту [2].

Нові законодавчі ініціативи, що викладені в тексті проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 5431 від 27.04.2021 р. [3] (далі по тексту – законопроект № 5431 від 27.04.2021 р.) також мають своїм предметом реформування вищезазначених законів України проте вже дещо в інших нормативних аспектах немовби попередні законопроекти були прийняті, а відповідно проблеми, які вони були покликані вирішити зникли. Нажаль це не так, проблеми залишились там де й були та ще й зросли, а відповідно якість функціонування системи захисту економічної конкуренції знизилась, бо зростають вимоги суспільства до якості правового та організаційного забезпечення, а застарілий механізм державного регулювання менш якісно справляється з викликами часу.

Це стосується перш за все питання кадрового забезпечення функціонування Антимонопольного комітету України. Як ми пам'ятаємо, неодноразово піднімалось питання, в тому числі і в межах попередніх законопроектів з цієї тематики про розмежування в діяльності державних уповноважених АМКУ їх основної роботи за посадою і виконання функцій в межах процедури оскарження публічних закупівель. Були різні пропозиції, які ми детально аналізували в наших попередніх публікаціях, покликані оптимізувати процес розгляду скарг на процедури публічних закупівель. Пропонувалось збільшення кількості державних уповноважених, зміну строку їх перебування на посаді, створення окремих посад уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, створення окремого органу оскарження в сфері публічних закупівель, створення спеціалізованого суду з питань захисту економічної конкуренції тощо. Ці пропозиції були різноплановими: від деталізованих з визначенням правового статусу уповноважених та особливостей процедури, створення нових органів до простих «як постріл» пропозицій по збільшенню кількості державних уповноважених. Також в попередніх законопроектах неодноразово та різнопланово пропонувалось внесення змін до існуючого порядку призначення вищих посадових осіб Антимонопольного комітету України – голови, заступників та державних уповноважених. Проте як вже сказано всі ці ініціативи в результаті були покладені на полицю і жодна з них не реалізована.

В зв'язку з цим викликає подив той факт, що в межах нового законопроекту № 5431 від 27.04.2021 р., який також підготовлений Комітетом Верховної Ради України з питань економічного розвитку, будь-які ініціативи з цих питань відсутні, а самих проблем мов би нема чи вони, як кажуть, залишились в історії.

Загалом в законопроекті № 5431 від 27.04.2021 р. в частині внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» [4] запропоновано ряд новел по вдосконаленню процедури, уточненню та деталізації змісту повноважень органів АМКУ, закріплення на рівні закону норми оплати праці посадових осіб АМКУ. Проте за обсягом представленого

нормативного матеріалу складається враження, що основною метою внесення змін саме до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» є закріплення нових посадових окладів працівників АМКУ. Що ж про це можна сказати? Питання оплати праці є важливим, а сама оплата праці є значним стимулом в роботі окремого працівника. Проте на наш погляд, просте збільшення розміру оплати праці без оптимізації організаційних засад функціонування органу є недостатнім для підвищення його ефективності та свідчить про відсутність у законодавця будь-яких ідей по оптимізації існуючих виробничих процесів, окрім ідеї за допомогою збільшення фінансування компенсувати працівникам надмірне перевантаження, що є наслідком серйозних дисбалансів в організації роботи органу. Це примітивний підхід до вирішення існуючих проблем. Коли більш раціонально було б спрямувати зусилля на ліквідацію існуючого дисбалансу шляхом оптимізації системи, а матеріальне заохочення використовувати в якості додаткового стимулу.

Проте стисло розглянемо запропоновані зміни до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» відповідно по порядку їх викладення.

Так пропонуються зміни, якими уточнюються та деталізуються повноваження Антимонопольного комітету України, державного уповноваженого АМКУ, голови територіального відділення АМКУ щодо проведення перевірки з метою збирання доказів у вигляді інформації. Зміни корисні та відповідають вимогам часу. Проте на нашу думку не менш важливими повинно бути удосконалення засобів для забезпечення збирання доказів. На сьогодні серед повноважень органів АМКУ передбачено можливість залучення поліцейських, працівників митних та інших правоохоронних органів для забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема в разі проведення розслідування. Проте на практиці ця норма не працює. Бо відсутні нормативно закріплені процедурні механізми такого залучення в тому числі у законодавчих актах, якими регулюється діяльність поліцейських, працівників митних та інших правоохоронних органів. Тому необхідно саме в цій частині нормативне закріплення обов'язку відповідних силових структур реагувати на звернення органів АМКУ для забезпечення проведення розслідування із залученням силових підрозділів. Адже у АМКУ відсутні власні силові підрозділи, що ми вважаємо суттєвим недоліком у справі забезпечення розслідування та збирання доказів.

Також пропонується внесення змін до ст. 23-1 Закону, якими уточнюються процедурні особливості проведення слухань у справах про надання дозволу на узгоджені дії, концентрацію, про порушення законодавства про захист економічної конкуренції в частині порядку призначення слухань, їх технічної фіксації, наступного протоколювання і порядку ознайомлення. Раніше подібні норми були закріплені у відомчих

актах АМКУ, а підвищення рівня їх закріплення до рівня Закону України об'єктивно доцільно.

Пропозиції до статті 25 Закону, що закріплюють обов'язок звернення органів АМКУ до суду для надання дозволу на проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів та затвердження угоди про врегулювання справи мають неоднозначний характер з огляду на необхідність забезпечення збирання доказів по справі. Якщо із можливістю затвердження судом угоди про врегулювання справи в цілому можна погодитись, бо залучення суду як інстанції яка контролює дотримання законності є цілком можливим, хоча в такому випадку доцільним було б, щоб така угода набувала чинності з моменту її укладення, а не з моменту її затвердження судом, бо саме затвердження може бути затриманим у часі, що надасть шкоди інтересам сторін угоди. Не затвердження судом такої угоди буде означати втрату її чинності з моменту укладення. Водночас питання отримання органами АМКУ попереднього дозволу суду на проведення перевірок є таким, що напряму шкодить діяльності органів АМКУ по виявленню правопорушень та збиранню доказів. В практиці органів конкурентних органів багатьох країн світу є так звані «рейди на світанку», що є засобом раптової перевірки, що знижує можливість потенційного порушника приховати документальні докази протиправної діяльності. Тому вважаємо, що проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів може здійснюватись із наступним отриманням погодження суду, а не з попереднім. Бо інакше втрачається раптовість при проведенні перевірки, а відповідно в багатьох випадках і смисл її проведення.

До ст. 27 Закону пропонується внесення змін, відповідно до яких визначаються чіткі розміри заробітної плати посадових осіб Антимонопольного комітету України у їх безпосередній прив'язці до розміру прожиткового мінімуму. На сьогодні діє порядок прив'язки посадових окладів до окладів визначених для відповідних посад органів виконавчої влади, а державних службовців відповідно до Закону України «Про державну службу». Запропоновані зміни спрямовані на нормативне відокремлення АМКУ в сфері оплати праці від інших державних органів. Але як нами зазначено вище, збільшення рівня оплати праці є хорошим стимулом для посадових осіб, але без інших системних змін є недостатнім для підвищення якості їх функціонування.

Значний обсяг змін запропоновано для внесення до Закону України «Про захист економічної конкуренції» [5]. Запропоновані новели мають суттєвий характер та в певних межах відображають назрілі зміни, але поряд з тим в окремих частинах є неоднозначними та потребують додаткової аргументації. Звернемо увагу на найбільш суттєві на наш погляд пропозиції.

Пропонується уточнити визначення поняття «контроль» шляхом визначення *можливості* в якості кваліфікуючої ознаки вирішального впливу на господарську діяльність. Погоджуємось з доцільністю цієї пропозиції.

Також запропоновано внесення змін до статей 22, 24 Закону що уточнюють вимоги при отриманні дозволу АМКУ на концентрацію суб'єктів господарювання. Загалом має місце уточнення порядку визначення вартісних показників учасників концентрації, а самі вартісні показники в цілому залишаються в існуючих межах.

Також передбачено можливість подовження строку розгляду справи про узгоджені дії чи концентрацію на один місяць поряд з існуючим тримісячним строком, якщо учасники концентрації нададуть пропозиції щодо прийнятих на себе зобов'язань при здійсненні ними концентрації чи узгоджених дій.

Запропоновано також суттєве підвищення плати із заяв про надання дозволу на концентрацію з 1200 до 2500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (НМДГ), із заяв про надання дозволу на узгоджені дії з 600 до 1500 НМДГ. Відповідно підвищено і плату за надання попередніх висновків із означених питань та із висновків відповідно до статей 14, 29 Закону.

Ці зміни логічні та давно назріли і зумовлені вимогами часу. Водночас зміни запропоновані до ст. 36 Закону шляхом доповнення її частиною третьою викликають подив та потребують окремого коментаря. В зв'язку з цим варто навести запропоновану редакцію ч.3 ст. 36 Закону повністю:

«3. Органи Антимонопольного комітету України мають право не розпочинати розгляд справи за заявами суб'єктів господарювання, громадян, об'єднань, установ, організацій, поданнями органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, якщо зазначені в заяві ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції не відповідають встановленим Антимонопольним комітетом України пріоритетам його діяльності.

Про відмову в розгляді справи, яка не відповідає встановленим пріоритетам діяльності Антимонопольного комітету України, Антимонопольний комітет України, адміністративна колегія територіального відділення Антимонопольного комітету України приймає мотивоване розпорядження.»

По суті запропоновані зміни дозволяють Антимонопольному комітету не розслідувати зловживання монополістів та картелей, які не відповідають пріоритетам діяльності відомства, узаконюючи принцип вибірковості при застосуванні норм права. Більш того в законодавстві відсутні норми, якими б визначались «пріоритети» діяльності АМКУ та відповідності цих пріоритетів чинному законодавству України, зокрема нормам Конституції України та Закону України «Про Антимонопольний комітет України», Закону України «Про захист економічної конкуренції». За аналогією можна вести мову про внесення змін до кримінального законодавства і дозволу правоохоронним органами виносити мотивоване розпорядження про відмову в розслідуванні злочину, який вони не вважають

пріоритетним. При цьому мова йде не про декриміналізацію певних складів правопорушень, що є легітимним шляхом розвитку законодавства, а про «особливий» шлях звільнення правопорушників від відповідальності. Безумовно можливе запровадження такої норми буде прямим порушенням як принципів, так норм Конституції України та законів України.

Щодо пропозицій до ст. 37 Закону по доповнення її частиною 4 і визначення права органу АМКУ не направляти суб'єкту господарювання повідомлення про початок розгляду справи до проведення його перевірки, то вони цілком слухні і заслуговують на прийняття, бо мають на меті отримання доступу до інформації, яка може містити докази протиправної діяльності, яка в іншому випадку може бути втрачена для органів АМКУ.

Доповнення Закону України «Про захист економічної конкуренції» статтею 44-1 Проведення перевірки виправдано лише доцільністю підвищення рівня правового регулювання здійснення цих процедур, що на сьогодні врегульовуються відповідним положенням АМКУ, що зареєстроване в Міністерстві юстиції України.

Водночас доповнення закону статтею 46-1 Врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії та зловживання монопольним (домінуючим) становищем потребує окремого коментаря з огляду на її зміст. Так передбачено, що процедура врегулювання у справі може бути розпочата після направлення попередніх висновків у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та до прийняття рішення у справі органом Антимонопольного комітету України. Відповідач, після отримання попередніх висновків у справі, може подати клопотання до відповідного органу Антимонопольного комітету України про врегулювання справи. Врегулювання здійснюється шляхом підписання угоди про врегулювання справи між відповідним органом Антимонопольного комітету України та відповідачем, яка затверджується господарським судом.

В цій частині процедура не викликає зауважень. Проте передбачено, що істотними умовами угоди про врегулювання справи є:

- визнання відповідачем факту вчинення порушення, зазначеного в попередніх висновках;
- визнання відповідачем розміру штрафу;
- зменшення розміру штрафу на 15 відсотків, який мав бути накладений у випадку незастосування процедури врегулювання органом Антимонопольного комітету України.

В зв'язку з зазначеним незрозумілим є чим зумовлена саме 15 відсоткова знижка розміру штрафу. До того ж незрозуміло чи позбавляє відповідача факт укладення такої угоди з наступним затвердженням її господарським судом права на подальше оскарження такого рішення відповідачем у майбутньому. На нашу думку ця норма виглядає достатньо сирію і потребує деталізації та доопрацювання.

Пропонується доповнити ст. 50 Закону пп. 21, 22 з двома новими складами правопорушень щодо неявки представників суб'єктів господарювання на виклик органів АМКУ для надання пояснень та самочинне розпломбування (розпечатування) приміщень, опломбованих посадовими особами органів АМКУ, здійснення яких карається штрафами у розмірі до одного відсотка від доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік. На нашу думку, запропоноване положення п. 21 потребує уточнення про те, що застосування штрафних санкцій можливе за умови відсутності поважних причин для неявки представників суб'єктів господарювання на виклик органів АМКУ, що особливо є актуальним в умовах карантинних заходів.

Запропоновано в ст. 6 Закону виключити положення, що передбачали можливість застосування так званої програми ліценсії, яка передбачає, що якщо учасник картелю звертається до органів АМКУ із заявою про участь у ньому раніше за інших учасників та надає суттєву інформацію, то він звільняється від відповідальності за статтею 52 Закону. Натомість запропоновано доповнити Закон статтею 52-1 Підстави та порядок звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій. Процедура звільнення від відповідальності більш деталізована, визначено цілий перелік підстав, які в сукупності будуть підставою для повного звільнення від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої статтею 52 цього Закону. Для інших заявників, які не можуть бути повністю звільнені від відповідальності передбачено пропорційне зменшення розміру від попередньо розрахованого розміру штрафу залежно від черговості звернення: перший заявник – до 50%, другий заявник – до 30%, інші заявники – до 20%. Також передбачено суворі обмеження по звільненню від відповідальності та не менш суворі обов'язки особи, що співпрацює з органами АМКУ.

Після ознайомлення із запропонованими новелами складається враження, що потенційні учасники картелів та відповідно порушники конкурентного законодавства навипередки біжать до органів АМКУ з метою прибігти першими та щонайбільше надати інформації про своїх колег та партнерів по узгодженим діям, які мають ознаки антиконкурентних, а вже потім напружено чекають до якої черги вони потраплять для зменшення можливого штрафу. Все це виглядає достатньо дивно з огляду на існуючу практику застосування так званої «програми ліценсії» в минулому. Адже реально ця програма не працює. Наша бізнес спільнота загалом не сприймає явку з повинною як модель поведінки. Можливо це пов'язано з тим, що на завтра прийдеться працювати з тими самими партнерами, на яких ти сьогодні доніс щоб виторгувати собі звільнення від відповідальності. З мого особистого досвіду роботи на посаді державного уповноваженого можу зазначити, що в роботі органів АМКУ були спроби прихованого залучення учасників картельних змов до співпраці на умовах програми ліценсії, але в результаті і по відношенню до таких учасників потім застосовувались

санкції, що звичайно серйозно підірвало їх довіру до можливості співпраці у такій формі з органами АМКУ. Справа в тому, що зазначений в п. 5 ст. 6 Закону механізм програми ліценсії не співвідноситься з механізмом прийняття рішень АМКУ щодо накладення санкцій. Адже при прийнятті рішень відбувається голосування державних уповноважених чи членів адміністративної колегії по конкретній справі, а тому відповідно про наявність учасника картельної змови, який пішов на співпрацю з органами АМКУ, повинно бути відомо всім членам колегіального органу, повинен існувати відповідний документ, що підтверджує факт співпраці та підставу для звільнення від відповідальності, та і саме звільнення від відповідальності стане відомим всім учасникам процесу у відкритому засіданні органу АМКУ. Тобто зберегти факт співпраці в таємниці від інших учасників картельної змови фактично неможливо, а відтоді і сам механізм для потенційного учасника програми ліценсії стає менш привабливим. Тому на практиці застосування норми п. 5 ст. 6 Закону не знайшло свого реального втілення. Наведені законодавчі пропозиції в статті 52-1 встановлюють достатньо жорсткий порядок застосування звільнення від відповідальності та з огляду на існуючий досвід застосування програми ліценсії навряд чи будуть широко використовуватись в практичному застосуванні.

Також достойними уваги новелами є запровадження солідарної (п. 4 ст. 52 Закону) та субсидіарної (п. 11 ст. 56 Закону) форм відповідальності при сплаті штрафів, накладених органами АМКУ.

Так у п. 4 ст. 52 Закону запропоновано, що у разі, коли декілька юридичних та/або фізичних осіб - суб'єктів господарювання, які входять до групи, що визнається суб'єктом господарювання, вчинили діяння (дії, бездіяльність), які призвели до порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зазначеним суб'єктом господарювання, штраф накладається на суб'єкт господарювання в особі цих юридичних та/або фізичних осіб та/або на юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, які мають вирішальний вплив на діяльність цих юридичних та/або фізичних осіб в межах групи. Обов'язок сплати штрафу, накладеного на цих юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, є солідарним.

А в п. 11 ст. 56 Закону пропонується визначити, що у разі, якщо стягнення з особи накладеного органами Антимонопольного комітету України штрафу є неможливим внаслідок припинення такої особи, доведення до банкрутства або недостатності майна в результаті дій його засновників (учасників, акціонерів), які мають право давати обов'язкові для відповідача вказівки, правонаступники відповідача, засновники (учасники, акціонери), що входять до групи, яка визнається суб'єктом господарювання відповідно до статті 1 цього Закону і до якої на момент вчинення правопорушення входила особа, на яку органами Комітету було накладено штраф, солідарно несуть субсидіарну відповідальність щодо сплати накладеного органами Комітету штрафу.

Ці новели є позитивним кроком для забезпечення реального стягнення накладених штрафів, проте їх практичне застосування вимагає суворого дотримання базових норм статей 541, 542, 543, 619 ЦК України та наявності належної доказової бази, що б унеможливило б вільне трактування норм Закону для притягнення по суті третіх осіб до відповідальності за формальними ознаками без належних реальних підстав.

В цілому представлений проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 5431 від 27.04.2021 р. містить достатньо багато корисних новел в сфері правового забезпечення захисту економічної конкуренції, хоча і залишає поза увагою ряд існуючих проблем та прогалин в цій сфері правового регулювання.

Список використаних джерел:

1. Полюхович В. Перспективи вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції (з практики законотворення). *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 10. С. 51-60.
2. Полюхович В. Щодо окремих законодавчих пропозицій до Закону України «Про захист економічної конкуренції». *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 12. С. 75-79.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України: Проект Закону України № 5431 від 27.04.2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71771;
4. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 року № 3659-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*, 1993, № 50, ст.472;
5. Про захист економічної конкуренції: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*, 2001, № 12, ст. 64.

*ПОПОВА Анастасія,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри господарського права та господарського
процесу Інституту права Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка*

ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН НА РИНКАХ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

Недосконалість законодавчого регулювання ринків небанківських фінансових послуг (далі – НФП), незначна кількість теоретичних досліджень і, як наслідок, недостатня розробленість проблематики господарських правовідносин на цих ринках характеризують безумовну актуальність цих тез. З огляду на це, вважаємо доцільним проаналізувати окремі теоретичні аспекти господарських правовідносин на ринках НФП, зокрема їх поняття і ознаки.

Складний зміст фінансової діяльності суб'єктів господарювання найбільше проявляється в аналізі господарських правовідносин на ринках НФП. З одного боку суб'єкти господарювання надають НФП, тобто здійснюють професійну фінансову діяльність, а з іншого суб'єкти господарювання та інші учасники господарських відносин виступають клієнтами, у тому числі споживачами НФП.

Узявши за основу господарсько-правові дослідження О.А. Беяневич, О.М. Вінник, О.П. Віхрова, Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини та інших науковців видається можливим встановити наявність у відносинах на ринках НФП таких ознак господарських правовідносин:

1. Сфера здійснення – економіка держави, зокрема ринки НФП, які згідно з чинним законодавством включають ринок послуг із залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; ринок послуг з фінансового лізингу; ринок послуг з надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту; ринок послуг з надання гарантій; ринок страхових послуг; ринок послуг з адміністрування недержавних пенсійних фондів; ринки капіталу; ринок послуг з факторингу; ринок фінансових платіжних послуг; ринок послуг з торгівлі валютними цінностями.

2. Особливий (обмежений) суб'єктний склад. Аналіз чинного законодавства України дозволяє виділити такі групи учасників ринку НФП: 1) особи, які відповідно до закону мають право надавати фінансові послуги на території України; 2) особи, які провадять діяльність з надання посередницьких послуг на ринках НФП; 3) об'єднання фінансових установ, включені до реєстру саморегульованих організацій, що ведеться органами, які

здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг; 4) клієнти; 5) інші учасники ринків НФП, які можуть визначатися такими законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг [1, ст. 1].

Особливий суб'єктний склад господарських правовідносин на ринках НФП представляють спеціальні суб'єкти господарювання - професійні учасники ринків НФП, тобто фінансові установи, фізичні особи – підприємці та юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами [2].

3. Поєднання двох елементів – організаційного і майнового. Зокрема, таке поєднання проявляється під час створення професійного учасника ринків НФП (укладення засновницького договору, державна реєстрація професійного учасника ринків НФП, отримання ліцензії на відповідний вид професійної фінансової діяльності). При цьому професійні учасники ринків НФП повинні сформувати необхідну майнову базу для здійснення своєї господарської діяльності, зокрема: дотриматися вимог, визначених законодавством, до складу (переважно у грошовій формі) і мінімального розміру статутного капіталу, власного капіталу тощо. Поєднання майнових і організаційних елементів можна також проаналізувати на прикладі договорів про надання НФП.

4. Особливий об'єкт господарських правовідносин на ринках НФП. У загальній теорії питання визначення об'єкту правовідносин залишається одним із найбільш дискусійних. Численні теорії об'єкту правовідносин поділяються на дві групи: моністичний підхід – єдність об'єкта правовідносин і плюралістичний підхід – множинність об'єктів правовідносин. Підтримуючи позицію прихильників моністичного підходу до розуміння об'єкту правовідносин, пропонуємо виділяти *загальний об'єкт господарських правовідносин на ринках НФП* – фактичне господарське відношення щодо надання НФП *та спеціальний об'єкт* – фінансовий продукт, у тому числі фінансові активи.

5. Метою встановлення господарських правовідносин на ринках НФП є задоволення інтересів учасників зазначених відносин: на ринках НФП одні суб'єкти зацікавлені в отриманні певного фінансового активу, інші мають надлишок і зацікавлені в обміні на інший, у свою чергу, професійні учасники ринків НФП задовольняють потреби таких суб'єктів шляхом надання відповідних фінансових послуг, при цьому задовольняють власний інтерес в отриманні прибутку чи збереженні реальної вартості фінансових активів. Інтерес органів, які здійснюють державне регулювання ринків НФП, полягає у забезпеченні сприятливих умов для реалізації своїх прав учасниками ринків НФП, захисті прав споживачів НФП, запобіганні кризовим явищам тощо.

6. Зміст та економічна сутність господарських правовідносин на ринках НФП. Особлива форма взаємозв'язку між учасниками господарських правовідносин на ринках НФП полягає в наявності у кожного з них суб'єктивних прав і обов'язків. Економічна сутність господарських правовідносин на ринках НФП полягає у перерозподілі фінансових активів

між фізичними та/або юридичними особами, що відбувається в результаті здійснення спеціальними суб'єктами господарювання професійної фінансової діяльності.

7. Значний ступінь державного регулювання та саморегулювання забезпечується органами, які здійснюють державне регулювання ринків НФП та саморегулювними організаціями. Згідно з чинним законодавством до органів, які здійснюють державне регулювання ринків НФП, належать: 1) Національний банк України (зокрема, щодо ринків небанківських фінансових послуг); 2) Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (щодо ринків капіталу та організованих товарних ринків);

8. Господарські правовідносини на ринках НФП мають свідомо-вольовий характер, тобто, по-перше, виникають на основі господарсько-правових норм законодавства про ринки фінансових послуг, що є результатом свідомо-вольової діяльності людей (правотворчих органів), по-друге, учасники господарських правовідносин на ринках НФП реалізують свої права і обов'язки через власні вольові, свідомі дії.

Господарські правовідносини на ринках НФП можна класифікувати за різними критеріями.

Так, за *характером правовідносин*:

- відносини з безпосереднього здійснення професійної фінансової діяльності (надання небанківських фінансових послуг); - відносини з організації професійної фінансової діяльності (державна реєстрація, ліцензування господарської діяльності з надання НФП тощо).

Між учасниками господарських правовідносин на ринках НФП можуть виникати як вертикальні, так і горизонтальні відносини (*за взаємним становищем сторін*): - горизонтальні, учасники яких рівноправні – зокрема, спеціальні суб'єкти господарювання надають НФП третім особам, виступаючи при цьому рівноправними учасниками відносин, що виникають у процесі здійснення професійної фінансової діяльності; - вертикальні – виникають між суб'єктами організаційно-господарських повноважень та професійними учасниками ринків НФП, зокрема: відносини між органами державної влади, наділеними господарською компетенцією, щодо державної реєстрації, ліцензування професійних учасників ринків НФП; відносини між засновником і професійним учасником ринків НФП щодо створення, визначення напрямів і основних видів господарської діяльності останнього тощо.

За *сферою виникнення та дії* господарські правовідносини на ринках НФП можна поділити на:

- внутрішні – внутрішньогосподарські відносини на ринках НФП виникають між спеціальним суб'єктом господарювання та його структурними підрозділами, між структурними підрозділами одного спеціального суб'єкта господарювання (наприклад, відносини щодо організації та здійснення валютних операцій структурними підрозділами небанківських фінансових установ); - зовнішні – зовнішньогосподарські

відносини на ринках НФП складаються між самостійними суб'єктами господарювання, що здійснюють професійну фінансову діяльність, наприклад, з договорів про надання НФП.

За сферами (ринками) здійснення професійної фінансової діяльності, можна виділити такі господарські правовідносини на ринках НФП: на ринку послуг з фінансового лізингу, ринку послуг з надання гарантій, на ринку страхових послуг, ринку послуг з факторингу тощо.

Отже, узагальнюючи вищезазначене, можна зробити висновок, що господарські правовідносини на ринках НФП – це врегульовані господарсько-правовими нормами законодавства про ринки фінансових послуг суспільні відносини, що виникають у сфері економіки між спеціальними суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин на ринках НФП щодо організації та здійснення професійної фінансової діяльності [3].

Список використаних джерел:

1. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002, № 1, ст. 1.

2. Попова А.В. Система суб'єктів професійної фінансової діяльності. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2016. №1 (102). С. 37-42.

3. Попова А.В. Поняття, ознаки та види господарських правовідносин на ринках небанківських фінансових послуг. *Право України*. 2019. №8. С. 181-195.

ПОХИЛЕНКО Ірина,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри політичних наук і права Київського національного університету будівництва і архітектури

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА КРИЗЬ ПРИЗМУ ДЕСЯТИЛІТЬ

У сучасному науковому житті України набуває все більшої актуальності дослідження у сфері теоретичних та практичних проблем сучасного господарського права та господарського процесуального права, проблем комерційного права Центральної та Східної Європи. Підтвердженням цього є інтерес до цієї проблематики, не лише науковців України, а й світу. Тому не випадково Міжнародна науково-практична конференція «Перші наукові читання пам'яті професора Пронської Граціелли Василівни», відбуватиметься в стінах Київського національного

університету імені Тараса Шевченка. В цьому є певна закономірність, адже доктринальні положення розроблені Пронською Г.В. стали частиною київської школи господарського права. Починаючи з 1973 року вона працює на кафедрі цивільного та господарського права, а з вересня 1976 року – на кафедрі господарського права, протягом десяти років (1988-1998) була завідувачем кафедри господарського права, а з 1999 по 2004 роки – професором кафедри господарського права на якій я також працювала лаборантом.

Для багатьох, ім'я Грацієлли Василівни Пронської - одне з самих яскравих і авторитетних у вітчизняній науці господарського права. Глибокий і тонкий дослідник, блискучий лектор, мудрий педагог, неординарна особистість, майже 30 років її життя були нерозривно пов'язана з кафедрою господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка [1, с.5]. Проте, для мене, це була людина, яка відкрила світ господарського права, заронивши зернятко знань в мою душу, конспект лекцій якої, я й досі зберігаю як найціннішу пам'ять. Саме завдяки їй, мій вогник цікавості до науки господарське право став палаючим багаттям на довгі роки та справою життя. Пам'ятаю свою першу наукову статтю «Особливості правового регулювання діяльності малих підприємств» [2], виконану під керівництвом Пронської Г.В. та опубліковану у Віснику Київського національного університету імені Тараса Шевченка, скільки я тоді доклала зусиль та почула мудрих порад наукового керівника, завдяки чому робота побачила світ. Ця тема мене настільки захопила, що згодом трансформувалась у магістерську роботу, а ще через деякий час у дисертаційне дослідження [3].

Говорячи про мале підприємництво в умовах сьогодення, то його правовому регулюванню притаманна певна періодизація, зокрема:

І період: 1990-1994 роки – початок формування державної політики підтримки малого підприємництва, прийняття Радою міністрів Української РСР Постанови від 22.09.1990 р. № 278 «Про заходи по створенню та розвитку малих підприємств». Відповідно до якої було запроваджено категорію малих підприємств, до них, зокрема, належали новостворювані та діючі підприємства: у промисловості та будівництві - з чисельністю працюючих до 200 чоловік; в інших галузях виробничої сфери – з чисельністю працюючих до 50 чоловік; у науці та науковому обслуговуванні – чисельністю працюючих до 100 чоловік; у галузях невиробничої сфери – з чисельністю працюючих до 25 чоловік; у роздрібній торгівлі – з чисельністю працюючих до 15 чоловік. Підприємства, що здійснювали декілька видів господарської діяльності (багатопрофільні), належали до малих за критеріями того виду діяльності, який займає найбільшу частку в обсязі реалізації продукції (робіт, послуг). Також цей етап знаменується прийняттям Верховною Радою України Законів «Про підприємництво» та «Про підприємства в Україні», утворенням Державного комітету УРСР з

сприяння малим підприємствам і підприємництву та схваленням Урядом Програми державної підтримки підприємництва в Україні;

II період: 1995-1997 роки – період реформування системи державної підтримки підприємництва, схвалення Кабінетом Міністрів Концепції Державної політики розвитку малого підприємництва, конституційне закріплення свободи підприємництва та затвердження Урядом Програми розвитку малого підприємництва на 1997-1998 роки;

III період: з 1998-2011 роки – визнання на рівні державної політики необхідності зменшення державного втручання у підприємницьку діяльність, введення спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва, прийняття Верховною Радою України Законів «Про державну підтримку малого підприємництва» та «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні», Господарського та Цивільного кодексів України;

IV період: з 2012 року і по теперішній час – Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні», який детально визначив органи, що забезпечують розвиток малого і середнього підприємництва та їх повноваження, в тому числі повноваження спеціально уповноваженого органу у сфері розвитку малого і середнього підприємництва, а також інфраструктуру підтримки малого і середнього підприємництва. Закони України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» та «Про засади державної регіональної політики», Указ Президента України «Про стратегію сталого розвитку “Україна-2020», постанова Верховної Ради України «Про рекомендації парламентських слухань на тему: «Розвиток підприємництва в Україні та підтримка малого та середнього бізнесу», розпорядження Кабінету Міністрів «Про затвердження плану дій щодо імплементації кращих практик якісного та ефективного регулювання, відображених Групою Світового банку у методології «Ведення бізнесу».

Підсумовуючи викладене, слід відмітити, що сучасний стан малого підприємництва в Україні не задовольняє суспільні потреби, не дивлячись на наявність позитивних тенденцій розвитку в цій сфері за всі ці роки. Україна потребує подальшого вдосконалення не лише законодавчого регулювання правового становища суб'єктів малого підприємництва, а й суб'єктів господарського права в цілому. Хоча, дослідження теоретичних та практичних проблем сучасного стану господарського права стали помітно ґрунтовнішими, проте, сподіваюсь, що Міжнародна науково-практична конференція «Перші наукові читання пам'яті професора Пронської Граціелли Василівни», буде потужним поштовхом до вирішення проблем сучасного стану господарського права та господарського процесуального права, проблем комерційного права Центральної та Східної Європи.

Список використаних джерел:

1. Пронська Г.В. Вибране.-К.: Освіта України, 2013. – 696 с.
2. Похиленко І.С., Пронська Г.В. Особливості правового регулювання діяльності малих підприємств. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка (юридичні науки)*.2003. № 49. С. 43-44
3. Похиленко І. С. Організаційно-правові форми суб'єктів малого підприємництва : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. К., 2009. 18 с.

ПРОКОПЮК Анастасія,

аспірантка кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИДИ КОРПОРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В АКЦІОНЕРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Для належного розуміння інституту юридичної відповідальності в корпоративних відносинах необхідно чітко визначити види корпоративної відповідальності в акціонерних правовідносинах.

Виділяють наступні основні критерії класифікації корпоративної відповідальності в акціонерних правовідносинах.

1. Залежно від учасників корпоративних правовідносин виділяють:

- відповідальність керівників та інших осіб перед юридичною особою, його учасниками і власником майна юридичної особи за заподіяння збитків;
- відповідальність юридичної особи, її учасників та інших осіб перед кредиторами за зобов'язаннями юридичної особи;
- відповідальність засновників та учасників юридичної особи (акціонерів) перед юридичною особою і перед іншими учасниками.

До перерахованих основних видів відповідальності в корпоративних відносинах Іонцев М.Г. додає відповідальність осіб, які підписали проспект емісії цінних паперів акціонерного товариства і відповідальність акціонерного товариства за шкоду, заподіяну інвестору, внаслідок включення до проспекту емісії цінних паперів недостовірної та (або) оманливої інформації [1].

Молотніков О.Є. вважає зазначений підхід звуженим і пропонує доповнити коло суб'єктів корпоративної відповідальності особами, які не здійснюють управління акціонерним товариством і не є посадовими особами, зокрема: члени реєстраційної та лічильної комісії, аудитор, особа, яка виконує або тимчасово виконує функції одноособового виконавчого органу, члени ліквідаційної комісії [2].

2. Залежно від галузевої приналежності норм права, що визначають підстави корпоративної відповідальності. Галузевий принцип відповідає системі юридичної відповідальності.

Так, у зв'язку з особливим характером акціонерних правовідносин до галузевих видів норм, що передбачають відповідальність в акціонерних відносинах відносяться: цивільно-правова, господарсько-правова, кримінальна, адміністративна, трудова (дисциплінарна), соціальна.

3. Відповідно до публічно-правових та приватно-правових засад у праві.

Розглядаючи даний критерій класифікації, слід враховувати наявні сучасні тенденції, що свідчать про посилення ролі публічного права в суспільному житті. Губін Є.П., Ляхно П.Г., Вінник О.М., Щербина В.С. та інші підкреслюють, що особливість підприємницької діяльності полягає в тому, що вона являє собою сферу взаємодії приватних і публічних інтересів, у зв'язку з чим її регулювання здійснюється з використанням публічно-правових та приватноправових засобів. Тому в даний час не можна віднести ту чи іншу галузь права тільки до приватного або тільки до публічного права.

4. Залежно від різних етапів становлення і функціонування акціонерного товариства виділяють:

- відповідальність, що виникає у зв'язку з діяльністю, спрямованою на створення акціонерного товариства;

- відповідальність, що виникає у зв'язку з розміщенням цінних паперів товариства (відповідальність товариства, засновників, осіб, які підписали проспект емісії);

- відповідальність, що виникає як наслідок прийнятих рішень органами управління товариства в процесі здійснення діяльності товариства;

- відповідальність, що виникає при ліквідації товариства (наприклад, субсидіарна відповідальність акціонерів, пов'язаних осіб банку при неспроможності (банкрутстві) товариства)[2].

5. За підставами виникнення відповідальності, зумовленими порушенням договору або заподіянням шкоди відповідальність поділяють на договірну і недоговірну (деліктну) відповідальність.

Зазначена класифікація має як теоретичне, так і практичне значення. Форми і розмір недоговірної відповідальності встановлюються тільки законом, а форми і розмір договірної відповідальності визначаються як законом, так і умовами укладеного договору[3][4], що дозволяє визначити співвідношення договірної та недоговірної відповідальності, зокрема посадових осіб акціонерного товариства, акціонерів, що уклали корпоративний договір тощо.

6. Залежно від характеру несприятливих наслідків корпоративна відповідальність зумовлює наслідки:

- особистого характеру (відсторонення від посади, дострокове припинення повноважень, заборона обіймати певні посади протягом встановленого законом строку);

- майнового характеру (штрафні санкції, відшкодування збитків).

7. За ступенем впливу на процес управління акціонерним товариством виділяють відповідальність за волю (вказівки, розпорядження) та за дії (бездіяльність).

При цьому, Тарасов І.Т. зазначав, що дії, за які настає відповідальність, поділяються на два різновиди:

- дії і розпорядження органів управління та контролю, які не порушують меж їх компетенції;

- дії органів управління і контролю, які виходять за межі їх компетенції, у формі суб'єктивної дії, знеособленої посадовою формою, або ж виконання незаконного розпорядження [5].

Взявши за основу поділ процесу корпоративного управління на етапи: вироблення рішення, прийняття рішення і перевірка його виконання [6], Молотников О.Є. виділяє:

- відповідальність, підстави якої виникли на стадії вироблення рішення (наприклад, генеральний директор відмовляється надати акціонеру інформацію, яка підлягає наданню особам, які мають право на участь у загальних зборах акціонерів, при підготовці до проведення загальних зборів акціонерів товариства);

- відповідальність, підстави якої виникли на стадії прийняття рішення (наприклад, наглядова рада своїм рішенням затвердила проспект емісії акцій, який містив завідомо недостовірну інформацію);

- відповідальність, підстави якої виникли на стадії перевірки виконання рішення (члени наглядової ради, які не проконтролювали виконання генеральним директором відповідного рішення наглядової ради, наприклад, про створення філії товариства)[2].

8. Залежно від підстав виникнення та меж відповідальність можна поділити на повну і часткову, солідарну та субсидіарну.

Повна відповідальність передбачена законодавцем у вигляді принципу повного відшкодування збитків (ст. 22, 1166 Цивільного кодексу України), який покликаний виконати дві функції: компенсаційну, яка забезпечує відновлення порушених прав, та виховну шляхом майнового впливу на учасників відносин [7].

Часткова відповідальність застосовується тоді, коли законодавством або договором не передбачена повна солідарна або субсидіарна відповідальність.

Солідарна відповідальність широко застосовується в акціонерних правовідносинах, зокрема:

- відповідальність осіб, які здійснюють управління акціонерним товариством за збитки, завдані товариству своїми діями (бездіяльністю) (ст. 63 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність засновників за пов'язаними з заснуванням акціонерного товариства зобов'язаннями, що виникли до його державної реєстрації (ч. 1 ст. 12 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність акціонера та члена наглядової ради, який є його представником за відшкодування збитків, завданих акціонерному товариству таким членом наглядової ради (ч. 8 ст. 53 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність власників домінуючого контрольного пакета за належне виконання ними обов'язку щодо придбання акцій акціонерного товариства на вимогу акціонерів відповідно до процедури sell-out, передбаченої ст. 65-3 Закону України «Про акціонерні товариства» (ч. 8 ст. 65-3 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність особи, яка порушила вимоги Закону України «Про акціонерні товариства», заінтересованої у вчиненні акціонерним товариством правочину із заінтересованістю, а також членів наглядової ради товариства, які проголосували за надання згоди на вчинення такого правочину (у разі надання наглядовою радою згоди на вчинення правочину) за шкоду, заподіяну товариству правочином, вчиненим з порушенням статті 71 Закону України «Про акціонерні товариства» (ч. 11, 12 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність за зобов'язаннями перед кредиторами правонаступників та товариства, з якого був здійснений виділ, якщо розподільчий баланс або передавальний акт не дає можливості визначити до кого з правонаступників перейшло зобов'язання або чи залишилося за ним зобов'язаним товариство, з якого був здійснений виділ (ч. 2 ст. 82 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність материнської компанії за угодами дочірньої, укладеними на виконання вказівок материнської компанії;

- відповідальність двох і більше акціонерних товариств- правонаступників за зобов'язаннями акціонерного товариства, діяльність якого припиняється шляхом поділу, що виникли до поділу та перейшли до іншого акціонерного товариства- правонаступника (ч. 5 ст. 85 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- відповідальність товариств, що виділилися, за зобов'язаннями разом з товариством, з якого здійснено виділ, якщо майна товариства недостатньо для відшкодування збитків (ч. 5 ст. 86 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Субсидіарна відповідальність в акціонерних правовідносинах застосовується щодо відповідальності:

- осіб, які підписали проспект емісії цінних паперів;

- товариства- правонаступника за зобов'язаннями акціонерного товариства, діяльність якого припиняється шляхом поділу, що виникли до поділу та перейшли до іншого акціонерного товариства- правонаступника (ч. 5 ст. 85, Закону України «Про акціонерні товариства»);

- акціонерного товариства, з якого здійснюється виділ, за зобов'язаннями, які перейшли до товариства, що виділилося, згідно з розподільним балансом, та товариства, що виділилося, за зобов'язаннями, які

виникли у товариства, з якого здійснюється виділ, перед виділом, але не перейшли до товариства, що виділилося. (ч. 5 ст. 86 Закону України «Про акціонерні товариства»);

- акціонерів за зобов'язаннями товариства, якщо неспроможність (банкрутство) акціонерного товариства викликана їх діями (бездіяльністю).

9. За формами контролю в акціонерному товаристві виділяють відповідальність:

- акціонерів;
- осіб, що здійснюють управління акціонерним товариством;
- пов'язаних осіб;
- материнської компанії.

Список використаних джерел:

1. Ионцев М.Г. Акционерные общества: Правовые основы. Имущественные отношения. Управление и контроль. Защита прав акционеров. М.: Ось-89, 2006. С. 91.

2. Молотников А.Е. Ответственность в акционерных обществах. Москва: Волтерс Клувер. 2006. С. 27, 29, 33

3. Гражданское право: в 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. / отв. ред. Е. А. Суханов. – М., 2007. – С. 434.

4. Гражданское право: Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М.: ТЕИС, 1996. Ч. I. С. 485.

5. Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. М.: Статут, 2000. С. 536-537.

6. Могилевский С. Д. Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект: автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.03 / С. Д. Могилевский. – М., 2001. – С. 162.

7. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 103.

РУДКОВСЬКИЙ Андрій,

аспірант кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЕЛЕКТРОННИЙ СУД : ПЕРСПЕКТИВИ ТА ПЕРЕВАГИ

Станом на сьогодні в умовах міжнародної кризи спричиненої COVID-19, світова спільнота змушена вживати максимально ефективні заходи стосовно обмеження та максимального блокування щодо поширення даної хвороби у всьому світі. За останній рік було вжито ряд змін у всьому світі у

різних сферах послуг. Країни почали переходити на режими ізоляції та фактично було призупинено різні виробничі процеси. Але є певні категорії органів що не можуть призупинити свою роботу навіть у такий час, це заклади освіти, лікарні фактично все що пов'язано з наданням необхідних та важливих послуг, до цієї категорії безперечно входить і судова система.

Так член Вищої ради правосуддя Швецова Л.А., доцільно зазначила що: «В умовах кризової ситуації, спричиненої пандемією коронавірусної інфекції COVID-19, саме суди, як ніхто інший, відчули важливість ролі дистанційного правосуддя. Незважаючи на впровадження карантинних умов, українські суди не припиняють своєї роботи та продовжують працювати. Хочу підкреслити, що право особи на судовий захист, гарантоване Конституцією України, не може бути обмежене навіть в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Вимушені обмеження, що були так само застосовані і у всьому світі, змусили мобілізувати зусилля задля забезпечення належного та ефективного відправлення правосуддя» [1].

Тобто, у короткий час було запроваджено ряд заходів щодо надання своєчасного права на судовий захист без обмеження конституційних прав людини. Вирішенням даної проблеми стала система e-court (електронний суд). У межах вітчизняної наукової літератури така форма судочинства називається «електронне судочинство» (або електронний суд): «У широкому сенсі під e-justice розуміють не тільки, власне, електронне судочинство, але й усі супутні судочинству процеси, зокрема організацію діяльності суду, не пов'язану з відправленням правосуддя. Як правило, елементами e-justice є:

- 1) подача позову та іншого процесуального документа за допомогою інтернету;
- 2) використання засобів доказування в електронній формі;
- 3) проведення судового засідання онлайн через відеоконференції на платформах Meet і Zoom, пересилку e-mail;
- 4) формування електронного дос'є, а значить і перенесення документообігу й діловодства в електронну форму;
- 5) доступ до матеріалів справи учасникам процесу та іншим особам через інтернет;
- 6) використання електронних судових повісток;
- 7) здійснення всього судочинства винятково за допомогою інтернету – електронний суд або cybercourt, e-court [2. с.234].

Під час VIII Міжнародного судового-правового форуму було розглянуто питання щодо теми «Правосуддя онлайн».

Де було розглянуто ряд питань :

- «Електронний суд»- очікування та реальність;
- Як впроваджується ЄСІТС;
- Карантинні виклики українського правосуддя; досвід дистанційних судових слухань.

Заступником голови Державної судової адміністрації України було Чорнуцьким С.П., стосовно питання Електронного суду було зазначено

наступне: «Сьогодні він функціонує у базовому технічному функціоналі. До нього підключені всі місцеві загальні суди, долучений Касаційний адміністративний та Касаційний господарський суди у складі ВС, а сама система на початку 2020 року була доопрацьована з урахуванням зауважень і побажань користувачів, вийшло основне оновлення, було виправлено всі проблемні моменти і з 1 червня 2020 року «Електронний суд» працює вже у дослідній експлуатації.»

Було приведено статистику що іншим онлайн сервісом який було швидко пристосовано у ситуації з карантинними обмеженнями став «онлайн зв'язок поза межами судів». Всього за чотири місяці обмежень за допомогою цього сервісу було проведено більше 20 тисяч судових засідань поза межами суду, а всього в ньому зареєстровано близько 14 тисяч користувачів. За головну мету зазначено що все це впроваджується за для забезпечення всебічного і повного доступу громадян до правосуддя, а також задля оптимізації роботи судів, суддів та інших представників правничих професій [3].

Таким чином можна зазначити що система працює і досить ефективно, оскільки заощадує час усіх сторін процесу та й загалом робить питання стосовно кореспонденції набагато простіше. Однак є і ряд недоліків стосовно повноцінного функціонування даного нововведення. Потрібно витратити чимало коштів на підтримку серверів, електронних баз та загального навантаження на систему. На практиці чимало випадків стосовно збоїв у роботі програми які у свою чергу може сповільнити процес суттєво. Необхідно надавати доволі потужні комп'ютерні пристрої за для швидкого опрацювання та більш швидку лінію мережі інтернету яка повинна бути ще й захищена від небезпечних вірусів та можливих атак на судову систему.

У Законі України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що питання реалізації електронного правосуддя покладено на Державну судову адміністрацію України. Нині визначено, що електронний суд є підсистемою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ЄСІТС), роботу якої забезпечує Державне підприємство «Інформаційні судові системи». Згідно з наказом ДСА України від 22 грудня 2018 року № 628 «Про проведення тестування підсистеми «Електронний суд» у місцевих та апеляційних судах» з 22 грудня 2018 року в усіх місцевих й апеляційних судах розпочалася експлуатація підсистеми «Електронний суд» у тестовому режимі. У п. 2 цього наказу передбачено, що в період тестової експлуатації підсистеми «Електронний суд» судам необхідно керуватися вимогами Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженого рішенням Ради суддів України від 26 листопада 2010 року № 30 (у редакції рішення Ради суддів України від 2 березня 2018 року № 17 зі змінами) [4].

Також про переваги наголошується що у податкових та господарських справах, для формування позовних матеріалів потрібно здійснити сканування первинних чи інших «паперових» документів, аби потім

направити до суду їх електронні копії. Певні види документів вже складені в електронній формі, наприклад, мова йде про податкові накладні чи про акти наданих послуг (виконаних робіт), що вже досить тривалий час складаються в електронній формі в силу вимог закону чи зручності документообороту компанії-контрагентів. Таким чином, якщо компанія-позивач вже має документи, складені в електронній формі, її звернення до суду в е-формі є найбільш зручним способом, що, перш за все, стане економією ресурсів компанії та часу, пов'язаних із «видрукуванням» паперових примірників електронних документів [5].

Таким чином, відбувається економія як і звичайних ресурсів стосовно використання паперу, канцелярських приладів найголовніше у цьому що все це зменшує витрату часу для усіх сторін процесу. Оскільки у разі надсилання інформації у електронному режимі онлайн це пришвидшує сам процес та його вирішення в майбутньому яке необхідно для обох сторін максимально швидко. Також для кращого та безпечного гарантування щодо збереження інформації та чіткого фіксування щодо строків у процесі бажано звернути увагу до технології Блокчейн. Дана технологія допоможе утворити надійний реєстр стосовно архівації документів та ніяким чином не дозволити вносити зміни до відомостей котрі збережені та мають конфіденційну інформацію тільки для учасників процесу. Все це у майбутньому зменшить кількість зайвих процесів та процедура подачі документу до суду стане прозорою та без зайвих факторів що можуть вплинути на затримку поштовим зв'язком чи людським фактором.

Список використаних джерел:

1. URL: <https://hcj.gov.ua/news/oglyad-zmi-elektronnyy-sud-perenesty-nemozhlyvo-vprovadyty>
2. Васильєв С. В. Цивільний процес : підручник. Київ : Алерта, 2019. 506 с.
3. URL: <http://rsu.gov.ua/ua/news/view/egor-krasnov-elektronnij-sud-potrebe-ne-lise-tehnologichnogo-vdoskonalenna-a-j-pravovogo>
4. Рудюк В.С. Діджиталізація в сучасному судочинстві. Філософські та методологічні проблеми права 2020. № 2 (20). URL: <https://philosophy.naiu.kiev.ua/index.php/philosophy/article/download/1326/1328/>
5. URL: <https://www.ebskiev.com/uk/elektronnij-sud-v-ukrayini-vimoga-chasu-ta-obstavin/>

РАДЗИВІЛЮК Валерія,

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО УНОРМУВАННЯ ПРОЦЕДУРИ БАНКРУТСТВА ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ БОРЖНИКІВ

Включення у національне законодавство норм, що регламентують відносини, пов'язані з неплатоспроможністю (банкрутством) окремих категорій боржників, які мають статус юридичної особи відповідає загальносвітовим тенденціям розвитку законодавства про банкрутство (неспроможність), конкурсного законодавства. Тому створення оптимального, ефективного механізму правового регулювання відносин банкрутства за участю боржників, що мають особливе правове становище є вельми актуальним у цей час, як з точки зору вирішення завдань макроекономічних, до яких слід віднести забезпечення стабільності та сталого росту національної економіки конкретної країни, так і завдань, що знаходяться у площині мікроекономіки, зокрема, створення механізмів, спрямованих на: збереження життєздатних боржників; ефективний розподіл активів боржника між його кредиторами, захист інтересів певних категорій суб'єктів при неплатоспроможності (банкрутстві) боржника тощо.

Диференційований підхід до суб'єктів, які мають особливий правовий статус, особливості сфери та виду діяльності, що ними здійснюється, вимагає дотримуватися при унормуванні відносин пов'язаних з їх неплатоспроможністю (банкрутством), як це прийнято в законодавстві про банкрутство (неспроможність), конкурсному законодавстві зарубіжних країн, специфічних правил. Наявність таких правил, сприяє збереженню балансу інтересів сторін, так як загальні провила, в силу особливостей цих боржників не здатні в достатній мірі забезпечити права та інтереси не тільки кредиторів та боржника, але й суспільства в цілому [1, с.69-70].

Відтак, значним поступом вперед у правовому регулюванні відносин банкрутства у законодавстві України стало введення другою редакцією [2] Закону «Про банкрутство» [3] норм, що визначали особливості банкрутства окремих категорій суб'єктів підприємницької діяльності, до яких були віднесені і страховики. Поява таких законодавчих положень була обумовлена, перш за все, специфікою діяльності даних категорій боржників, які покликані захищати майнові інтереси величезної кількості клієнтів - страхувальників, особливостями правового режиму їх майнового комплексу, його складових та своєрідністю тих послуг, які вони надають.

Приписи, пов'язані з особливостями банкрутства страховиків містяться у ст. 92 розділу VII Кодексу України з процедур банкрутства [4] (далі – КУЗПБ) та по суті, є аналогічними тим, що існували в останній редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [5]. Положення названого розділу та відповідно його статті 91, 92 встановлюють спеціальні правила, а інші норми КУЗПБ належать субсидіарному застосуванню.

Особливості вітчизняної правової регламентації даного виду відносин банкрутства характеризуються тим, що правом на звернення до господарського суду з заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство страховика крім осіб зазначених ч.2 ст.8 КУЗПБ (а саме боржника та кредиторів), наділений також спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю - Національний банк України (далі – НБУ), правове становище якого визначено Законом України «Про Національний банк України» [6].

НБУ у відповідності до норми 8¹) ст.6 Закону України «Про Національний банк України» здійснює державне регулювання та нагляд на ринках небанківських фінансових послуг за діяльністю небанківських фінансових установ та інших осіб, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги в межах, визначених Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та іншими законами України. Також повноваження цього спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю визначені Розділом X та іншими нормами Закону України «Про Національний банк України» та Розділом V Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [7].

З огляду на специфіку страхових відносин на ринку небанківських фінансових послуг, що в свою чергу обумовлює значні особливості правового регулювання відносин банкрутства за участю страховиків-боржників (банкрутів), вважаємо за необхідне визначити в КУЗПБ права та обов'язки НБУ, як органу, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, характер його відносини з арбітражним керуючим, боржником, кредиторами та господарським судом.

З тексту частин 1, 2 ст.92 КУЗПБ не випливає, що право на звернення до господарського суду з заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство страховика мають і інші особи, які за логікою законодавства про страхову діяльність мають бути їм наділені.

З метою посилення ефективності правового регулювання відносин банкрутства, в яких страховики виступають боржниками (банкрутами) та відповідно судових процедур, що до них застосовуються доцільно розширити коло осіб, котрі можуть звертатися до господарського суду з заявою про відкриття справи про банкрутство страховика за рахунок об'єднань страховиків, метою створення яких є, у тому числі, захист інтересів

своїх членів, здійснення спільних програм тощо (ч.1 ст. 13 Закону України «Про страхування») [8].

До такого учасника відносин у сфері банкрутства як арбітражний керуючий нормою ч.1 ст.92 КУзПБ встановлено додаткові кваліфікаційні вимоги для участі у провадженні у справі про банкрутство страховика. Арбітражний керуючий має скласти іспит за програмою підготовки арбітражних керуючих у справах про банкрутство страхових організацій, за правилами, встановленими розділом V Положення про систему підготовки і перепідготовки осіб, які мають намір здійснювати діяльність арбітражного керуючого, підвищення кваліфікації та перепідготовки арбітражних керуючих, їх підготовки у справах про банкрутство страхових організацій [9].

Привертає до себе увагу, та обставина, що у ст.92 КУзПБ повністю відсутні положення, якими б унормовувались особливості, що мають полягати в покладенні на арбітражного керуючого обов'язку щодо здійснення у визначеній у КУзПБ термін повідомлення про відкриття провадження у справі про банкрутство страховика та введення щодо нього відповідної процедури банкрутства НБУ у випадках, якщо зазначений орган не ініціювали судового провадження у справі про банкрутство страховика.

КУзПБ передбачена можливість застосування до страховиків – боржників такої процедури банкрутства як санація. Специфіка діяльності страхових організацій у сфері господарювання обумовили особливу увагу законодавця до такого заходу відновлення платоспроможності боржника як продаж у процедурі санації майна боржника як єдиного майнового комплексу, який здійснюється за правилами, що містяться у Розділі V КУзПБ (ст.54, ч.3 ст.92).

КУзПБ встановлено, що покупцем єдиного майнового комплексу страховика, що використовується для здійснення страхової діяльності, може бути тільки страховик (ч.4 ст.92), у такому разі слід законодавче закріпити, що продаж у процедурі санації майна боржника як єдиного майнового комплексу має проводитися шляхом проведення закритих торгів. Це безпосередньо пов'язано зі сферою діяльності покупця та законодавче визначеними вимогами, що до нього пред'являються, зокрема, наявність ліцензії (ліцензій) на здійснення того чи іншого виду страхування, володіння майном спеціального призначення у передбаченому законом обсязі тощо.

При застосування названого заходу відновлення платоспроможності страховика-боржника до покупця переходять всі права та обов'язки за договорами страхування, за якими на дату продажу майна страховика страховий випадок не настав (ч.5 ст.92 КУзПБ).

Проте, на нашу думку, правовий статус такого покупця КУзПБ не визначений. Однак, в законодавстві України існує норма, завдяки якій, у разі застосування аналогії закону, є можливість визначитися із тим, хто може бути покупцем страховика. Мова іде про ст. 43 Закону України «Про

страхування», аналіз положень якої доводить, що покупцем страховика може стати тільки страховик (резидент / нерезидент).

Крім того, специфіка страхової діяльності вимагає законодавчого закріплення таких вимог до покупця як: наявність у нього ліцензії на здійснення конкретного виду страхування (ст.38 Закону України «Про страхування», Положення про визначення умов провадження діяльності з надання фінансових послуг, здійснення яких потребує відповідної ліцензії (ліцензійних умов) [10]; володіння активами достатніми для виконання зобов'язань за тими договорами страхування, що приймає на себе покупець тощо.

Особливостей застосування інших заходів відновлення платоспроможності страховика-боржника, які може містити план санації (ч.2 ст.51 КУзПБ)) ст.92 КУзПБ не передбачає, як і не називає тих специфічних заходів, що можуть бути застосовані щодо страховика-боржника. До них, зокрема можуть бути віднесені: зміна структури активів і пасивів страховика-боржника; продаж частини страхового портфелю, за окремим видом страхування або кільком видам страхування або продаж активів, що приймаються для покриття страхових резервів, сформованих страховиком у порядку встановленому чинним законодавством; вжиття реорганізаційних заходів, зокрема шляхом припинення діяльності структурних підрозділів страхової організації та інші, які мають здійснюватися з урахуванням положень законодавства, що регламентує відносини у сфері страхової діяльності та обов'язково передбачати особливості їх застосування у КУзПБ.

У межах судової процедури санації може відбуватися задоволення вимог кредиторів страховика-боржника, проте, черговість задоволення вимог кредиторів передбачена лише щодо випадків визнання боржника-страховика банкрутом в судовій процедурі ліквідації (ч.9 ст.92 КУзПБ). При зверненні до норм КУзПБ, що містять загальні положення, присвячені судовій процедурі санації, а саме: план санації боржника повинен передбачати погашення вимог кредиторів з урахуванням черговості, встановленої ст.64 КУзПБ (ч.5 ст.51), можна дійти висновку, що й у випадку застосування до боржника-страховика судової процедури санації розрахунки з кредиторами у її межах будуть підпорядковуватись загальним правилам ст. 64 КУзПБ, що є неприпустимим щодо задоволення вимог кредиторів у процедурі санації такої категорії боржників як страховики.

До страховика, визнаного господарським судом банкрутом може бути застосована судова процедура ліквідації, правове регулювання якої має певні особливості.

До специфічних правових наслідків відкриття ліквідаційної процедури та визнання боржника-страховика банкрутом належать: припинення всіх договорів страхування, укладених страховиком, за якими страховий випадок не настав до дати прийняття постанови про визнання страховика-боржника банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури, крім випадків, коли в межах названої процедури відбувається продаж єдиного

майнового комплексу (комплексів) страховика (ч.ч.3, 6 ст.92 КУзПБ); страховальники за договорами страхування, дії яких припиняються на підставах, передбачених положеннями ч. 6 ст. ст.92 КУзПБ, наділяються правом вимагати повернення частини виплаченої страховику страхової премії пропорційно різниці між строком, на який був укладений договір страхування, і строком, протягом якого фактично діяв договір страхування, якщо інше не передбачено законодавством (ч.7 ст. 92 КУзПБ); у випадку, коли за договорами страхування, за якими страховий випадок настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури, страховальники мають право вимагати страхові виплати (ч.8 ст. 92 КУзПБ); продаж єдиного майнового комплексу може бути здійснений у ліквідаційній процедурі тільки у разі згоди покупця взяти на себе зобов'язання страховика-банкрута за договорами страхування, за якими страховий випадок не настав до дня визнання страховика банкрутом (ч.3 ст. 92 КУзПБ); встановлення у законодавчому порядку (ч.9 ст. 92 КУзПБ) особливостей черговості задоволення вимог кредиторів за договорами страхування в межах першої черги у відповідності до якої підлягають задоволенню:

- у першу чергу – вимоги за договорами особистого страхування, за якими страховий випадок настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури;

- у другу чергу – вимоги фізичних осіб за іншими договорами страхування, за якими страховий випадок настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури;

- у третю чергу – вимоги юридичних осіб за іншими договорами страхування, за якими страховий випадок настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури;

- у четверту чергу – вимоги за договорами особистого страхування, за якими страховий випадок не настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури у відповідності до ч.7 ст. 92 КУзПБ;

- у п'яту чергу – вимоги фізичних осіб за іншими договорами страхування, за якими страховий випадок не настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури відповідно до ч.7 ст. 92 КУзПБ;

- у шосту чергу – вимоги юридичних осіб за іншими договорами страхування, за якими страховий випадок не настав до дня прийняття господарським судом постанови про визнання страховика банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури у відповідності до ч.7 ст. 92 КУзПБ.

В іншому, за логікою законодавця, мають діяти загальні норми ст.64 КУЗПБ щодо черговості задоволення вимог кредиторів.

Варто звернути увагу на особливість задоволення вимог кредиторів-страхувальників за договорами страхування життя. Згідно ст. 31 Закону України «Про страхування» кошти резервів із страхування життя не можуть використовуватися страховиком для погашення будь-яких зобов'язань, крім тих, що відповідають прийнятим зобов'язанням за договорами страхування життя, і не можуть бути включені до ліквідаційної маси у разі банкрутства страховика або його ліквідації з інших причин, і підлягають передачі іншому страховику за згодою страхувальника та застрахованої особи або підлягають передачі застрахованій особі. Вказане доводить специфіку правового статусу страховика, що надає послуги із страхування життя, фактично, унормувавши вказані положення, законодавець прирівнює їх до компаній з управління активами (чужими коштами), проте, зобов'язує, у разі визнання такого страховика банкрутом передати кошти страхових резервів із страхування життя іншому страховику за спеціально встановленою процедурою.

Дослідження положень ст. 92 КУЗПБ дозволяє дійти висновку, що тезисна регламентація особливостей банкрутства страховиків ніяким чином не сприяє вирішенню завдань, поставлених перед національним законодавством про банкрутство, не повною мірою враховує специфіку страхової діяльності та вимагає детальної розробки положень присвячених унормуванню відносин, які виникають у зв'язку та з приводу неплатоспроможності та банкрутства страховиків.

В українському правознавстві залишаються невирішеними питання, що впливають на особливості судового провадження у справах про банкрутство страховиків, а саме питання щодо: розширення кола осіб, що можуть ініціювати таке провадження та учасників даного провадження з окресленням сукупності наданих ним прав та обов'язків; конкретизація заходів, що можуть бути вжиті до страховика у межах судової процедури санації; визначення особливостей продажу майна страховика та вимог щодо правового статусу його потенційних покупців; унормування специфіки правового режиму ліквідаційної маси; уточнення порядку черговості задоволення вимог кредиторів в межах судової процедури санації та у певних випадках ліквідаційної процедури тощо.

Список використаних джерел:

1. Радзивілюк В.В. Правове регулювання банкрутства юридичних осіб в Україні: навч. посіб [для студ. вищ. навч. закл.]. К.: Ліра-К, 2020. 168 с.
2. Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»: Закон України від 30.06 1999 року №784-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/784-14>.
3. Про банкрутство: Закон України від 14.05.1992 року №2343-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.

4. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 р., № 2597-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>.

5. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.

6. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 р. № 679-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14>.

7. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14>.

8. Про страхування: Закон України від 7.03. 1996 р. № 85/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>.

9. Про затвердження Положення про систему підготовки і перепідготовки осіб, які мають намір здійснювати діяльність арбітражного керуючого, підвищення кваліфікації та перепідготовки арбітражних керуючих, їх підготовки у справах про банкрутство страхових організацій: Наказ Міністерства юстиції України від 13.08.2019 р., № 2536/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0926-19>

10. Про затвердження Положення про визначення умов провадження діяльності з надання фінансових послуг, здійснення яких потребує відповідної ліцензії (ліцензійних умов): Постанова Правління Національного банку України від 30 березня 2021 р. № 27. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0027500-21>

РЕЗНИКОВА Вікторія,

*доктор юридичних наук, професор, завідувач
кафедри господарського права та господарського
процесу Інституту права Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка*

СТАНДАРТ ДОКАЗУВАННЯ «ВІРОГІДНІСТЬ ДОКАЗІВ» У ГОСПОДАРЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Стандарт доказування – це певний об’єктивний критерій, на підставі якого суд оцінює докази для встановлення фактів у справі.

В процесуальній доктрині є на сьогодні **декілька переважаючих підходів до визначення поняття стандарту доказування (*standard of proof*)**:

- певна умовна межа, за якою кількісна характеристика знань, отриманих судом у процесі розгляду справи, переходить у таку їх якість, що

дає підстави суду ухвалити, на його думку, правосудне рішення (Б. П. Ратушина) [1];

- певний ступінь, міра переконаності, (впевненості), в існуванні певного факту(ів), що складають предмет спору (чи усієї справи/провадження), досягнення якого вимагається від сторони, що стверджує (А.С. Степаненко)[2,7];

- модель процесуального доказування, у якій мета, задачі судочинства, принципи процесу, права й обов'язки його учасників у процесі доказування розглядаються як взаємозалежні елементи, що визначають сутність і зміст інституту процесуального доказування (Л. М. Ніколенко)[3];

- це рівень ймовірності, до якого обставина повинна бути підтверджена доказами, щоб вважатись дійсною (К. М. Пільков)[4].

Сам термін «стандарт доказування» бере витоки, як відомо, з доктрини правових систем загального права, звідки він власне і був запозичений. У англо-американській правовій сім'ї існують два найбільш поширені стандарти доказування: 1) «**поза розумним сумнівом**» (*beyond reasonable doubt*) для кримінальних справ; 2) «**переваги доказів/балансу вірогідностей**» (*preponderance of evidence, balance of probabilities*) для цивільних/господарських справ. Правова система загального права ґрунтується на тому, що для формування суддівського переконання немає необхідності в абсолютній математичній точності підтвердження наявних у справі даних, а є важливим лише такий ступінь ймовірності, який дозволяє суду розвіяти сумніви в конкретній справі.

Сучасні британські юристи, вживаючи термін «стандарт доказування», розуміють під ним той ступінь достовірності, до котрого повинна здійснювати доказування та сторона, на якій лежить тягар доказування [5]. Концепцію стандарту доказування британські юристи тісно пов'язують з процесуальним інститутом «тягар доказування». Сторона повинна надати суддям та присяжним докази на підтвердження своєї позиції. Такі докази повинні переконати суд у їх достовірності/ймовірності до певного стандарту (ступеню), який встановлено відповідно до форми судочинства [6]. Загалом, системи американського та британського правосуддя під *стандартом доказування* розуміють той ступінь, рівень доведеності тверджень щодо обставин справи, який висувається однією чи іншою стороною, та до котрого обидві сторони повинні прагнути. Залежно від форми судочинства (чи то кримінальне, цивільне, господарське, адміністративне), до сторони висуваються різні вимоги щодо кінцевої точки доказування/переконання суду у своїй позиції та по-різному розподіляється тягар доказування [7].

В Англії використовуються два стандарти доказування: «**баланс вірогідностей/ймовірностей**» (*balance of probabilities*) – використовується, як правило, у «цивільних» справах, та вимагає визнавати факт доведеним тоді, коли комплекс представлених стороною доказів дозволяє судді прийти до висновку про те, що спірний факт ймовірніше існує, аніж не існує; «**поза**

розумних сумнівів» (beyond reasonable doubt), який використовується зазвичай в кримінальних справах і є більш суворим, оскільки вказує, що певні сумніви можуть залишатися, але вони повинні бути вкрай несуттєвими. Стандарт «баланс вірогідностей» (a balance of probabilities) означає, – слід довести, що факт скоріше був, а ніж не був, тобто суб'єктивна впевненість може бути виміряна як така, що дорівнює 51% і вище (ця математична аналогія випливає із пояснення в справі Miller v Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372). Кожна людина з власного досвіду має уявлення про те, що деякі факти трапляються рідко, а деякі – часто. Це називають апріорною вірогідністю або «вірогідністю, що визначена природою речей» (inherent probability). З цього починається процес доказування: чим менш правдоподібна та обставина, яку слід довести, тим більш переконливими мають бути докази, і навпаки, чим більш вірогідною здається обставина, тим менше зусиль потрібно від сторони, на яку покладено тягар доказування, аби переконати суд. Факт є доведеним, якщо після оцінки доказів внутрішнє переконання судді каже йому, що факт скоріше був, а ніж не мав місце. Якщо настання факту первинно є дуже сумнівним, виконати такий стандарт буде доволі складно. Відомий британський суддя Лорд Хоффман пояснив це на такому прикладі: аби переконати когось, що істота, яка гуляла в Ріджентс-парку, була левом, знадобляться більш переконливі [more cogent] докази, ніж аби визнати по тому ж стандарту вірогідності, що це була німецька вівчарка [8].

В США у «цивільних» справах застосовується схожий процесуальний стандарт «превалювання/переваги доказів» (*preponderance of evidence*), і кримінальний стандарт «поза розумних сумнівів». Під «перевагою доказів» слід розуміти їх домінування не у кількісному вимірі, а в якісному вимірі (тобто впливі усіх доказів в їх сукупності на переконання присяжних чи суду у більшій ймовірності існування факту, ніж його відсутності). Так, якщо позивач надав докази, а відповідач не навів жодних протилежних доказів, це зовсім не означатиме, що позов має бути задоволено. Можлива ситуація, коли сторона подала докази, але при цьому справа буде вирішена не на її користь, оскільки вона не переконала суд у ймовірності існування факту. Це трапляється у тих випадках, коли присутня тільки кількісна перевага доказів. У юридичній літературі та судовій практиці США залежно від конкретних обставин справи розмежовують також *два види достатності доказів: очевидну («prima facie evidence»)* та *задовільну достатність («satisfactory evidence»)*. Очевидно, достатніми є докази, яких згідно з законом достатньо для встановлення певного факту або усієї сукупності фактів, що обґрунтовують вимоги або заперечення сторони доти, доки існування цього факту не буде заперечене іншими доказами. Тобто такі докази не є безспірними, але якщо протилежна сторона не надасть належні докази для їх спростування, вони є достатніми для ухвалення рішення на користь особи, котра їх подала. На відміну від очевидної достатності, критерії задовільної достатності не встановлюються законом. Задовільна достатність

застосовується при остаточній оцінці доказів у більшості «цивільних» справ. Задовільно достатньою є така кількість доказів, яка за результатами їх розумового «зважування» (оцінювання) судом або присяжними здатна переконати у правдивості певного факту [9]. Тобто у такому разі достатніми є докази, які можуть обґрунтувати ухвалення рішення на користь особи, котра їх подала. Це пов'язано з питанням *визначення ваги доказів*.

Термін «*вага доказів*» (англ. *weight of evidence*), як його розуміють деякі дослідники, використовується для характеристики оцінювання доказів і означає, що докази, представлені в ході доказування однією стороною у справі, є переконливішими за докази, представлені іншою стороною [4]. Про переконливість доказів варто говорити безвідносно до доказів опонента. Це тим більше правильно з огляду на те, що й впроваджена у практику судочинства категорія стандарту доказування стосується вірогідності існування обставин, про які стверджує сторона, порівняно з протилежним, а не з версією опонента, якої до того ж може і не бути. Більш конкретним і таким, що може бути застосовано в сучасному господарському процесі, видається визначення, відповідно до якого *вага доказу* – це критерій здатності доказу підтримати правильний за законами логіки умовивід щодо існування певної обставини з певною вірогідністю. Якщо належність доказу як його властивість вказує на існування логічного зв'язку з обставинами, які належать до предмета доказування, то вага доказу вказує на значення цього зв'язку [10, 95].

Зарубіжна судова практика виокремлює при цьому *дві варіації підвищеного «цивільного» стандарту доказування*, які пропонувалися суддями загального права в своїх рішеннях – *гнучкий стандарт «flexible standard»* (суддя Vater) та *підхід апріорної вірогідності «prior probability approach»* (суддя Hornal) [11].

У першому випадку змінюється в сторону підвищення сам стандарт доказування, проте не настільки, аби розмити межу між «цивільним» та кримінальним судочинством. В другому – стандарт залишається без змін, проте ступінь (кількість та якість) необхідних доказів змінюється залежно від серйозності обставин. Діє формула, що чим серйозніше обвинувачення, тим менша вірогідність його існування. Відтак потрібною є більша, аніж зазвичай, надійність доказів та обсяг, інтенсивність зусиль, які докладаються аби дотриматися стандарту доказування. Побуває нарівні з цим думка, що вимагається не більша кількість доказів, а уважніше вивчення їх суддею, тобто зміщується фокус із вимог до сторін на необхідність більш пильного опрацювання інформації суддею [12]. Наразі гнучкий стандарт широко застосовується в Австралії та Канаді, причому кожен випадок відхилення від базового «цивільного» піддається глибокому аналізу. Як наслідок, значний масив висновків апеляційних судів змінюють первинні рішення з мотивів використання стандарту, що не відповідає обставинам. Такі ускладнення виникають, зокрема, через недостатнє розуміння судом присяжних змістовного наповнення гнучкого стандарту, а спроби розтлумачити, як

правило, є невдалими через лінгвістичні неточності. Наприклад, суддя вказує присяжним, що вони мають розглянути справу на основі «балансу вірогідностей», проте, акцентуючи увагу на серйозності обставин, просить «вищого ступеня впевненості», формуючи тим самим у присяжних хибне уявлення про «цивільний» стандарт як вищий стандарт, яким насправді є кримінальний. Окрім двозначності в розумінні, гнучкий стандарт критикується з огляду на невизначеність меж, адже коли передбачається його зміна залежно від обставин, які можуть по-різному оцінюватися суддями, відкривається безперешкодний шлях до суддівського свавілля. Використання гнучкого стандарту вважається виправданим, коли є можливість оцінити «корисність» рішення для сторін з точки зору загальнолюдської, соціальної цінності, що найкраще втілюється присяжними в кримінальному процесі, де вони є «представниками народу». В Україні ж, попри конституційну гарантію можливості здійснення судочинства судом присяжних, в господарському процесі розгляд здійснюється суддею одноособово (колегією суддів – у визначених випадках), що є цілком виправданим з огляду на особливості господарських спорів, а також на специфіку господарсько-правових відносин, з яких такі спори виникають (ст.129 Конституції України). Та й не варто абсолютизувати інститут присяжних як спосіб подолання існуючих проблем, особливо зважаючи на наявну в літературі обґрунтовану критику їх відносної непідкупності, недостатньої компетентності та залежності від думки судді [13; 14].

В свою чергу, «*підхід апріорної вірогідності*» передбачає, що суддя повинен починати розгляд справи з мінімальної початкової впевненості у вимогах, що містяться в позові. Вірогідність починає зростати разом із збільшенням кількості наданих доказів, що повинні бути потенційно правдоподібними для судді. Як зазначає В. Твінінг, суддя загального права Nicholls наголосив свого часу в контексті зазначеного підходу на базових когнітивних навичках кожного судді, – «початкова вірогідність або невірогідність події сама по собі має братися до уваги при вирішенні справи по суті», «чим серйозніші обвинувачення, тим важче їх довести, адже потенційна вірогідність того, що вони сталися – менша» [15, 237]. Останнє твердження знало справедливої критики через неможливість достеменно встановити фактично існуючу кількість серйозних обставин та їх співвідношення із звичайними. Метафоричне вираження стандарту може призводити також до нерозуміння та викривлення його суті. Підхід апріорної вірогідності розглядався в літературі і як такий, що має кращі шанси проявити себе під час дослідження «морально нейтральних доказів», що не викликають у судді на початковому етапі жодних емоцій і здатні поступово збільшувати впевненість в їх існуванні [11].

До прикладу, як зазначає Е. Шервін, необхідно докласти чимало зусиль аби запевнити суддю в тому, що «догвір був укладений о 3-й годині ранку на Різдво» [16, 25]. Проте, поряд із цим, так званий «*Todhunter paradox*» часто використовується зарубіжними дослідниками аби продемонструвати

необхідність брати до уваги навіть критично низької вірогідності обставини, якщо не має об'єктивних приводів для сумніву. Так, пропонується уявити лотерею, номінальна кількість білетів в якій становить 10000 одиниць. Очевидець «щасливого білета» стверджує, що він під номером 642. Головне питання полягає в тому, чи можна довіряти його словам, адже, для порівняння, показання свідків у судді не відіграють вирішальної ролі, а апіорна вірогідність того, що такий білет вирашаний низька. Проте, специфіка лотерей показує, що початково невисока впевненість не має великого значення в тому, який білет стане переможним. Тому, якщо очевидець дійсно бачив номер 642, він навряд чи б допустив похибку, озвучивши його, адже існують ще 99,9 % варіантів крім нього. Звичайно, коли відома потенційна кількість помилок у вигляді виключної нумерації лотерейних білетів, то їх легше підрахувати, водночас така калькуляція неможлива в життєвих ситуаціях. Однак, у кожному разі висновок, що «події, які навряд чи сталися в минулому, так само навряд чи б стверджувалися, якби вони не сталися» є цілком переконливим. Отже, суддя, маючи низький рівень апіорної вірогідності в показаннях свідка, проте не відшукавши у нього мотивів збрехати, повинен взяти їх до уваги. Тому, якщо апіорна вірогідність певної події невелика, то заява про те, що вона сталася, має сприйматися як чинник, що збільшує її. Водночас не можна виключати існування обставин, які попри високий рівень апіорної вірогідності є неправдивими, що власне і провокує суд на допущення помилок. Так як використання підходу апіорної вірогідності тісно пов'язано з інтуїцією, життєвим та професійним досвідом судді, що формує початково неоднакову відправну точку на шкалі вірогідності і, як наслідок, вимагається початково різна кількість доказів для доведення тотожних обставин, порушуючи принцип рівності та одноманітності практики, його використання також не є виправданим на теренах України. Ймовірно, що з огляду на викладене, підхід апіорної вірогідності, як зазначає М. Редмейн, так і не отримав широкого застосування, а з плином часу перевага остаточно була віддана гнучкому стандарту [12].

В США існує поряд з цим такий проміжний стандарт, як *«зрозумілі та переконливі докази»* (*clear and convincing evidence*), суть якого полягає в тому, що сторона повинна переконати присяжних (або суддю), що достовірність розглядуваного факту є імовірною, або ж викликати в них тверде переконання, що факт правдивий. Водночас усувати всі розумні сумніви цей стандарт доказування не вимагає [17]. Він застосовується, зокрема, в деліктних позовах з метою стягнення з відповідача так званих штрафних збитків, які перевищують звичайні компенсаторні збитки [18; 19]. Однак, сама по собі лише істотність, важкість санкції, накладення якої на сторону у справі передбачається, не тягне за собою обов'язкового застосування більш суворого стандарту доказування [20]. Цей стандарт становить, по суті, підвид стандарту доказування «перевага доказів» і застосовується щодо позовів, у яких суд або законодавець вирішили, що для

отримання рішення на свою користь сторона повинна подати більше, ніж звичайну кількість доказів. Це може мати місце, наприклад, коли наслідки вирішення цивільної справи є набагато серйознішими, ніж звичайне матеріальне відшкодування і наближаються за своїм характером до наслідків у кримінальній справі. Тому застосування простого цивільного стандарту у таких справах викликало б істотний ризик ухвалення помилкового рішення [21]. Згідно з дефініцією, наданою Верховним Судом у справі «Colorado v. New Mexico» (1984), такий стандарт означає, що обставини по справі повинні бути доведені «істотно (суттєво) більш вірогідно аніж ні», тобто вимагається більший рівень впевненості судді, аніж в рамках «балансу вірогідностей», проте не такий високий як при розгляді кримінальних справ [22]. Серед позитивних рис проміжного стандарту виділяють: 1) здатність відображати підвищену значимість обставин та асиметрію наслідків, не розмиваючи межу між «цивільним» та кримінальним процесами; 2) сприяння забезпеченню єдності судової практики і дотримання принципу рівності; 3) подолання лінгвістичних розбіжностей при описі використаного стандарту; 4) формування певного рівня передбачуваності для сторін щодо несення тягаря доказування; 5) зменшення потенційних можливостей щодо суддівського свавілля шляхом звуження дискреційних повноважень суддів із вибору стандарту; 6) прискорення апеляційного перегляду завдяки артикуляції стандарту. Однак, неможливість законодавчо передбачити всі випадки застосування підвищеного стандарту або необхідність відступу від закріпленої форми, спонукають суддю враховувати додаткові аспекти при здійсненні такого вибору. Так, обираючи між «цивільним» і проміжним стандартом доводиться враховувати, – підвищення для позивача означає, що суд вважає помилку, допущену щодо нього, кращою, аніж по відношенню до відповідача та навпаки. Разом із цим суд таким рішенням демонструє, що така потенційна помилка менш серйозна, аніж в аналогічних справах, де застосовується «баланс вірогідностей». Отже, «цивільний стандарт» підтримує рівність між сторонами, в той час як уніфікована практика по його видозміні в бік підвищення забезпечує рівність між усіма позивачами (відповідачами) як групою процесуальних осіб [11].

Британські судді ж натомість заперечують саму можливість існування якогось проміжного стандарту, оскільки це тільки ускладнило б доказування у цивільних справах: незалежно від предмета спору, навіть у «квазікримінальних» справах повинен застосовуватися стандарт балансу ймовірностей/вірогідностей. У британській судовій практиці натомість сформульовано ряд важливих висновків щодо стандарту доказування «баланс ймовірностей/вірогідностей»: 1) цей стандарт не є просто припущенням, заснованим на здогадках чи на підозрах: таке припущення обов'язково має засновуватися на певних доказах, яких у сукупності недостатньо, щоб однозначно встановити наявність чи відсутність певного факту. Стандарти доказування не звільняють сторону від тягаря доказування,

а лише дозволяють встановити після того, як всі докази подано, чи виконано стороною свій обов'язок щодо доказування, чи достатньо доказів для встановлення певного факту та винесення рішення; чим серйозніше твердження, тим менш ймовірно, що факт мав місце, а відповідно, тим вагомішими мають бути докази на його підтвердження, перш ніж за балансом ймовірностей/вірогідностей буде встановлено наявність такого факту (випадково завдана шкода є більш ймовірною за умисну). В найбільш серйозних випадках стандарт балансу ймовірностей/вірогідностей у цивільних справах наближається до кримінального стандарту «поза розумним сумнівом», а межа між обома стандартами стає ілюзорною. Наприклад, за позовом про відшкодування шкоди, завданої орендодавцю пошкодженням об'єкта оренди, баланс ймовірностей/вірогідностей по-різному впливатиме на кількість доказів в залежності від характеру збитків. У разі незначних пошкоджень меблів, логічно припустити, що пошкодження відбулися внаслідок їх експлуатації орендарем. Тоді наприклад, коли ми кажемо про знищення об'єкта оренди внаслідок пожежі, таку ймовірність вже буде не так просто встановити, адже причиною пожежі можуть бути як необережність орендаря, підпал сторонніми особами або ж несправність проводки, яка була змонтована орендодавцем з порушенням норм пожежної безпеки. В такому випадку позивачу доведеться надати більше доказів на підтвердження того, що саме орендар своєю необережністю чи навмисними діями спричинив пожежу; чим менш ймовірна подія, тим більше має бути свідчень на підтвердження того, що вона дійсно могла мати місце [23]. Те, що певні події трапляються нечасто, не означає що вони взагалі не трапляються. Класична британська ілюстрація цього правила, які ми вже згадували, така: якщо ми бачимо тварину на газоні, де зазвичай вигулюють собак, то це ймовірніше собака, ніж лев. І навпаки, якщо ми бачимо тварину біля відчиненої клітки з написом «лев» у зоопарку, тим ймовірніше, що це лев, а не собака; 2) між серйозністю твердження (наслідків) та ймовірністю події відсутній прямий зв'язок: деяка серйозна шкідлива поведінка може бути досить поширеною, чи навпаки – траплятися досить нечасто. Баланс ймовірностей «об'єктивізує» доказування – суд не просто посилається на своє внутрішнє переконання (адже незрозуміло, яким чином переконання було сформоване, чи не є таке переконання проявом психоемоційних особливостей судді тощо), а опирається на певні зовнішні орієнтири, щоб сторонній спостерігач, ставлячи себе на місце судді, міг так само дійти висновку, що певний факт є більш ймовірний: часто цей стандарт іменують стандартом 51%. Якщо позивач виконав свій тягар доказування на 51%, то вважається, що він переміг, якщо 50/50 – то позов задоволенню не підлягає в силу рівності ймовірностей [24]. В арсеналі суддів є низка способів, як виміряти цю незначну перевагу хоча б у 1%. Допомогою слугують статистичні дані. Наприклад, дискримінацію жінок під час влаштування на роботу можна довести, в тому числі, даними статистики, які показують, що відсоток жінок на аналогічних посадах є меншим за відсоток жінок, що

проживають в даній місцевості. У справах про відшкодування шкоди, завданої лікарськими засобами, так само неможливо встановити точний розмір спричиненої шкоди – адже якщо особа вже страждала на хронічну хворобу, то погіршення стану здоров'я носить накопичувальний характер, виокремити та оцінити негативний ефект саме медикаментів зазвичай неможливо.

Суттєвим недоліком оцінки доказів судом за своїм внутрішнім переконанням є суб'єктивність такої діяльності суду, це – індивідуалізована оцінка доказів. Стандарт «баланс вірогідностей» навпаки, намагається об'єктивізувати оцінку доказів, адже цей баланс має стати очевидним не тільки для самого судді, а й для учасників справи, присяжних, і навіть для будь-якого стороннього спостерігача [23]. Оскільки в змагальному процесі неможливо встановити об'єктивну істину, суд змушений вдаватися до певних конструкцій та припущень, певною мірою навіть спрощень, які б пов'язували б між собою окремі факти в цілісну картину. А саме наявність стандартів доказування визначає мінімальну ступінь суб'єктивної впевненості судді в істинності спірного факту, при якій суд готовий визнати тягар доведення, покладений на відповідну сторону, виконаним, тягар спростування (доведення зворотного) – таким, що перейшов на опонента, а відповідну фактичну обставину після дослідження і оцінки всіх пред'явлених цією стороною і опонентом доказів – доведеною [26]. Значення стандарту доказування «вірогідність доказів»: підкреслює необхідність співставлення судом доказів, які надає позивач та відповідач у справі, що є логічним продовженням та підкріпленням принципів диспозитивності та змагальності; зобов'язує суд обрати один із двох варіантів, які сторони підкріплюють хоч і не достатніми доказами, але такими, що з урахуванням принципів розумності, справедливості та добросовісності дають підстави припустити, що обставина скоріше мала місце, аніж не мала, і навпаки; важливим стає не те, яка кількість доказів буде надана, а саме їхня змістовна і якісна вага; відповідає новітнім міжнародним тенденціям, відображених в практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Треба відзначити, що існують різні підходи, якими можуть керуватися судді або законодавець під час вибору стандарту доказування, аби забезпечити єдність судової практики та рівність учасників судового процесу. Один із таких підходів пропонується дослідниками-утилітаристами, які вважають за необхідне оцінювати корисність «*utility*» рішення шляхом співставлення як позитивних, так і негативних наслідків для кожної зі сторін. Це покликано надати можливість судді диференціювати наслідки на симетричні та несиметричні, яким кореспондують «цивільний» та кримінальний стандарти доказування. Для кращої ілюстративності таких співвідношень/співставлень популярним серед науковців є створення формул [11; 12; 27]. Так, наприклад, прорахунок однакового співвідношення наслідків для прийняття цивільного стандарту можна виразити так: $K(Пп)=K(Вп)$ та $nK(Пв)=nK(Вв)$, що розшифровується як: «корисність»

рішення (К) при перемозі позивача (Пп) дорівнює корисності рішення (К) при перемозі відповідача (Вп), водночас негативні наслідки (нК) у разі відхилення вимог позивача (Пв) дорівнюють негативним наслідкам (нК) при програші відповідача (Вв). Ідентичне рівняння актуальне і в разі калькуляції асиметрії наслідків з одною лише зміною знаку переваги (>) в необхідному напрямку. Концепція утилітаризму зазнає критики з огляду на те, що певні цінності (наприклад, «правда»), неможливо включити під час підрахунку «корисності» рішення, тим не менш вона має важливе практичне значення, виступаючи базовим орієнтиром градації зазначених цінностей. Водночас, важливим аспектом для правильного прорахунку наслідків є встановлення належного співвідношення між цінностями. Зважаючи на те, що кожному рішенням завжди кореспондує ризик завдання моральної шкоди, то від порівняння ймовірності такого ризику, його реальності, розміру потенційно завданої шкоди, власне й залежить обраний стандарт. Головною умовою для уодноманітної оцінки такої шкоди кожним окремим суддею є однакове базове уявлення про ієрархію цінностей, що об'єктивно недосяжно через різний життєвий досвід, професійну деформацію та ряд потенційних когнітивних помилок (наприклад, помилка доступності, помилка ретроспективного погляду, перекручена вибірка тощо). Беручи до уваги наведені відмінності у сприйнятті, не дивно, що у схожих справах одні й ті самі об'єкти посідають різні місця на шкалі важливості, призводячи до застосування відмінних стандартів у тотожних обставинах.

З огляду на викладене, складно зрозуміти логіку законодавця (якщо логіка в цих діях, звісно, є), що «цивільний» стандарт доказування «вірогідність доказів» впровадив виключно до господарського процесу Законом України від 20.09.2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні», в той час як цивільних процес жодних змін не зазнав. Однак, чи насправді відповідали такі зміни в процесуальному законодавстві меті стимулювання інвестиційної діяльності? Чи відбулося за наслідками набрання чинності згаданим законом таке стимулювання, інтенсифікація залучення інвестицій у національну економіку? Поточні статистичні показники засвідчуються, що – ні. Відтак законодавець продовжує невтомно шукати «чарівну пігулку» і тепер для стимулювання інвестиційної діяльності планується скасувати Господарський кодекс України. 9 серпня 2021 р. до Верховної Ради України подано законопроект «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період», яким передбачено внесення змін до Цивільного кодексу України, визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України, а також низку прикінцевих положень [27]. Справляє враження що в нормах ГПК України щодо доказів та доказування, а також в самому факті існування ГК України і криється першопричина негативного впливу на інвестиційну діяльність в Україні, хоч очевидно, що це не так. Відповідний крок законодавця щодо точкового

«удосконалення» ГПК України нелогічним є і тому, що до господарської юрисдикції, на відміну від цивільної (юрисдикції загальних судів), належать справи за участю суб'єктів власних повноважень, які складно віднести до суто приватно-правових (наприклад, справи у спорах, що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, в тому числі у спорах, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України; справи про банкрутство; справи у спорах щодо приватизації майна тощо), тобто «цивільних» справ в розумінні країн, де такий стандарт впроваджено. І зауваження викликає не стільки сам факт впровадження стандарту доказування до вітчизняного господарського процесу, скільки той спосіб у який це сталося: а) зміни торкнулись точково лише господарського процесу, тоді як цивільний та адміністративний процеси таких змін не зазнали, що демонструє хаотичний поспіх та непослідовність законодавця; б) законодавець замінив по суті таку властивість доказів як їх достатність в господарському процесі на стандарт доказування «вірогідність доказів», тоді як вони є не взаємозамінними категоріями. Цивільний та адміністративний процеси і надалі оперують категорією «достатність доказів», що розкриває взаємозв'язок сукупності доказів, яка дозволяє суду зробити висновок про існування факту, на підтвердження якого вони зібрані. Тобто достатність доказів - це сукупність доказів у справі, яка дає змогу вирішити відповідний спір. Визначення характеристики достатності доказів і взаємного їх зв'язку в їх сукупності зводиться до вирішення питання про те, чи встановлені обставини, що становлять предмет доказування, чи є можливість на основі аналізу зібраних фактичних даних вирішити спір. Достатність доказів може бути визначена і в якісному аспекті як властивість доказів, яка надає можливість покласти їх сукупність в основу процесуального рішення. Суд вирішує, що доказів достатньо тоді, коли вони сформували внутрішню обґрунтовану впевненість суду в тому, що певна обставина мала місце. А така впевненість прямо не залежить від того, скільки саме окремих доказів подала та чи інша сторона й не вимагає подання якомога більшої кількості доказів. Тобто достатність — це теж про вагомість доказів, а не про їх кількість. Тож чи потрібно було відмовлятися від категорії «достатність доказів» в господарському процесі? Видається, що законодавцеві не варто було плутати властивості доказів із стандартами доказування. Впровадження останніх потребувало більш вдумливого та виваженого підходу. Власне, потребує цього, як видається і зараз.

Впровадження в господарській процес стандарту доказування «вірогідність доказів», з одного боку, ставить нові виклики перед вченими процесуалістами, яким належить з'ясувати та доктринально обґрунтувати правову природу, зміст та систему як міжнародних стандартів доказування загалом, так і стандарту «вірогідність доказів» зокрема. З іншого – виникає необхідність узгодження таких стандартів із національними правовими традиціями у сфері господарського судочинства, оскільки не можуть на не повинні ігноруватися особливості національної правової системи, стан

розвитку законодавства, сформована система судів, їх спеціалізація, особливості та умови провадження господарської діяльності, стан економіки країни, історичні передумови тощо. Не можна ігнорувати того факту, що переважна більшість стандартів доказування, властивих країнам загального права (Сполучені Штати Америки, Велика Британія), орієнтована на переконання не тільки і не стільки суду, скільки – присяжних, яких немає у вітчизняному господарському процесі. Це є до певної міри перешкодою щодо автентичного розвитку їх у вітчизняній системі господарського судочинства.

Список використаних джерел:

1. Ратушна Б. П. Стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання. *Право України*. 2012. № 6. С. 282–290.
2. Степаненко А.С. Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» в кримінальному провадженні : дис. канд. юр. наук : 12.00.09. Одеса, нац. ун-т «ОЮА», 2017. 234с.
3. Ніколенко Л. М. Доказування в господарському судочинстві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.04. Донецьк, 2004. 19 с.
4. Пільков К.М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Київ: Освіта України, 2016. 240 с.
5. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: Волтерс Клувер, 2009. 584 с.
6. Флетчер Дж., Наумов А. В. Основные концепции современного уголовного права. М.: Юристъ, 1998. 512 с.
7. Степаненко А. С. Проблеми визначення стандарту доказування «поза розумним сумнівом». *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. №6. С. 228-230.
8. Secretary of State For The Home Department v. Rehman 2001 URL: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/47.html>.
9. Руда Т. Критерій достатності при оцінці доказів у цивільному судочинстві України і США: порівняльно-правовий аналіз. *Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2011. № 88. С. 106–110.
10. Пільков К. М. Властивості доказів та критерії їх оцінювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №4. С.86-99.
11. Стоян А. В. Триступенева градація стандартів доказування в адміністративному процесі. *Форум права*. 2021. №1. С. 25-36.
12. Redmayne, M. Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*. 1999. 62(2). P. 167–195 URL: <http://www.jstor.org/stable/1097022>.
13. Оверчук С. В. Становлення інституту присяжних в умовах набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2012. № 2(6). С. 1-4.

14. Скрябін О. М., Тонне Н. Д. Суд присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. Вип. 72. С. 400–406.

15. Twining W. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Second Edition (Cambridge University Press, 2006). 493 p. URL: http://assets.cambridge.org/052167/5375/frontmatter/0521675375_frontmatter.pdf.

16. Sherwin E. Clear and Convincing Evidence of Testamentary Intent: The Search for a Compromise Between Formality and Adjudicative Justice. (2002). *Cornell Law Faculty Publications*. 824 p. URL: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/824>.

17. Bennett B.M. Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review. *California Law Review*. 1944. Vol. 32. P. 75.

18. Вапнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування. Харків: «Юрайт», 2017. 408 с.

19. Рябченко Ю.Ю. Стандарт доказування: досвід застосування та перспективи запровадження. *Науковий юридичний журнал*. 2020. №10. С. 122-128.

20. Schwartz D.L., Seaman C.B. Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law. *Harvard Journal of Law & Technology*. 2013. Vol. 26. № 2. P. 430-435.

21. Meyers A.B. Rejecting the Clear and Convincing Evidence Standard for Proof of Incompetence. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1997. Vol. 87. P. 1034.

22. McBaine. Burden of proof: Degrees of Belief. (1944). P. 262–263. URL:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi3273F6-3uAhVFkMMKHxXuBdYQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Flawcat.berkeley.edu%2Frecord%2F1109153%2Ffiles%2Ffulltext.pdf&usq=AOvVaw3K1aF3192LvbGAwwKlkdM5>.

23. Бут І. О. Стандарт доказування «баланс ймовірностей» у цивільному судочинстві URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/12901/%D0%91%D1%83%D1%82%20%D0%86.%20%D0%9E.%20%D0%A1%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%C2%AB%D0%B1%D0%B0%D0%BB%D0%B0%D0%BD%D1%81%20%D0%B9%D0%BC%D0%BE%D0%B2%D1%96%D1%80%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%B9%C2%BB...pdf?sequence=1&isAllowed=y>

24. Rhesa Shipping Co SA v Edmonds 1985 URL: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/15.html>.

25. Карапетов А. Г. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование. *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2019. № 5. С. 10.

26. Карапетов А. Г., Косарев А. С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 6. С. 1–96.

27. URL: Інформація про законопроект за посиланням: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707.

СИНЯВСЬКА Надія,
аспірантка кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського Національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ «РИНКОВОЇ ПОВЕДІНКИ» ТА НАГЛЯД ЗА НЕЮ В УКРАЇНСЬКОМУ ТА ІНОЗЕМНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

У Верховній Раді України зареєстровано законопроект «Про фінансові послуги та фінансові компанії» № 5065 від 15.02.2021 (далі – Законопроект), який був прийнятий у першому читанні 24.07.2021 та який готується до другого читання у парламенті. [1] Серед ряду значних змін у регулюванні ринку фінансових послуг, стаття 23 Законопроекту передбачає, що додатково до традиційного на фінансовому ринку пруденційному нагляду, регулятори ринку фінансових послуг (Національний банк України або Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку) матимуть мандат на здійснення нового виду нагляду за діяльністю з надання фінансових та супровідних послуг – нагляд за ринковою поведінкою. Термін «ринкова поведінка» для українського законодавства новий, однак у світі існування цього терміну вже є усталеною практикою та являє собою комплексне явищем, що стосується підходів до ведення діяльності учасниками ринку.

У Законопроекті, під ринковою поведінкою мається на увазі ведення діяльності суб'єктом фінансових або супровідних послуг, у спосіб, який забезпечує, зокрема відкритість і прозорість такої діяльності, бездоганну ділову репутацію власників, керівників та осіб, які виконують ключові функції, добросесність та справедливе ставлення до клієнтів та увага до їх потреб, добросовісну конкуренцію по відношенню до інших надавачів фінансових або супровідних послуг, недопущення шахрайства чи іншої протиправної діяльності, а також належну внутрішню організацію, яка забезпечує контроль за дотриманням таких стандартів діяльності. Зважаючи, що ринкова поведінка у іноземному законодавстві врегульована з другої половини 2000-них років, постає питання чому виникла необхідність регулювання діяльності учасників фінансового ринку з цієї точки зору та як це регулюється у світі.

У 2008 – 2009 роках відбувалася світова фінансова криза, що зокрема була спровокована питанням діяльності страхових, інвестиційних компаній, банків в частині реалізації страхових продуктів, забезпечення адекватної платоспроможності, управління ліквідним ризиком, не належне кризове управління та інші не менш важливі фактори, які усі спільно наштотували світ на тенденцію врегулювання саме поведінки учасників фінансового ринку аби запобігти подібним кризовим явищам. Наслідки від фінансової кризи були значними. Так, за даними Світового Банку в 2009 році ВВП України у доларовому вираженні зменшився на 35%, або ж на 63 млрд доларів. [2] В свою чергу, світовий ВВП зменшився на 3.3 трильйони доларів США, або ж на 5%. [3]

Регулятори ринків фінансових послуг постали перед викликом не допустити повторення подібної кризи. Від так, відповіддю на цей виклик стало формування країнами Європейського союзу вимог до ринкової поведінки учасників ринку фінансових послуг як результат прийняття Директиви про ринки фінансових інструментів (англ. Markets in Financial Instruments Directive, що регулює діяльність з фінансовими інструментами кредитних установ та інвестиційних компаній та Директиви про страхове посередництво (англ. Insurance Distribution Directive) щодо реалізації страхових продуктів страховиками. [4] Обидві директиви містять у собі положення що стосуються поведінки учасників ринку фінансових послуг. Вони обидві використовують термін «conduct of business» (дослівно українською – ведення бізнесу), в тому числі в контексті здійснення нагляду за *веденням бізнесу* (ринковою поведінкою фінансових установ).

Таким чином, у світі виник ще один вид нагляду за ринком фінансових послуг. Цей вид нагляду окремо повноцінно реалізується в модель нагляду на ринку фінансових послуг, що називається «твін пікс» (від англ. twin peaks – дві вершини). Полягає він у тому, що розподіл повноважень між регуляторами здійснюється у відповідності до завдань/функцій по всіх сегментах видів фінансової діяльності. Перший стовп нагляду – це регулятор системного ризику (англ. prudential regulator), що здійснює пруденційний нагляд, а другий – регулятор діяльності на фінансовому ринку (англ. market conduct regulator), що покриває питання ринкової поведінки.

Тим не менш, світова практика свідчить, що підходи до нагляду за ринковою поведінкою відрізняються в залежності від юрисдикції, це проявляється у тлумаченні терміну, відповідальних органах нагляду та відповідно обсягу здійснюваного ними нагляду. Це проявляється, навіть в терміні для позначення ними ринкової поведінки:

- conduct of business або market conduct (укр. «ринкової поведінки»).
- Зазвичай ці два терміни використовують синонімічно один до одного. Та все ж «market conduct» стосується безпосередньо зловживань на ринку інвестиційними компаніями (market abuse, information trading etc.);
- retail regulation (укр. «регулювання роздрібною торгівлі»);
 - good conduct (укр. «гарна поведінка»).

У будь-якому випадку, нагляд за ринковою поведінкою – прямо чи опосередковано – стосується позиціонування, культури та поведінки учасників фінансового ринку, що впливає на рівень довіри до фінансового сектору та рівня якості послуг та обслуговування. Основою належної ринкової поведінки щонайменше становлять (1) правила прозорості (транспарентності), (2) цілісність ринку, (3) правила продажу фінансових послуг та вирішення спорів. Це основні цілі, на реалізацію яких направлений мандат більшості світових регуляторів ринку фінансових послуг. Наприклад, регулятор ринку фінансових послуг у Великій Британії – FCA (Financial Conduct Authority, укр. орган нагляду за фінансовою поведінкою), своєю стратегічною метою має три напрями. Це: (1) підвищення цілісності фінансової системи, тобто протидія системним ризикам, (2) сприяння конкуренції та (3) захист споживачів. Окремо, FCA розробив ряд методичних рекомендацій для фінансових установ по типам діяльності, а також правила поведінки працівників фінансових установ. [5]

Що стосується України, згідно з чинним Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг» (далі – Закон про фінпослуги) нагляд за діяльністю учасників ринків фінансових послуг є однією з форм державного регулювання діяльності з надання фінансових послуг, на рівні з нормативно-правовим регулюванням та застосуванням заходів впливу. При цьому, ринкова поведінка фінансових установ не згадується окремо в Законі про фінпослуги серед основних напрямів нагляду. [6] Натомість, деякі елементи ринкової поведінки, що визначені у Законопроекті охоплюються на моменті ліцензування учасників фінансового ринку у розрізі перевірки відповідності вимогам до бездоганної ділової репутації власників істотної участі та прозорості структур власності самих фінансових установ, а також наглядом за додержанням законодавства про захист прав споживачів фінансових послуг. Це, зокрема, стосується повноважень регуляторів щодо перевірки додержання вимог до корпоративного управління, прозорості структури власності, відповідності власників істотної участі та керівників фінансових установ вимогам до ділової репутації та професійної придатності, правил надання фінансових послуг та законодавства про захист прав споживачів суб'єктами господарювання, що надають фінансові послуги). [7]

Окремо до законодавчої ініціативи врегулювання підходів до здійснення діяльності на ринку фінансових послуг суб'єктами господарювання відображено у Стратегії розвитку фінансового сектору до 2025 року [8], цілями її реалізації є сприяння сталому економічному зростанню України, забезпечення макрофінансової стабільності, підвищення надійності та технологічності фінансової системи, досягнення європейських стандартів на фінансовому ринку, підвищення довіри до фінансового ринку, виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС та інших міжнародних договорів України.

Зокрема, відповідно до стратегічного заходу, регулятори фінансового ринку затвердили відповідальним Національний банк України за розробку та впровадження ринкової поведінки банків та небанківських фінансових установ (окрім тих, що діють на фінансовому ринку) до кінця 2022 року. Наразі жодних концепцій чи нормативно-правових актів з цього питання не було опубліковано для ознайомлення громадкістю. Вочевидь, законотворець пішов далі ніж домовилися регулятори фінансового ринку, та в статті 23 Законопроекту передбачив, що нагляд за ринковою поведінкою буде реалізовуватися як Національним банком України, так і Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. З прийняттям Законопроекту Стратегії розвитку фінансового сектору до 2025 року потребуватиме перегляду.

Так, Законопроект встановлює, що регулятори уповноважені здійснювати різні види нагляду для досягнення різних цілей:

- пруденційний нагляд для забезпечення стійкості окремого надавача фінансових послуг та стабільності фінансової системи загалом, а також захисту інтересів клієнтів і кредиторів надавачів фінансових послуг;
- нагляд за ринковою поведінкою для захисту прав та законних інтересів клієнтів (в тому числі споживачів), а також надавачів фінансових та супровідних послуг, забезпечення ефективності та цілісності ринку фінансових послуг, прозорості та відкритості його функціонування, а також забезпечення функціонування належного конкурентного середовища на ринку фінансових послуг та підвищення довіри до нього.

Варто відзначити, що у порівнянні з чинним Законом про фінпослуги Законопроект передбачає ширше коло осіб, на захист прав та інтересів яких буде спрямований нагляд з боку регуляторів. Планується запровадити нагляд за дотриманням прав усіх клієнтів фінансових установ, тобто як споживачів, так і інших клієнтів (юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців), оскільки їхні права як користувачів фінансових послуг також можуть порушуватися фінансовими установами.

Таким чином, дана законодавча ініціатива, дійсно підтверджує, що чинний склад парламенту націлений на імплементацію найкращих світових практик. Але необхідно враховувати, що закон є рамкою, що встановлює межі повноважень регуляторів. Те як, цей вид нагляду буде реалізовуватися на практиці залежить від нормативно-правового регулювання цих регуляторів.

Список використаних джерел

1. Законопроект «Про фінансові послуги та фінансові компанії» № 5065 від 15.02.2021. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71092.
2. Дані Світового Банку щодо ВВП України. URL: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=UA>.

3. Дані Світового Банку щодо світового ВВП. URL: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>.

4. Директива про ринки фінансових інструментів URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0065>; та Директива про страхове посередництво URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0097>.

5. Перелік вимог FCA щодо ринкової поведінки та нагляду за дотриманням цих вимог. URL: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/COCON/4/>.

6. Частина 3 статті 29 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text>.

7. Пункт 4 частини 3 статті 21 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text>.

8. Стратегія розвитку фінансового сектору до 2025 року, затверджена Національним банком України, Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Міністерством фінансів України та Фондом гарантування вкладів фізичних осіб у 202 році. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/regulatory-finance-riuku-zatverdili-strategiyu-rozvitku-finance-riuku-ukrayini-do-2025-roku>.

СЛИВІНСЬКА Анна,

аспірантка кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ТОВАРИСТВ

Альтернативні способи вирішення спорів, у тому числі і корпоративних, мають надзвичайно високу популярність у світі. Особливо актуальним це є для спорів, що витікають з корпоративних відносин, сама природа яких потребує оперативного, конфіденційного та дипломатичного врегулювання. Незважаючи на це, в Україні досі фактично унеможливлене використання альтернативних способів вирішення корпоративних спорів, зокрема і найчисельнішої їх категорії – спорів щодо оскарження рішень органів управління товариств.

Міжнародна практика демонструє три ключові альтернативні способи вирішення корпоративних спорів: міжнародний комерційний арбітраж,

третейський суд та медіація. Досвід таких проарбітрабельних країн, як Німеччина, Франція, Бельгія, Італія та багатьох інших доводить, що арбітражне вирішення таких спорів часто є набагато більш результативним та вигідним для сторін, аніж судове. Так, у Німеччині ще з 2009 року визнано арбітрабельність спорів щодо оскарження рішень загальних зборів товариств. Верховний Суд Німеччини у Рішенні від 06.04.2009 визначив умови арбітражного застереження для вирішення таких спорів: 1) згода всіх учасників товариства та самого товариства на вирішення спору шляхом арбітражу; 2) повідомлення кожного учасника товариства та його органів щодо порушення арбітражного процесу з можливістю їх вступу в процес в якості сторони чи третьої особи; 3) усі спори, які впливають з одного предмета спору, повинні розглядатися в одному арбітражному суді; 4) забезпечення рівних прав щодо призначення арбітрів [2].

На противагу цьому, в Україні поки що можливість арбітражного вирішення корпоративних спорів практично зведена нанівець. Як свідчить ч. 2 ст. 22 Господарського процесуального кодексу України, на вирішення міжнародного комерційного арбітражу можуть бути передані лише ті корпоративні спори, що (1) виникають з договору, та (2) на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками. Тобто, найпоширеніша категорія корпоративних спорів – щодо оскарження рішень органів управління товариства, не може бути вирішена у арбітражному процесі, і єдиним способом оскарження таких рішень залишається звернення до суду.

Вважаємо недоцільним звужувати арбітрабельність корпоративних спорів виключно до тих спорів, що виникають з договору. Рішення органів корпоративного управління істотно впливають на діяльність товариства та зачіпають корпоративні права і інтереси їх учасників – тож, необхідно забезпечити можливість швидкого та ефективного їх захисту задля нормального функціонування товариства. Такого механізму добровільного врегулювання спору особливо потребують саме учасники корпоративних відносин, для яких пріоритетним є збереження партнерських стосунків та ефективне ведення бізнесу.

Цікавим є питання фіксації арбітражного застереження для корпоративних спорів. Вбачаються можливими три варіанти такої фіксації: (1) укладення окремої арбітражної угоди; (2) шляхом включення арбітражного застереження у договір між учасниками, у тому числі, корпоративний договір; (3) шляхом включення арбітражного застереження до статуту товариства. Якщо перші два способи не викликають особливих питань, то можливість фіксації арбітражного застереження у статуті є доволі дискусійною. Варто погодитися з позицією І. Лукач, яка розглядає статут як форму корпоративної угоди, у якій можуть бути закріплені положення щодо можливості передачі корпоративного спору на розгляд міжнародного арбітражу, третейського суду чи медіатора [3, с. 108]. Законодавство зарубіжних країн також демонструє, що реалізація такого підходу є

можливою. Наприклад, ч. 7 ст. 7 Федерального Закону Російської Федерації «Про арбітраж (третейський розгляд) в Російській Федерації» прямо передбачає можливість включення арбітражного застереження у статут товариства. Дискусійним є також питання про те, чи мають підписувати статут з таким арбітражним застереженням усі учасники товариства. На наш погляд, для юридичних осіб з великою кількістю учасників, таких як публічні акціонерні товариства, підписання статуту всіма учасниками навряд чи було б можливим на практиці. Як наслідок, значна кількість товариств була б позбавлена можливості скористатися таким зручним інструментом урегулювання спорів, як міжнародний комерційний арбітраж. Тож, варто визнати обґрунтованим підхід М. Богуш, яка зазначає, що арбітражне застереження не потрібно підписувати, оскільки обов'язком учасників є додержання установчих документів товариства [1, с. 133].

Що стосується третейського розгляду корпоративних спорів з оскарження рішень органів управління товариства, то за п. 10 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» усі корпоративні спори виключені з підвідомчості третейських судів. Так як третейський розгляд подібний за своєю процедурою на арбітражне врегулювання, його використання також було б ефективним для вирішення корпоративних спорів. Тож, усі аргументи та пропозиції, наведені щодо арбітражного вирішення, пропонуємо поширювати і на можливість третейського розгляду таких спорів.

Щодо третього альтернативного способу оскарження рішень органів управління товариства – медіації, то вона в Україні поки перебуває здебільшого у теоретичній площині. Це обумовлено відсутністю законодавчої бази: було розроблено ряд законопроектів про медіацію, однак, жоден з них досі не ухвалено. Лише останній законопроект про медіацію № 3504 було прийнято у першому читанні 15.07.2020, ст. 2 якого передбачає, що медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах, та в інших сферах суспільних відносин [4]. Зазначене наводить на висновок, що у разі прийняття законопроекту корпоративні спори усіх видів зможуть вирішуватися шляхом медіації. Така форма базується на принципах добровільності, гнучкості, оперативності та конфіденційності процесу, незалежності та професійності медіатора, і її метою є пошук такого рішення, який задовольнить інтереси обох сторін. Тож, вважаємо доцільним запровадження медіації для вирішення корпоративних спорів, зокрема і щодо оскарження рішень органів управління товариств.

Варто зазначити також про спосіб укладення медіаційної угоди. Законопроект у ст. 1 передбачає, що така угода може укладатися у формі медіаційного застереження в договорі або у формі окремої угоди [4]. Вважаємо, що як і у випадку з арбітражним розглядом, у майбутньому законі про медіацію слід прямо закріпити можливість укладення медіаційної угоди шляхом включення медіаційного застереження до статуту юридичної особи. Це дозволить бізнесу використовувати професійних посередників для

врегулювання внутрішніх спорів, і лише у разі неефективності такого способу – звертатися до суду.

Говорячи про медіацію, згадується подібний до неї інститут врегулювання спору за участю судді, закріплений ГПК України. Таке врегулювання проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті (ч. 1 ст. 186 ГПК України), у формі спільних та (або) закритих нарад (ч. 2 ст. 188 ГПК України). Вбачається певна схожість з інститутом медіації: врегулювання проводиться добровільно, за бажанням сторін, у менш формалізованій формі, аніж судовий розгляд. Разом з тим, врегулювання спору за участі судді та медіація мають ряд суттєвих відмінностей: медіаторами є особи, які пройшли спеціальну підготовку та володіють необхідними навичками, а врегулювання здійснюється за участі судді, що такої підготовки не має; при медіації сторони на власний розсуд обирають медіатора, а при врегулюванні суддя визначається автоматично; медіація можлива на будь-якій стадії процесу необмежену кількість разів, а врегулювання можливе лише один раз, до початку розгляду справи по суті. Тож, існуючий наразі інститут врегулювання спору за участі судді не може замінити медіацію.

Таким чином, міжнародний комерційний арбітраж, третейське судочинство та медіація могли б стати дієвими способами оскарження рішень органів корпоративного управління, які найбільше відповідають природі корпоративних відносин. Пропонуємо викласти перший абзац ч. 2 ст. 22 ГПК України у наступній редакції: *«Спори, передбачені пунктом 3 частини першої статті 20 цього Кодексу, можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками, у тому числі, шляхом включення арбітражного застереження до статуту юридичної особи»*. Також вважаємо за доцільне виключити п. 10 ст. 6 Закону України «Про третейські суди», що дозволить віднести корпоративні спори до підвідомчості третейських судів. Вбачається необхідним також прийняття закону про медіацію, у якому має бути передбачена можливість застосування медіації для вирішення корпоративних спорів, та право включення медіаційного застереження до статуту юридичної особи.

Список використаних джерел:

1. Богуш М.К. Захист прав та інтересів суб'єктів корпоративних правовідносин: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ. 2018. 240 с.
2. Прозоров-Бастианс Ф. Арбитрабельность корпоративных споров в Германии. URL: <https://docplayer.com/27567509-Arbitrabilnost-korporativnyh-sporov-v-germanii.html>.
3. Лукач І.В. Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми: дис. д-ра юрид. наук: 12.00.04. Київ. 2016. 474с.

4. Про медіацію: проект Закону України від 19 травня 2020 року № 3504. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877.

СПИРИДОНОВА Катерина,
*аспірантка кафедри господарського права та
господарського процесу Інституту права
Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

АРБІТРАБЕЛЬНІСТЬ СПОРІВ: ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ

На сьогоднішній день одним з пріоритетних напрямків та тенденцій судової реформи є збільшення ролі альтернативних методів вирішення спорів. Відповідно до Національної економічної стратегії на період до 2030 року, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 03 березня 2021 року № 179 [1] одним із завдань за стратегічною ціллю «Забезпечення справедливого правосуддя в Україні, що базується на верховенстві права, захисті прав і свобод людини, фізичних та юридичних осіб» є вдосконалення законодавства про міжнародний арбітраж та процесуальних кодексів з метою ширшої підтримки міжнародних судів, арбітражів і третейських судів з боку державних судів. Про необхідність збільшення ролі альтернативних методів вирішення спорів, а саме, створення ефективних систем медіації та третейських судів (арбітражів) зазначено і в Програмі діяльності Кабінету Міністрів України, затвердженій Постановою № 471 від 12 червня 2020 р. [2]. З метою реалізації зазначених тенденцій окрему увагу приділено визначенню кола спорів, що можуть бути передані на розгляд до міжнародного арбітражу. Розширення кола спорів, які можуть передаватись на вирішення до міжнародного арбітражу, залишається актуальним, про що свідчить, зокрема, ініціатива Кабінету Міністрів України, відображена у Законопроекті № 5347 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності арбітражів».

Зважаючи на вищевикладене, дослідження поняття арбітрабельності спорів залишається актуальним.

Термін «арбітрабельність» вперше було використано у 1910 році в юридичному словнику Блека та визначено як: 1) статус, у відповідності з правом, що підлягає застосуванню, про те, що спори були чи не були розглянуті арбітрами через їх предмет; 2) статус спору, що знаходиться чи не знаходиться в компетенції арбітра щодо його вирішення на підставі того, чи прийшли сторони до примусової угоди про арбітраж, чи являється спір предметом арбітражної угоди, чи були які-небудь процесуальні передумови для арбітражу задоволені і чи дозволяє право, що застосовується арбітрами, розглянути предмет спору [3].

Серед визначень, запропонованих українськими вченими та науковцями, можна виділити наступні. Притика Ю.Д. зазначає, що «арбітрабельність» це відповідність спору, що виник між сторонами, категорії спорів, які можуть бути предметом третейського розгляду на підставі права, яке застосовується при вирішенні спору [4]. Винокурова Л.Ф. зазначає, що в узагальненому вигляді арбітрабельність спорів розглядається як здатність спору бути предметом арбітражного розгляду, а арбітрабельними вважаються спори, допустимі національним законодавством для розгляду міжнародним комерційним арбітражем [5]. Купцова М.В. зазначає, що за допомогою терміна «арбітрабельність» окреслюється коло спорів, що входять до компетенції третейських судів та можуть бути предметом третейського розгляду [6].

Поняття арбітрабельності також широко досліджується іноземними вченими. Так, наприклад, Карпишев М.А. вказує, що термін «арбітрабельність» використовується для позначення спорів, які можуть бути розглянуті по суті та вирішені третейськими судами та міжнародними комерційними арбітражами [7]. Скворцов О.Ю. визначає арбітрабельність як термін, за допомогою якого окреслюється коло справ, підвідомчих третейським судам, а також визначаються умови такої підвідомчості [8]. Єршомін В.В. визначає арбітрабельність як відповідність спору, переданого на розгляд арбітражу (третейському суду) або міжнародному комерційному арбітражу на підставі третейської угоди (третейського застереження) категоріям спорів, які можуть бути розглянуті таким судом в силу закону та/або суті спору як цивільно-правового, наявності компетенції такого суду і дійсності третейської угоди (третейського застереження) [3]. Ануров В.Н. розглядає арбітрабельність в площині відповідності спору предметній компетенції третейського суду та розглядає її як функцію третейського суду по встановленню арбітрабельності спору в процесі третейського розгляду [9].

В міжнародних правових актах визначення терміну «арбітрабельність» відсутнє. У той же час, Нью-Йоркська Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень у статті V (2) (a) передбачає, що у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій запитується визнання та приведення до виконання, знайде, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни [10]. Таким чином, неарбітрабельність спору є самостійною підставою для невиконання рішення арбітражного суду поряд з такою підставою як невідповідність рішення публічному порядку (стаття V (2) (b)). Окремі науковці зазначають, що питання арбітрабельності, про яке йде мова в Нью-Йоркській конвенції, є одним із приватних випадків доктрини «публічного порядку» [11]. На нашу думку співвідношення «арбітрабельності» та доктрини «публічного порядку» потребує додаткового вивчення.

Слід відмітити, що у літературі пропонувалось доповнити Нью-Йоркську конвенцію відповідним додатком, у якому було б визначено

перелік спорів, що є арбітрабельними, проте, така ініціатива не було прийнята і зазначене питання було віднесено до компетенції національного законодавства [12].

Що стосується діючого законодавства України, то ні процесуальні кодекси (Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс), ні Закон України “Про міжнародний комерційний арбітраж” не містять визначення терміну “арбітрабельність”, у зв’язку з чим наукові дослідження поняття арбітрабельності та його співвідношення з такими категоріями як «юрисдикція», «підсудність» (в першу чергу, виключна) та «компетенція» є актуальними.

Щодо видів арбітрабельності, то у науці існує поділ арбітрабельності на об’єктивну та суб’єктивну. Об’єктивна арбітрабельність (арбітрабельність *ratione materiae*) звертається до предмету спору, визначаючи можливість передати такий спір на розгляд до арбітражу. Суб’єктивна арбітрабельність (арбітрабельність *ratione personae*), в свою чергу, звертається до сторін арбітражного спору, а саме, до їх здатності укласти арбітражну угоду та прийняти рішення про передачу спору на розгляд до міжнародного арбітражу.

Що стосується *суб’єктивної арбітрабельності*, то на думку Скворцова О.Ю. основу такого виду арбітрабельності складає загальна правосуб’єктність особи, яка, в свою чергу, передбачає матеріальну правосуб’єктність (тобто, можливість і здатність укладати цивільно-правові правочини) і процесуальну правосуб’єктність (тобто, можливість і здатність своїми діями захищати свої права в процесуальному режимі) [8]. Мініна А.І., в свою чергу, зазначає, що суб’єктивна арбітрабельність включає в себе питання можливості участі в міжнародному комерційному арбітражі держав, державних органів та організацій, державних закладів та інших осіб публічного права, а також третіх осіб та проблеми заміни сторін в арбітражній угоді [13]. Тому потребує дослідження питання щодо можливості розгляду міжнародним арбітражним судом спору, стороною у якому є «публічні особи», враховуючи, що законодавства зарубіжних країн врегульовують окреме питання по різному.

Об’єктивна арбітрабельність у законодавстві відображається у правових нормах, які встановлюють можливість передати спір на розгляд до комерційного арбітражу. В національному законодавстві зарубіжних країн спостерігається різний підхід стосовно врегулювання питання арбітрабельності спорів. В одних країнах на законодавчому рівні закріплюється перелік спорів, що є арбітрабельними та можуть передаватись на розгляд до міжнародного арбітражу, а в інших країнах законодавство встановлює перелік «неарбітрабельних» спорів.

В українському законодавстві нормативне регулювання питання арбітрабельності спорів присутнє в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [14] та у Господарському процесуальному кодексу України [15]. Стаття 1 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж»

передбачає, що до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном;

- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України; а також

- спори між адміністратором за випуском облігацій, який діє в інтересах власників облігацій відповідно до положень Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки», та емітентом облігацій та/або особами, які надають забезпечення за такими облігаціями, якщо принаймні одна зі сторін спору є підприємством з іноземними інвестиціями.

У той же час стаття 22 Господарського процесуального кодексу в редакції від жовтня 2017 року запропонувала нові правила арбітрабельності спорів, визначивши:

- коло спорів, що можуть бути передані на розгляд до міжнародного арбітражу;

- коло спорів, що не можуть передаватися на розгляд до міжнародного арбітражу;

- коло спорів, окремі цивільно-правові аспекти яких можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу (у зв'язку з відсутністю законодавчого визначення поняття «цивільно-правовий аспект спору», зазначене питання потребує окремого вивчення).

Таким чином, аналіз проблеми законодавчого регулювання арбітрабельності спорів потребує окремого детального дослідження зважаючи на основні напрямки судової реформи та тенденції до розширення переліку арбітрабельних спорів.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Національної економічної стратегії на період до 2030 року: постанова Кабінету Міністрів України від 03 березня 2021 р. № 170. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF#n25>.

2. Про затвердження Програми діяльності Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 12 червня 2020 р. № 471. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/471-2020-%D0%BF#Text>.

3. Еремін В.В. Подходы к определению арбитрабельности: соотношение арбитрабельности, подведомственности и компетенции. *Актуальные проблемы российского права*. 2019. №8 (105).

4. Коваленко І. Поняття та види арбітрабельності в теорії міжнародного комерційного арбітражу. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. №1.

5. Винокурова Л.Ф. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку правового регулювання в умовах реформування судової системи. Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху. V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І. Г. Побірченка 4 жовтня 2018 року. Збірник доповідей і статей. Київ, 2019.

6. Купцова М.В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі. *Адвокат*. 2012. № 5 (140).

7. Карпышев М.А. Допустимость международного арбитражного разбирательства (арбитрабельность коммерческих споров) в России и Японии. URL: http://teoriapractica.ru/rus/files/arhiv_zhurnala/2017/4/law/karpyshev.pdf

8. Скворцов О. Ю., Савранский М.Ю., Севастьянов Г.В. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М. : Статут, 2018. 965 с.

9. Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2013.

10. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070#Text.

11. Николюкин С.В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М.: Юриспруденция, 2009. 144 с.

12. Теплюк С.М. Застереження про публічний порядок як підстава для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, Київ, 2018.

13. Минина А.И. Понятие и содержание субъективной арбитрабельности. *Актуальные проблемы международного частного права*. 2014. №6 (43).

14. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України № 4002-ХІІ від 24 лютого 1994 року. *Відомості Верховної Ради України*, 1994, № 25, ст.198.

15. Господарський процесуальний кодекс України № 1798-ХІІ від 06 листопада 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*, 1992, № 6, ст.56.

*СТУДЕНЕЦЬ Ірина,
аспірантка кафедри господарського права та
господарського процесу Інституту права
Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

КОНЦЕСІЯ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я: ЗАКОНОДАВЧІ ІНІЦІАТИВИ

На сучасному етапі різні напрями економіки потребують нових механізмів для ефективного управління державним та комунальним майном. Відповідно до Державної програми стимулювання економіки [...] на 2020-2022 роки [1], розвиток державного сектору економіки відбувається шляхом залучення приватних інвестицій на умовах державно-приватного партнерства (далі – ДПП), у тому числі концесії, а однією з найбільш ефективних сфер, згідно із міжнародним досвідом, є сфера охорони здоров'я.

Наразі в Україні вперше розробляється законопроект щодо особливостей концесій у галузі охорони здоров'я [2], аналіз якого наведено нижче.

Серед переваг законопроекту щодо концесій у медичній сфері виділяємо наступні:

- визначення правових та організаційних засад концесії у даній сфері;
- об'єкт – майно одного або кількох закладів охорони здоров'я;
- спрощена процедура;
- заборона дискримінації концесіонера під час розподілу фінансування за державними бюджетними програмами;
- удосконалений порядок передачі ліцензій (концесіонер може здійснювати медичну діяльність на підставі ліцензій закладу охорони здоров'я до закінчення строку їх дії, а не лише 6 місяців, як передбачено чинним законодавством).

Водночас, на нашу думку, ряд нововведень щодо концесії у медичній сфері потребує доопрацювання, як вказано у таблиці далі.

Табл. 1. Аналіз новацій щодо концесійного механізму ДПП у сфері охорони здоров'я (станом на вересень 2021 року). Джерело: розроблено автором

<i>Запропоноване положення</i>	<i>Коментарі</i>
Об'єктом концесії може бути виключно майно багатопрофільної лікарні.	Звуження об'єкту, оскільки у міжнародній практиці ДПП у сфері охорони здоров'я варіюються від допоміжних послуг (наприклад, громадське

	харчування) до більш комплексних (будівництво та управління лікарнями) [3, с. 67]. Зокрема, за такої умови об'єктом не може бути заклад, що надає первинну медичну допомогу або окреме відділення лікарні.
Строк концесії – виключно 30 років.	Нівелює гнучкість концесійного механізму (наприклад, з огляду на експлуатацію деякого медичного обладнання, економічно обгрунтованими є невеликі строки). Доволі значний строк концесії та відсутність довгострокового бюджетного планування в Україні збільшують ризик неотримання концесіонером коштів за надані послуги у відповідному розмірі.
Запровадження типового техніко-економічного обгрунтування та типового договору концесії у сфері охорони здоров'я.	Ймовірність обмеження гнучкості концесійного механізму для окремих проєктів (залежно від закріплених законодавством положень).
Розроблення типового техніко-економічного обгрунтування органом, який приймає рішення про доцільність здійснення концесії.	Положення виключає можливість втілення ефективних напрацювань приватної сторони.
Можливість проведення повторного аукціону із зниженням ціни (на 50 %).	Може порушити баланс інтересів між приватною та публічною сторонами через надання значних фінансових переваг потенційному концесіонеру.
Концесіонер сплачує на користь концесієдавцю одноразову фіксовану плату, інші платежі від концесіонера заборонені.	Обмежує застосування інших форм концесійних платежів як одного із основних складових концесійної моделі.
Розрахунок інвестицій здійснюється на підставі кількості ліжок-місць.	Не дозволяє вирішити питання щодо існуючих економічно неефективних закладів охорони здоров'я.
Обов'язок концесіонера укласти трудовий договір з медичними	Не дивлячись на додаткові соціальні гарантії, може знизити

працівниками та встановити заробітну плату працівників у розмірі 150 % від розміру оплати праці до концесії.	інвестиційну привабливість проекту (наприклад, у випадку зміни вимог до посад).
Майно закладів охорони здоров'я комунальної форми власності може передаватися у концесію не раніше 1 січня 2025 року.	На даний час досліджується можливість таких проєктів у Києві, Полтаві та Львові, які (за умови позитивних висновків експертів) можуть бути реалізовані та залучити інвестиції раніше зазначеного строку.

Таким чином, законодавче закріплення особливостей концесії у сфері охорони здоров'я сприятиме залученню коштів інвесторів для вдосконалення функціонування закладів охорони здоров'я та якості медичних послуг в Україні. Для практичного втілення концесійної моделі в медичній сфері необхідно врахувати вищенаведені зауваження на стадії розробки та доопрацювання законопроекту.

Список використаних джерел:

1. Державна програма стимулювання економіки для подолання негативних наслідків, спричинених обмежувальними заходами щодо запобігання виникненню і поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, на 2020-2022 роки: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.05.2020 р. № 534. *Офіційний вісник України*. 2020. № 55. Т.2 С. 741.

2. Сайт Офісу простих рішень та результатів. URL: <https://drive.google.com/drive/folders/1GDotsNIHhfTZKkdKBqJeJ2iaEQmzx0o7>.

3. IFC Advisory Services in Public-Private Partnerships – Lessons from our work in infrastructure, health and education, 2010. URL: <https://library.pppknowledgelab.org/documents/2031/download>.

ТРОФІМОВА Каріна,
*аспірантка кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого*

ДЕСТРУКТИВНІ АСПЕКТИ ЛІЦЕНЗУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В СФЕРІ ГАЗОВИДОБУВАННЯ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

Поняття газовидобувної діяльності міститься в ст. 1 Закону України «Про нафту і газ» і передбачає промислову розробку родовища газу, яка передбачає технологічний процес вилучення з родовища газу та супутніх корисних компонентів, що здійснюється на основі відповідних проектних документів після завершення геологічного вивчення родовища, геолого-економічної оцінки і затвердження у встановленому порядку запасів газу і супутніх компонентів.

Розробка родовища газу є технологічним процесом вилучення з родовища газу та супутніх їм корисних компонентів, який складається з двох послідовних етапів – дослідно-промислової розробки родовища та промислової розробки родовища.

Газовидобувна діяльність є першим етапом в механізмі надання послуг газопостачання населенню, а тому займає провідне місце в напрямку країни до незалежності в газовидобутку. Метою такого дослідження є визначення проблеми на рівні газовидобування шляхом розкриття його етапів на рівні початку здійснення господарської діяльності суб'єктами господарювання.

Система газовидобування передбачає наступні стадії:

1) Отримання спеціальних дозволів на користування газовими надрами, які надаються центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері геологічного вивчення та раціонального використання надр. Отримання спеціальних озволів здійснюється в формі відкритої конкурсної ситеми.

2) Укладення угоди про умови користування газоносними надрами із центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері геологічного вивчення та раціонального використання надр.

3) Надання земельних ділянок для потреб газової галузі.

4) Проведення геологорозвідувальних робіт на ділянках, де здійснюється видобування газу.

5) Створення проекту дослідно-промислової розробки родовища (покладу) та проекту його облаштування, інвестиційного проекту (програми).

6) Дослідно-промислова розробка родовищ газу.

7) Введення родовищ газу у промислову розробку (газовидобування).

8) Страхування промислової розробки родовищ газу.

9) Комунікація з оператором Єдиної газотранспортної системи України.

10) Відповідальність за порушення вимог законодавства газовидобування.

Проблема належного правового забезпечення зазначеної діяльності виникає вже на першій її стадії, а саме в отриманні ліцензії. Зокрема предметом ліцензії є дозвіл на земельну ділянку на якій можливе здійснення діяльності з промислового видобутку газу. Тобто без отримання такої ліцензії суб'єкт господарювання не буде мати місце де він зможе розпочати свою діяльність.

Механізм отримання ліцензії передбачений «Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності із зберігання (закачування, відбору) природного газу» та полягає в наступному:

- Здобувач ліцензії подає до Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі - НКРЕКП) заяву про отримання ліцензії на здійснення діяльності у сфері газовидобування, форма заяви встановлена НКРЕКП та додається до Ліцензійних умов. Разом з зазначеною формою Ліцензіат додає документи, які підтверджують його особистість, ідентифікаційний номер платника податків, відомості про місця та засоби провадження господарської діяльності із зберігання (закачування, відбору) природного газу, розрахунок тарифів на послуги зберігання (закачування, відбору) природного газу (для газосховищ, до яких застосовується режим регульованого доступу) у встановленому порядку, а також документи до заяви про отримання ліцензії здобувачем надаються відповідно до опису, який зазначений у типовій формі відомостей про місця та засоби провадження господарської діяльності.

Тобто, порядок подання документів та перелік документів є зовсім не складним. Можемо зробити навіть висновок, що оформлення пакету документів для отримання ліцензії на здійснення господарської діяльності у сфері газовидобування є одним із найлегших етапів.

- Після подання пакету документів НКРЕКП протягом 10 робочих днів приймає рішення, яким надають ліцензію або відмовляють у наданні такої ліцензії. Відмова у виданні ліцензії передбачає дві підстави - це недостовірність або невідповідність відомостей, які були зазначені здобувачем ліцензії в документах.

- Рішення органу ліцензування оформлюється у виді постанови та оприлюднюється на офіційному сайті НКРЕКП.

- Рішення про відмову у видачу ліцензії можна оскаржити, розглядає скарг здійснює Експертно-апеляційна рада з питань ліцензування.

На рівні нормативно-правового регулювання механізму оформлення документів на отримання ліцензії можемо дійти висновку, що він оформлений досить зрозуміло та чітко, але як показує практика є безліч проблем саме в отриманні ліцензії.

Одна з причин систематичної відмови в видачі ліцензії, це існування надто великої кількості «сплячих» ліцензій. Це сталося тому що в період з 2000-х років була завелика кількість «охочих» займатися діяльністю з видобутку газу, основним лідером, який займав ділянки для видобутку газу була лише ДК «Укргазовидобування». В період з 2017 року до законодавчих актів було внесено зміни, а саме було створено Реєстр видачі ліцензій НКРЕКП на здійснення діяльності в сфері газовидобутку, газотранспортування та газопостачання, зазначені зміни внесли свої корективи у видачі ліцензій. Такі корективи проявляються в тому, що земельні ділянки на яких може видобуватися газ зараз «сплять», адже їх зайняли ті здобувачі ліцензії, які мабуть і не планували таку діяльність, такими здобувачами здебільшого є приватні фізичні та юридичні особи.

На території України на теперішній час є певна кількість ділянок на яких можливий видобуток газу і здебільшого ці території зайняті «сплячими» ліцензіатами, а суб'єкти, які дійсно займаються видобутком газу страждають через неможливість отримання нових ліцензій на нові ділянки. Таким чином більшість суб'єктів господарювання у сфері газовидобутку не можуть збільшити видобуток газу та відповідно покращити своє фінансове становище як платників податків, адже по суті «стоять» на одному місці.

На нашу думку для того, щоб усунути зазначені порушення, які створюють суттєві перешкоди в отриманні ліцензії на земельну ділянку для промислової розробки родовища газовидобування слід провести низку перевірок суб'єктів господарювання, які мають ліцензії на здійснення діяльності у сфері газовидобування про фактично її не здійснюють. Такі перевірки необхідно провести на предмет законності дій юридичних осіб щодо здійснення такої діяльності, а також встановити строк «сплячим» власникам ліцензій, за який вони повинні будуть розпочати свою діяльність на цих ділянках, або припинити використання ліцензії. В протилежному випадку при проведенні таких перевірок слід анулювати ліцензії та відповідно надати можливість іншим бажаючим суб'єктам отримати ці земельні ділянки для здійснення господарської діяльності у сфері газовидобутку.

На нашу думку вказані заходи дозволять збільшити обсяги видобутку газу та створити необхідне підґрунтя для формування незалежного енергетичного сектора.

УРКЕВИЧ Віталій,
доктор юридичних наук, професор, член-
кореспондент Національної академії правових
наук України, суддя Касаційного господарського
суду у складі Верховного Суду

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ОБ'ЄДНОАНОЇ ПАЛАТИ КАСАЦІЙНОГО ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ

Найголовнішим завданням Верховного Суду, визначеним ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII, є забезпечення єдності судової практики у порядку та способ, визначені процесуальним законом. Господарським процесуальним кодексом України (далі – ГПК України) передбачено такий процесуальний механізм виконання окресленого завдання як касаційний перегляд судових рішень в господарських справах об'єднаною палатою Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – об'єднана палата). Розглянемо окремі процесуальні питання функціонування об'єднаної палати.

1. Щодо підстав передачі справ на розгляд об'єднаної палати, то вони визначені ч. 2 ст. 302 ГПК України, якою передбачено, що суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати, передає справу на розгляд об'єднаної палати, якщо ця колегія або палата вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з іншої палати або у складі іншої палати чи об'єднаної палати.

У Касаційному господарському суді у складі Верховного Суду утворено та функціонують судові палати для розгляду справ (а) про банкрутство, (б) щодо захисту прав інтелектуальної власності, а також пов'язаних з антимонопольним та конкурентним законодавством, (в) щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів та (г) щодо земельних відносин та права власності, до складу яких входять відповідні колегії суддів.

Отже умовами передачі господарських справ на розгляд об'єднаної палати є: а) наявність висновку Верховного Суду щодо застосування норми права; б) формулювання такого висновку колегією суддів з іншої судової палати (або в цілому іншою судовою палатою чи об'єднаною палатою) Касаційного господарського суду; в) зміщення такого висновку до ухваленого рішення Верховного Суду у подібних правовідносинах (тобто в таких правовідносинах, що мають певні спільні риси з іншими або ж є тотожними з останніми); г) намір колегії суддів (судової палати), яка розглядає справу, відступити від попереднього висновку (тобто його уточнити, специфікувати або ж сформулювати протилежний).

До складу об'єднаної палати входять обрані зборами судді, що представляють всі судові палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду.

Таким чином, шляхом перегляду в касаційному порядку судових рішень судів попередніх інстанцій в господарських справах об'єднаною палатою забезпечується єдність судовою практики в межах Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду.

2. Щодо можливості повернення справ об'єднаною палатою зазначимо, що ГПК України приписів щодо цього не містить.

Водночас така процесуальна можливість передбачена ч. 6 ст. 303 ГПК України, за змістом якої якщо Велика Палата Верховного Суду дійде висновку про відсутність підстав для передачі справи на її розгляд або ж про недоцільність розгляду справи Великою Палатою Верховного Суду, справа повертається (передається) відповідній колегії (палаті, об'єднаній палаті) для розгляду, про що постановляється ухвала.

Насправді у виняткових випадках справи повертаються колегії суддів (судовій палаті) й об'єднаною палатою через відсутність підстав для передачі справи на розгляд останньої. Йдеться про випадки коли намір колегії суддів (судової палати) відступити від попереднього висновку, викладеного в рішенні Верховного Суду, стосується висновку, який сформульовано не в подібних правовідносинах.

Також очевидно, що об'єднана палата має повертати справи у зв'язку із наявністю попереднього висновку об'єднаної палати щодо застосування відповідної норми права.

Нормативні приписи щодо повернення справ об'єднаною палатою для розгляду відповідній колегії суддів (судовій палаті) мають бути закріплені в процесуальному законі.

3. Частиною 2 ст. 315 ГПК України регламентовано, що у постанові палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів, палата, об'єднана палата, що передала справу на розгляд палати, об'єднаної палати, Великої Палати. Іншими словами йдеться про те, що об'єднана палата за результатами касаційного перегляду судових рішень в господарських справах має сформулювати висновок щодо застосування відповідної норми права та вмістити його до своєї постанови.

При цьому, при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду (ч. 4 ст. 236 ГПК України). Очевидно, що й висновки об'єднаної палати щодо застосування норм права мають враховуватися судами при розгляді справ у подібних правовідносинах.

Проте до судових рішень суду касаційної інстанції (окрім постанов) належать також й ухвали, якими вирішуються процедурні питання. Відповідні ухвали постановляються й об'єднаною палатою.

Цікавим є питання про те, чи вміщують ухвали об'єднаної палати висновки про застосування норм права. Як приклад можна навести ухвалу об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 18 червня 2021 року у справі № 922/751/20, в якій йдеться не лише про відступ від висновку щодо застосування приписів статей 56, 58 ГПК України в частині обов'язковості відображення в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань інформації про особу, яка може діяти від імені юридичної особи в порядку самопредставництва, викладеного в постанові Верховного Суду від 23 листопада 2020 року у справі № 908/592/19, а й вміщено відповідний правовий висновок об'єднаної палати щодо застосування названих норм права.

Звідси можна заключити, що не лише в постановах, а й в ухвалах об'єднаної палати містяться висновки щодо застосування відповідних норм права, які мають враховуватися судами при застосуванні цих норм права у подібних правовідносинах. Щоправда відповідний припис потребує свого нормативного відображення в ГПК України.

УСТИМЕНКО Володимир,
член-кореспондент НАН України, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, директор Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова НАН України»

ДЖАБРАІЛОВ Руслан,
доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова НАН України»

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ЯК ОСНОВА ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Закономірним результатом розвитку держави виступає вдосконалення правового регулювання суспільних відносин, які під впливом об'єктивно існуючих закономірностей зазнають істотних змін, а подекуди виникають нові види суспільних відносин, які потребують врегулювання.

Починаючи з перших років незалежності України, комплексне вдосконалення національного законодавства стало одним з ключових державницьких завдань.

У зв'язку з цим доречно згадати Концепцію судово-правової реформи в Україні, затверджену постановою Верховної Ради України від 28.04.1992 р. № 2296-ХІІ [1]. Зокрема, у п. 2 тексту згаданої Постанови наголошувалось на необхідності продовження інтенсивної роботи по підготовці Кримінально-процесуального, Цивільно-процесуального, Кримінального, *Цивільного кодексів України*, Кодексу про адміністративні правопорушення, Кодексу законів про працю, *Господарського (торгового) кодексу України*.

Як зазначено у розділі VII Концепції судово-правової реформи в Україні, підготовка з послідуочим прийняттям вищезазначених Кодексів мало відбутися протягом першого етапу судово-правової реформи. При цьому всього передбачалося три етапи, але терміни їх реалізації не було чітко визначено.

Втім, як свідчить правотворча хронологія, прийняття Цивільного [2] та Господарського [3] кодексів України відбулося в один день – 16 січня 2003 року із введенням в дію з 1 січня 2004 року.

Минуло вже трохи більше 18 років з того часу і, безперечно, за досить тривалий час розвитку економіки держави у зв'язку з ускладненням господарських зв'язків, виникненням нових раніше невідомих сфер господарювання, правових інститутів, появою нових учасників економічних відносин тощо у поєднанні з процесами глобалізації та євроінтеграції актуалізувалася потреба у оновленні нормативно-правового поля України, особливо кодифікованих актів як системоутворюючих у відповідній галузі законодавства.

В очікуванні позитивних трансформацій у липні 2019 року Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України», якою було затверджено склад робочої групи та затверджено Положення про робочу групу [4]. Як було зазначено у Положенні про робочу групу, одним із завдань такої групи було визначено проведення комплексного аналізу існуючого цивільного законодавства України та визначення сфер приватноправових відносин, які потребують приведення у відповідність із світовими тенденціями розвитку приватного права.

При цьому загальновідомою є теза про умовність поділу права на публічне та приватне, як і теза про те, що неможливо у рафінованому вигляді виокремити суто приватноправові відносини. У виникненні будь-яких правовідносин є воля та інтерес держави, адже нормою права остання легітимізує існування відповідних відносин, спрямовує дії всіх учасників на досягнення мети правового регулювання. Відповідно правомірна користь, яка здавалося б є сферою інтересів двох або більше приватних суб'єктів, стає предметом заохочення з боку держави. Таким чином, відбувається взаємна

інтеграція публічного та приватного права або точніше публічно-правового та приватноправового регулювання у межах правової системи держави.

Саме дотримання балансу публічних та приватних інтересів у сфері економічних відносин, на регулювання яких спрямовані норми Цивільного та Господарського кодексів України, мало б стати предметом правової політики держави, проведення якої, відповідно до абз. 2 п. 3 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 27.02.2014 р. [5], забезпечує Уряд України.

Втім з невідомих причин назріла потреба у здійсненні рекодифікації (оновленні) господарського законодавства України, паралельно із цивільним законодавством, залишилась поза увагою Кабінету Міністрів України.

Більше того, з мовчазної згоди Кабінету Міністрів України, а інакше це назвати неможна, члени робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України запропонували у оприлюдненій Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція) [6] ідею скасування Господарського кодексу України. Традиційною для таких гасел є відсутність належної аргументації, переважання риторики, на кшталт, що це сприятиме розвитку економіки держави, залученню інвестицій тощо.

Грунтовну оцінку зазначеної Концепції наведено у науково-експертному висновку, підготовленому провідними вітчизняними науковцями, предметом досліджень яких є питання правового регулювання економічних відносин. Варто зауважити, що науково-експертний висновок до Концепції оновлення Цивільного кодексу України було схвалено на розширеному засіданні Координаційного бюро з проблем правових основ підприємницької діяльності, господарського та комерційного права Відділення екологічного, господарського та аграрного права НАПрН України (протокол № 3 від 09.04.2021 р.) та рекомендовано до друку вченою радою Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України» (протокол № 7 від 26.04.2021 р.) [7].

Додатково до тексту згаданого науково-експертного висновку додано *Концепцію модернізації господарського законодавства України*, яка була попередньо схвалена на розширеному засіданні Координаційного бюро з проблем правових основ підприємницької діяльності, господарського та комерційного права Відділення екологічного, господарського та аграрного права НАПрН України (протокол № 1 від 25.02.2021 р.), рекомендована до друку вченою радою Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України» (протокол № 3 від 05.03.2021 р.), а також оприлюднена у загальнонаціональній правовій газеті «Юридичний вісник України» [8].

Загалом, ідея скасування Господарського кодексу України не нова, втім її практична реалізація навряд чи є здійсненою через невідповідність **Основному Закону**, який проголошує Україну правовою державою (ч. 1 ст. 1 Конституції України), а також визнає дію принципу верховенства права (ч.

1 ст. 8 Конституції України), **міжнародним угодам, ратифікованим Верховною Радою України, а також інших міжнародним документам.**

Насамперед, варто звернути увагу на ч. 4 ст. 13 Конституції України [9], у якій зазначено, що держава забезпечує захист прав усіх **суб'єктів** права власності і **господарювання**, соціальну спрямованість економіки. З цього конституційного положення можна дійти думки про визнання існування суб'єктів господарювання як особливих учасників суспільних відносин. Відповідно суспільні відносини за їх участі потребують спеціального правового регулювання, що не охоплюється принципами та нормами цивільного законодавства.

Неузгодженими із Конституцією України можна визнати основні постулати Концепції, які передбачають встановлення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб, скасування речових титулів – право господарського відання та оперативного управління, які є характерними саме для суб'єктів господарювання державного та комунального секторів економіки та ін.

Попри очевидну шкідливість зазначених пропозицій, останні вступають у протиріччя з ч. 1 ст. 15 Конституції України про те, що суспільне життя в Україні ґрунтується **на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності**. Закономірним вбачається те, що Основний Закон України наголошує саме на багатоманітності, що дає підстави стверджувати про недоцільність та неможливість обмежити організацію та здійснення господарської діяльності чітко встановленими наперед організаційно-правовими формами юридичних осіб. Адже суспільні відносини не є статичними та з кожним днем з'являються нові форми організації та ведення бізнесу, особливо в умовах глобальної цифровізації економіки всіх країн світу. Стають затребуваними нові правові конструкції, які важко було навіть передбачити і сподіватися на їх втілення у практичну площину.

Крім того, всупереч Конституції України розробники Концепції пропонують відмовитися від окремих конструкцій юридичних осіб, називаючи їх архаїчними та відносячи до останніх підприємства. **Втім термін «підприємство» у різних відмінках згадується багато разів у різних статтях Конституції України, а саме ст. 37, 46, 78, 86, 103, 120, 142, 143.**

Додатково не враховано, що господарсько-правова термінологія використовується не лише у текстах Конституції України та актів національного господарського законодавства, а і неодноразово згадується у міжнародних угодах, ратифікованих Верховною Радою України, а також інших міжнародних документах.

Так, у тексті Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованої Законом № 1678-VII від 16.09.2014 р., використовуються такі терміни як «господарська

діяльність» (ст. 135, 149, 151, 422), «економічна діяльність» (ст. 86), «суб'єкт господарювання» (ст. 76, 253, 254, 355, 378), «суб'єкт господарської діяльності» (ст. 86, 282), «приватні суб'єкти господарювання» (ст. 149), «державний суб'єкт господарювання» (ст. 277), «об'єднання суб'єктів господарювання» (ст. 254), «державне підприємство» (ст. 149), «комунальне господарство» (ст. 148) тощо [10].

Варто також звернути увагу, що термін «підприємство» знайшов поширення у термінологічному апараті правових документів міжнародних організацій. Зокрема, можна згадати «Руководящие принципы ОЭСР по корпоративному управленню для предприятий с государственным участием» (в редакції 2015 р.), які були підготовлені Організацією економічного співробітництва та розвитку [11]. Зокрема, до таких підприємств у документі ОЕСР віднесено, зокрема, акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, корпорації (напевно у більш широкому значенні, аніж це передбачено національним законодавством) щодо яких держава здійснює право власності.

Загалом сама ідея скасування Господарського кодексу України набуває більшого масштабу та глибини, якщо розглядати це питання через призму відповідності засадам правопорядку та принципу верховенства права. Тим більше, що усталене розуміння принципу верховенства права запропоноване Конституційним Судом України.

У мотивувальних частинах низки рішень Конституційного Суду України наводяться положення щодо елементів (або, як зазначається в текстах рішень, вимог) принципу верховенства права. Зокрема, у п. 2.1.1 мотивувальної частини Рішення Другого сенату Конституційного Суду України від 18 червня 2020 р. у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко О.М. щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису п. 5 р. III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» міститься застереження про те, що *однією з вимог принципу верховенства права (правовладдя) є вимога юридичної визначеності (як принцип)*. Одним із складових елементів загального принципу юридичної визначеності є вимога (як принцип) передбачуваності приписів права. Додатково в згаданому Рішенні, у п. 2.1.2 мотивувальної частини підкреслено, що *складовим елементом загального принципу юридичної визначеності як вимоги верховенства права (правовладдя) також є принцип правомірних (легітимних) очікувань*, який, за тлумаченням Венеційської комісії, «виражає ідею, що органи публічної влади повинні додержуватися не лише приписів актів права, а й своїх обіцянок та пробуджених очікувань» (спеціальне дослідження Венеційської комісії «Мірило правовладдя», розділ II.B.5, п. 61) [12].

Як зазначено в п. 2.3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності)

окремого положення п. 26 р. VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України, *юридична визначеність є ключовою в розумінні верховенства права; держава зобов'язана дотримуватися та застосовувати в прогнозований і послідовний спосіб ті закони, які вона ввела в дію; юридична визначеність передбачає, що норми мають бути зрозумілими і точними, а також спрямованими на забезпечення постійної прогнозованості ситуацій і правовідносин.* Далі наголошується на тому, що в контексті ст. 8 Конституції України юридична визначеність забезпечує адаптацію суб'єкта правозастосування до нормативних умов юридичної дійсності та його впевненість у своєму юридичному становищі, а також захист від свавільного втручання держави. При цьому юридичну визначеність запропоновано розуміти через такі складові: чіткість, зрозумілість, однозначність норм права; право особи у своїх діях розраховувати на розумну стабільність чинного законодавства і можливість передбачати наслідки застосування норм права (легітимні очікування) [13].

Як можна переконатися, Конституційний Суд України у численних рішеннях наголосив на важливості дотримання принципу верховенства права як у правотворчій, так і у правозастосовній діяльності.

Таким чином, прийняття будь-яких рішень щодо подальших напрямів розвитку як цивільного, так і господарського законодавства має відбуватися в прогнозований і послідовний спосіб, виправдовуючи очікування суспільства.

Адже до сьогоденного дня історія становлення та розвитку господарського законодавства переконувала в тому, що держава свідомо докладала зусиль до розробки та введення в дію Господарського кодексу України – починаю від ідеї про розробку Господарського (торгового) кодексу України, втіленій у Концепцію судово-правової реформи в Україні, затвердженій у 1992 році постановою Верховної Ради України до остаточного прийняття кодексу у 2003 році та виділенні у 2004 році у межах Класифікатора галузей законодавства України такої галузі як «090.000.000 Господарське законодавство. Підприємства і підприємницька діяльність» [14].

Отже, логічними виглядатимуть наступні дії Верховної Ради України щодо подальшого поглиблення реформ у частині розвитку господарського законодавства шляхом його рекодифікації.

Список використаних джерел:

1. Концепція судово-правової реформи в Україні, затверджена постановою Верховної Ради України від 28.04.1992 р. № 2296-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 30. Ст. 426.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. (Зі змін. та допов.).
3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462. (Зі змін. та допов.).

4. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 650. *Офіційний вісник України*. 2019. № 60. Ст. 2067.
5. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 року № 794-VII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 20. Ст. 619. (Зі змін. та допов.).
6. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. URL: <https://drive.google.com/file/d/1ExwdnngsmvpAZJtWi836Rr6-x1quaZJQ/view>
7. Науково-експертний висновок до Концепції оновлення Цивільного кодексу України: брошура / під заг. ред. члена-кореспондента НАН України В.А. Устименка. Київ : НАН України, ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України», 2021. 112 с.
8. Концепція модернізації господарського законодавства України. *Юридичний вісник України*. 2021. 2-22 квітня (№ 13-15). С. 18-19.
9. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. (Зі змін. та допов.).
10. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 року. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Том 1. Ст. 2125.
11. OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition:(Russian version), OECD Publishing, Paris. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru>
12. Рішення Другого сенату Конституційного Суду України від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020 у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213-VIII. *Офіційний вісник України*. 2020. № 55. Том 2. Ст. 1729.
13. Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2020 року № 6-р/2020 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення пункту 26 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України. *Офіційний вісник України*. 2020. № 32. Ст. 1097.
14. Класифікатор галузей законодавства України, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 2 червня 2004 року № 43/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v43_5323-04#Text

ХУДЕНКО Олександр,
кандидат юридичних наук, асистент кафедри
господарського права та господарського процесу
Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

ДОТРИМАННЯ НОРМ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: НЕОБОВ'ЯЗКОВИЙ ОБОВ'ЯЗОК

Дотримання норм процесуального права згадується в Господарському процесуальному кодексі (далі - ГПК України) як одна з умов законності судового рішення (ч. 2 ст. 236 ГПК України). Натомість підставами для скасування судового рішення зазначається саме *порушення норм процесуального права* (ст. 277 ГПК України), а не їх недотримання. Не хочеться ставити риторичних питань, але дійсно це виглядає ніби суд може не дотримуватися норм процесуального права і судові рішення, яке у зв'язку з цим не є законним, скасуванню не підлягатиме, якщо норми процесуального права не були порушені. Відтак необхідно з'ясувати як співвідносяться дотримання та порушення норм процесуального права.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон) дослівно не вимагає від суддів дотримання норм процесуального права, але відповідно до п. 2 ч. 7 ст. 56 цього Закону *суддя зобов'язаний: [...] розглядати і вирішувати судові справи відповідно до закону з дотриманням засад і правил судочинства*. Вважаємо, що дотримання правил судочинства, в контексті поведінки судді, є тотожним за значенням до дотримання норм процесуального права, а тому відповідний обов'язок для суддів законом передбачено. Однак недотримання правил судочинства (норм процесуального права) не є підставою дисциплінарної відповідальності судді, бо такою підставою Закон, майже як і ГПК України щодо скасування рішень, визначає саме *істотне порушення норм процесуального права* (пп. а п. 1 ч. 1 ст. 106 Закону).

Істотність порушення норм процесуального права означає, що не будь-яке порушення відповідних норм буде підставою дисциплінарної відповідальності судді, а лише те, *що унеможливило реалізацію учасниками судового процесу наданих їм процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків або призвело до порушення правил щодо юрисдикції або складу суду*. Так само і в ГПК України в абз. 2 ч. 2 ст. 277 підставою для скасування або зміни рішення зазначається тільки таке порушення норм процесуального права, *якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи* або воно охоплюється переліком обов'язкових підстав для скасування судового рішення з ч. 3 ст. 277 ГПК України.

Таким чином, не вдаючись до семантичного аналізу окремих слів, дотримання норм господарського процесуального права для судді це обов'язок, наслідком невиконання якого буде порушення норм

процесуального права, що в свою чергу може бути підставою для скасування судового рішення та/або дисциплінарної відповідальності судді у встановлених законом випадках.

Порушення норм процесуального права, яке не призвело до неправильного вирішення справи або не охоплюється переліком обов'язкових підстав для скасування судового рішення, апеляційними судами здебільшого ігнорується. Для прикладу це може бути: 1) порушення строків розгляду справ і заяв; 2) врахування процесуальних документів, які мали бути залишені без розгляду; 3) повернення в підготовче провадження після початку розгляду справи по суті або розмивання такого переходу і створення невизначеності в моменті його настання; 4) ухилення від постановлення ухвал як письмових, так і протоколювання усних; 5) форсування та показове ігнорування судових дебатів тощо. Подібні порушення не є підставами для скасування судових рішень, але вони руйнують господарську процесуальну форму, створюють процесуальну невизначеність і сприяють так званому «суддівському свавіллю».

Натомість учасники судового процесу не можуть дозволяти собі взагалі будь-якого *невиконання процесуальних обов'язків*, бо за це вони ризикують бути піддані заходам процесуального примусу, зокрема у вигляді штрафу відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 135 ГПК України. Тому в реальності дотримання норм господарського процесуального права це обов'язок насамперед для учасників судового процесу, а для суддів це лише ідеал, досягти якого бажали представники законодавчої влади, відповідальні за проведення судової реформи. Для дотримання суддями норм процесуального права потрібно не тільки встановлювати для них ідеали поведінки, а й прогнозувати чи завжди буде середньостатистичний суддя господарського суду дотримуватися тих процесуальних норм, які представники законодавчої влади вважають за необхідне зробити для нього обов'язковими.

ЧЕРНЕНКО Олена,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ МАЙНА ДОЧІРНИХ ПІДПРИЄМСТВ ДЕРЖАВНИХ АКЦІОНЕРНИХ КОМПАНІЙ

В юридичній літературі не вироблено єдиного підходу до визначення поняття дочірнього підприємства. З огляду на зміст ст. 126 ГК України дочірнє підприємство можна визначити як юридичну особу, а саме: суб'єкт

господарювання, що перебуває у залежності (простій чи вирішальній) від іншого суб'єкта господарювання. Простою є залежність, коли один суб'єкт господарювання (материнське) може блокувати прийняття рішень іншим (залежним), які мають бути прийняті відповідно до закону чи установчих документів цього суб'єкта господарювання кваліфікованою більшістю голосів. Вирішальною є залежність, що виникає, якщо між суб'єктами господарювання встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого суб'єкта господарювання у статутному фонді та / або загальних зборах чи інших органах управління дочірнього суб'єкта господарювання, зокрема володіння 100 % акцій [1, с.139].

Вінник О.М. вважає, що дочірнім підприємством є господарська організація, що перебуває під вирішальним контролем іншого підприємства (материнського або контролюючого). При цьому контроль над дочірнім підприємством може забезпечуватися різними шляхами, а саме: наявністю в засновника дочірнього підприємства права власності на закріплене за підприємством майно; володінням на праві власності контрольним пакетом акцій (відповідною часткою в статутному капіталі) дочірнього підприємства; володінням більшістю голосів на загальних зборах акціонерів без наявності права власності на відповідну частку в статутному капіталі дочірнього підприємства; укладенням договору про підпорядкування керівництва дочірнього підприємства керівництву іншого підприємства тощо [2, с. 3].

Однією з основних ознак дочірнього підприємства є його залежність від материнської компанії, а точніше – можливість здійснення впливу на прийняття рішень дочірнім. У науковій літературі радянського періоду панувала думка про неможливість передання майна у власність дочірньому підприємству, оскільки наслідком буде втрата залежності від основного підприємства; тоді використовувалися право оперативного управління та господарського відання. Сьогодні у чинному національному законодавстві не передбачено прямої заборони на передачу майна материнської компанії у власність дочірньому підприємству [1, с. 147].

На специфіку правового режиму майна суб'єкта господарювання безпосередньо впливають форма власності, правова підстава на якій належить майно тому чи іншому суб'єкту господарювання, вид та організаційно-правова форма суб'єкта господарювання тощо. С.К. Єлькін розкриває зміст і сутність правового режиму майна акціонерного товариства як встановлених у законодавстві правил реалізації правомочностей з володіння, користування та розпорядження майном товариства в процесі підприємницької діяльності [3].

Основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їх господарська діяльність, відповідно до ч. 1 ст. 133 ГК України, становлять право власності, право господарського відання, право оперативного управління.

Одним з проблемних моментів стосовно майна, яке передається материнською компанією дочірній, є питання передачі дочірнім підприємствам майна, що не підлягає приватизації, тобто державного майна, закріпленого за материнською компанією, та наступне неправомірне розпорядження цим майном дочірнім підприємством. Тому важливим є конкретизація змісту правового режиму майна дочірнього підприємства, що відображається в установчих документах як материнської компанії так і її дочірнього підприємства.

Слід зазначити, що частину дочірніх підприємств державних акціонерних компаній було створено за рішеннями відповідних суб'єктів управління на базі майна певних державних унітарних підприємств (шляхом перетворення останніх), інші ж дочірні підприємства утворювались самими національними (державними) акціонерними компаніями шляхом виділення частини майна, належного їм на різних правових титулах. Із плином часу між органами державної влади та зазначеними господарськими організаціями почали виникати суперечки стосовно наявності у держави прав на таке майно, а також правомочностей щодо розпорядження ним [1, с. 141-142].

Відсутність єдиної позиції щодо правового режиму майна дочірніх підприємств державних акціонерних компаній спричиняє низку проблем. Так, з матеріалів судової справи № 904/1146/18 вбачається позиція, відповідно до якої Дочірнє підприємство «Дніпропетровський облавтодор» не є державним підприємством, оскільки воно є юридичною особою, яка має відокремлене майно, самостійний баланс та рахунки в банках; його створено не органом державної влади, а господарським товариством, зокрема акціонерним товариством, та не у розпорядчому порядку; назва боржника не містить слова «державне».

ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» є акціонерним товариством, у якому 100% акцій перебувають у державній власності. Передаючи майно до статутного капіталу акціонерної компанії, держава в особі уповноваженого органу втратила право на володіння, користування і розпорядження таким майном, натомість здобула корпоративні права й управляє ними на підставі Закону України «Про управління об'єктами державної власності». Проте власником майна, яке передано до статутного капіталу третьої особи, є саме Компанія, а не держава. Отже, ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» не може вважатися державним підприємством.

Одним із аргументів на користь окресленої позиції наведено лист Міністерства інфраструктури України від 25.06.2019р. відповідно до якого ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» не відноситься до категорії державних підприємств та є окремою юридичною особою, засновником якої є АТ «Державна акціонерне компанія» Автомобільні дороги України».

Проте існує й інша правова позиція, відповідно до якої засновник ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги

України» є державним акціонерним товариством, 100 % акцій якого належать державі, то його дочірнє підприємство за своєю сутністю також є державним підприємством, адже діє на основі державної власності, переданої йому засновником у господарське відання[4].

Враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що необхідно врегулювати питання пов'язані з правовим становищем державних акціонерних компаній, їх дочірніх підприємств, правовим режимом їх майна шляхом прийняття спеціального закону про суб'єктів державного сектору економіки.

Список використаних джерел:

1. Волкова Л.О. Цивільно-правовий статус державних акціонерних компаній. URL:

http://idpnan.org.ua/files/2019/volkova-l.-o.-tsivilno-pravoviy-status-derjavnih-aktsionernih_d-.pdf

2. Вінник О.М. Правове становище дочірніх підприємств. *Підприємництво, господарство і право*. 2000. № 1. С. 3-7.

3. Елькин С.К. Правовой режим имущества акционерного общества: дис. ... канд. юрид. наук (12.00.04). Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. М., 1998. С. 8.

4. Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних URL:<http://od.reyestr.court.gov.ua/files/43/70951bbf9fb4700ffde3bd515bf29c02.rtf>.

ШВИДКА Тетяна,

*доктор юридичних наук, доцент, асистент
кафедри господарського права Національного
юридичного університету імені Ярослава
Мудрого*

ЩОДО ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ КОНКУРЕНТНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

Господарський кодекс України визначає спрямування антимонопольно-конкурентної політики держави як напрям економічної політики держави. Проте, на мій погляд конкурентна політика держави має отримати не просто визначення у Господарському кодексі України, а й мати закріплення на рівні документів програмного і прогнозного характеру. У цих документах повинні бути чітко вказані функції, сформовані цілі й завдання (найближчі і на подальшу перспективу), врахована сегментація ринку й завдання по кожному сегменту. Важливо також акцентувати на засобах виконання цих завдань. Програма повинна передбачати показники

інтенсивності конкуренції по сегментах, брати до уваги динамічність появи нових ринків, передбачати забезпечення конкурентності й недопущення монополізації цих ринків. У цій ситуації варто також враховувати процеси глобалізації, діяльність СОТ, відкритих ринків, дотримання принципів конкуренції.

Реалізація економічної політики держави відбувається завдяки правовим механізмам. Важливо при цьому зважати на процеси глобалізації, публічні інтереси й суспільні пріоритети у сферах господарювання, як уже існуючих, так і тих, що розвиваються. Мова йде як про функціонування ринку в цілому, так і його окремих сфер, секторів, сегментів, галузей, видів виробництв тощо [1]. У той же час варто пам'ятати, що в кожній сфері виробництва чи галузі економіки необхідно, зокрема, дотримуватися і принципів господарювання, визначених у статті 6 Господарського кодексу України [2] і тісно пов'язаних із принципами конкуренції та конкурентної політики, яку не можна розглядати ізольовано від інших напрямів економічної політики держави.

На сьогодні панування олігархічного монополізму є очевидним, але через це виникає багато проблем. Отже, стає нагальною що потреба реформування антимонопольно-конкурентного законодавства. Прийняття у 2001 році Закону України «Про захист економічної конкуренції» було стрімким і рішучим кроком вперед, бо підтверджувало прагнення наблизитися до європейського законодавства і ознаменувало початок нового етапу розвитку конкуренції. Проте бажаних результатів не було досягнуто. Реформування Антимонопольного комітету України у 2001 році, так само як і його створення на початку 90-х років як унікального органу зі спеціальним статусом, мало за мету формування незалежного органу, покликаного захищати конкуренцію, чесних підприємців, стимулювати розвиток малого і середнього бізнесу, недопущення монополізації економіки. Однак нині ні в кого не викликає сумнівів той факт, що дієвість АМКУ іноді піддається сумнівам.

Нині дуже важливим питанням є реформування конкурентної політики, чого, до речі, не просто вимагає економіка, а й міжнародні партнери. Отже, мають відбутися кардинальні зміни в конкурентному законодавстві. Важливою умовою при цьому виступає дотримання статусу незалежності посадовців АМКУ й недопущення будь-якого впливу на членів АМКУ з боку олігархів при прийнятті рішень, пов'язаних із боротьбою з олігархічними структурами на ринку. Крім того, нагальним є й закріплення на законодавчому рівні вимог до фаховості претендентів на зайняття високих посад в АМКУ й встановлення конкурсних засад їх призначення й незалежного визначення кваліфікації працівників.

До того ж реформування передбачає проведення дієвих державних заходів, як-от:

- створення спеціального органу для оскарження публічних закупівель задля розвантаження роботи АМКУ;

- модернізація й налагодження співпраці антикорупційних, правоохоронних органів і системи правосуддя для ефективного захисту підприємців і можливості вести чесний бізнес на основі правил добросовісності та чесної конкуренції;

- підтримка малого й середнього бізнесу, послаблення влади олігархічних структур;

- залучення саморегульованих організацій та бізнес-середовища до регулювання конкурентних відносин, а в подальшому створення Громадської ради з питань конкуренції при Президентові України;

- підтримка регіональних програм розвитку конкуренції поряд із загальнодержавними.

Звичайно, Комітетом зроблено певні кроки на шляху до реформування, зокрема, 28 листопада 2019 року проведено публічне обговорення конкурентно-антимонопольної реформи [3], на якому запропоновано внести зміни на конституційному рівні щодо передбачення: заборони антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання (картелей) (ст.42 Конституції України); механізму призначення й звільнення голови та державних уповноважених Верховною Радою України за поданням Президента України (ст. 85 Конституції України). Конституційна реформа необхідна передусім задля усунення можливостей тиску на АМКУ з боку уряду.

Погоджуючись з тим, що необхідно внести зміни і до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» [4] щодо призначення голови та членів АМКУ, запровадженням прозорого механізму конкурсного відбору на посади Голови і державних уповноважених АМКУ.

Вбачається, що за невиконання планів, передбачених програмним документами у сфері захисту економічної конкуренції, антимонопольні органи повинні відповідати перед урядом, а для цього варто запровадити спеціальний механізму.

Не менш важливим є питання судової реформи у сфері захисту конкуренції аж до створення спеціалізованого суду, до компетенції якого будуть входити розгляд спорів в сфері економічної конкуренції та державної допомоги суб'єктам господарювання.

Особливої уваги потребує посилення боротьби із картельними змовами та механізмами їх розкриття, поряд із зловживанням монопольним становищем та боротьбою з олігархізацією на ринках. Стимулами припинення картелей є удосконалення системи Leniency та Settlement та впровадження їх у життя.

Звісно, варто погодитися із тим, що існує необхідність у реформуванні системи антимонопольно-конкурентного законодавства. У той же час уся проблематика захисту економічної конкуренції значною мірою підпадає під сферу організаційно-господарських відносин, в яких, як відомо, ключовим елементом визнається суб'єкт організаційно-господарських повноважень, а

у сфері захисту економічної конкуренції ним є АМКУ. Усі правила, засоби організаційно-господарського впливу, процедури, у межах яких застосовуються різні види відповідальності за порушення конкурентного законодавства, та інші аспекти реалізуються через господарську компетенцію суб'єкта організаційно-господарських повноважень.

З огляду на наведене наявні правові положення і господарська компетенція АМКУ – це центральна ланка всього законодавства про захист економічної конкуренції. Як уже відмічалось, проблеми реформування конкурентного законодавства логічно пов'язані між собою, але без визначення відповідних функціональних завдань, процедур, пов'язаних із діяльністю АМКУ, оновлення системи законодавства не можна досягти. Тому логічним стає питання перегляду з метою змінення структури і складу АМКУ.

Отже, підсумовуючи, зауважу, що реформування антимонопольних органів – це процес модернізації та удосконалення системи АМКУ, його взаємозв'язку з іншими структурними відомствами, державними органами, антимонопольними органами інших держав тощо. Отже, воно не тільки повинно відбуватися на законодавчому рівні, а й зачіпати структуру органів. Виходячи з цього АМКУ як орган контролю й регулювання в конкурентній сфері має, по-перше, нести певну відповідальність за невиконання покладених на нього зобов'язань; по-друге, бути незалежним; по-третє, враховуючи, стати ключовою структурою для проведення антиолігархічної політики держави. Таким чином, на порядок денний слід поставити питання змінення підходів до формування складу АМКУ, щоб, як уже наголошувалося, уникнути впливу з боку олігархічних структур.

У той же час гарантія незалежності АМКУ, його посадових осіб, підтримання економічної конкуренції – це постійний системоутворюючий чинник економіки ринкового типу, а отже, цей економічний параметр має бути забезпечений безвідносно до змісту і завдань політики уряду (разом із тим слід зробити застереження, що в практичній площині засоби забезпечення економічної конкуренції і притягнення до відповідальності за скоєні правопорушення, нормативи, інтенсивність характеру запобігання порушенням правопорядку – всі ці чинники можуть слугувати частковому виконанню функцій, інструментом економічної політики держави як такої, зберігаючи свій автономний характер). У цьому контексті цілком логічною буде теза про те, що правове становище АМКУ передбачає його незалежність від виконавчої гілки влади. Отже, можливо, чинний механізм не вирішує це завдання.

Спираючись на наведене, можемо констатувати, що основним напрямом реформування АМКУ є створення умов для реальної незалежності АМКУ від тиску з боку як органів державної влади, так і суспільно-економічної влади, яку уособлюють олігархи.

Список використаних джерел:

1. Швидка Т. І. До питання про інституціоналізацію конкурентної політики держави. *Проблеми законності*. 2019. № 147. С. 131–139.
2. Господарський кодекс України : від 16 січ. 2003 р. № 436–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18–22. Ст. 144.
3. Офіційний вебпортал Антимонопольного комітету України. URL: <https://amcu.gov.ua/news/amku-predstaviv-rezultati-progresu-reformuvannya-sistemi-konkurentnoi-politiki-v-ukraini>
4. Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26 листоп. 1993 р. № 3659–XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 50. Ст. 472.

ЩЕРБИНА Валентин,

*доктор юридичних наук, професор, академік
НАПрН України, професор кафедри
господарського права та господарського процесу
Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка*

КОРПОРАТИВНІ ВІДНОСИНИ В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ, ПРАВОВА ПРИРОДА

В українській юридичній науці досить тривалий час точиться дискусія щодо поняття, змісту та правової природи корпоративних відносин, до якої ще в 2006 році долучився і автор [1], час від часу повертаючись до неї [2; 3; 4; 5] у зв'язку з різними визначеннями поняття та кола суб'єктів корпоративних відносин, а головне – з намаганнями представників цивілістичної науки вкотре довести цивільно-правовий характер зазначених відносин (останню спробу ми бачимо в проекті Закону «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період», зареєстрованому у Верховній Раді України 09 вересня 2021 р. за № 6013).

Більше того, до цієї дискусії останнім часом долучаються вже і представники науки адміністративного права, намагаючись «перетягти ковдру» на себе, очевидно виходячи з того, що ця «ніша» ще не зайнята вченими-адміністративістами. Зокрема, М.С. Біленко зазначає, що «корпоративні правовідносини як об'єкт адміністративно-правового регулювання має певні особливості, оскільки корпоративні правовідносини мають власний об'єкт – це дії, що спрямовані на реалізацію суб'єктивного корпоративного права та юридичного обов'язку» [6, с. 94].

Варто зазначити, що висловлювані судження щодо цивільно-правової природи корпоративних відносин, як правило, ґрунтуються на

непереконливих аргументах, а інколи свідчать про низький рівень, а то і відсутність наукової етики в працях окремих авторів при посиланні на роботи своїх наукових опонентів [7; 8].

Ми не будемо заглиблюватися в дискусію з приводу правової природи корпоративних прав та корпоративних відносин, оскільки в попередніх публікаціях неодноразово розглядали це питання і висвітлювали свою позицію, яка і сьогодні залишається незмінною. Зазначимо лише, що як і раніше, дискусія зводиться до головного питання: предметом якої галузі права мають бути корпоративні відносини – цивільного чи господарського?

Ю.Ю. Симонян вважає, що, корпоративні відносини мають складну правову природу, комплексний характер, тому вони і регулюються різними галузями права – цивільним і господарським, і зазначає, що це зумовлено в першу чергу недосконалістю вітчизняної законодавчої бази, зокрема уповільненим процесом узгодження Цивільного та Господарського кодексів [9, с. 272]. Помилка авторки в тому, що ні один, ні інший кодекс не можуть визначити, а, тим більше, встановити правову природу корпоративних відносин, яка зумовлена сутністю зазначених відносин. Мова може йти лише про галузеве правове регулювання цих відносин, що є похідним від їх правової природи.

Оригінальне пояснення правової природи корпоративних прав пропонують Н.В. Іванюта та Р.В. Колосов, які стверджують: «корпоративні права мають особливу правову природу, за своєю сутністю знаходяться десь посередині між майновими та особистими немайновими правами, які є предметом регулювання цивільного права» [10, с. 32].

Проведені дослідження поняття, змісту та правової природи корпоративних відносин в Україні дозволяють зробити певні висновки, що стосуються предмета дослідження.

1. Теорія господарського права виходить з того, що корпоративні відносини – це відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав, а саме: правомочностей щодо участі особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та установчими документами (право на вихід у встановленому порядку з господарської організації; право на відчуження цінних паперів, частки або її частини у статутному (складеному) капіталі господарської організації; право на одержання інформації про діяльність господарської організації тощо). Будучи врегульованими нормами права, вміщеними в законі, договорі чи локальних правових актах господарської організації, вони набувають характеру корпоративних правовідносин.

2. Відносини, що виникають між господарською організацією корпоративного типу та іншими суб'єктами (юридичними особами, фізичними особами, фізичними особами-підприємцями) поза межами господарської організації (так звані «зовнішні» корпоративні відносини) не

можна вважати корпоративними, так само як і не можна визнати (всупереч висловленій думці [11, с. 95]) корпоративними відносинами, що виникають між засновниками на підставі засновницького договору (засновницькі відносини), до набуття зазначеною господарською організацією статусу суб'єкта права (до моменту державної реєстрації її як юридичної особи).

У зв'язку з цим варто відзначити невдале, на наш погляд, визначення поняття корпоративних спорів, що виникають з корпоративних відносин, в Господарському процесуальному кодексі України (далі – ГПК України) [12]. Так, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК України господарські суди розглядають, зокрема, справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, в тому числі у спорах між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів.

По-перше, навіть попри намагання законодавця об'єднати в одну групу спори, пов'язані зі створенням, діяльністю, припиненням юридичної особи, що, в принципі, не викликає заперечень, відносити до категорії корпоративних спорів, а, відтак, до корпоративних відносин спори (відносини) між засновниками, між юридичною особою та її засновником, а, тим більше, між юридичною особою і учасником, який вибув, щонайменше некоректно. У зв'язку з цим не можна погодитися з частиною 6 ст. 96-1, яку законопроектом № 6013 пропонується включити до ЦК України і в якій під корпоративними відносинами розуміють зокрема і ті відносини, що виникають між засновниками до моменту державної реєстрації юридичної особи, а також між юридичною особою та її засновниками щодо виникнення, здійснення, зміни і припинення корпоративних прав.

Більш вдалим, на нашу думку, в п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК України було б вжиття конструкції «справи у спорах, що виникають з корпоративних та пов'язаних з ними відносин». До останніх і можна відносити відносини між засновниками, між юридичною особою та її засновником та між юридичною особою і учасником, який вибув.

По-друге, зайвою в нормі п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК України виглядає згадка щодо трудових спорів, як спорів, що нібито відносяться до корпоративних спорів, але не відносяться до юрисдикції господарських судів. Зрозуміло, що трудові спори є предметом регулювання трудовим законодавством і прямого, безпосереднього відношення до корпоративних відносин, що регулюються нормами господарського законодавства не мають. Звичайно, трудові спори в господарських організаціях корпоративного типу тісно пов'язані з корпоративними відносинами, більше того, можна стверджувати, що трудові спори якраз і виникають у зв'язку зі змінами корпоративних відносин, проте це не дає жодних підстав для віднесення трудових спорів до корпоративних.

По-третє, законодавцем цілком виправдано відмежовано корпоративні спори від пов'язаних з участю в господарській організації

спорів, що виникають з правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав в юридичній особі (п. 4 ч. 1 ст. 20 ГПК України). Цю категорію спорів, на наш погляд, теж можна віднести до пов'язаних з корпоративними. Щоправда, з наведеного в п. 4 ч. 1 ст. 20 ГПК України формулювання незрозуміло, про які правочини щодо «інших корпоративних прав» йдеться і чому ці спори не відносяться до корпоративних?

3. Корпоративні відносини у «вузькому (власному)» розумінні (ми взагалі не поділяємо погляди щодо поділу корпоративних відносин на відносини в широкому і вузькому розумінні), на наш погляд, не можна зводити лише до зобов'язальних відносин між корпорацією (її органами) та учасниками з приводу управління, ведення справ, надання інформації тощо [13], оскільки не кожному корпоративному праву особи кореспондує «корпоративний» обов'язок іншої особи, як це притаманно зобов'язальним відносинам (наприклад, право на відчуження частки або її частини в статутному капіталі, право брати участь в управлінні господарською організацією тощо). На думку С.М. Грудницької, корпоративне зобов'язання слід трактувати як складне системно-структурне організаційно-господарське зобов'язання, а зводити корпоративні відносини до вузькоцивільстичного їх трактування як двосторонніх зобов'язальних відносин юридичної особи і її засновника (учасника) недоцільно [14, с. 55].

З приводу окреслення кола суб'єктів корпоративних відносин не можна погодитися з Р. Колосовим, який вважає, що корпоративними є відносини, що виникають між юридичними особами корпоративного типу [нова організаційно-правова форма юридичних осіб? – В.Щ.] та їх учасниками з приводу реалізації корпоративних прав [15, с. 37], відносячи, таким чином, до суб'єктів корпоративних відносин лише господарські організації корпоративного типу та їх учасників. Про органи таких організацій (загальні збори, наглядову раду, виконавчий орган, ревізійну комісію чи ревізора) як суб'єктів корпоративних відносин та про характер відносин, що складаються як між самими органами, так і між ними та учасниками (акціонерами, членами) корпоративної господарської організації, автор не згадує.

4. Виходячи з видів відносин, що відносяться до сфери господарських відносин (ч. 4 ст. 3 ГК України), вважаємо, що корпоративні відносини є внутрішньогосподарськими відносинами. Разом з тим, оскільки ч. 7 ст. 3 Господарського кодексу України містить дещо застаріле і вузьке визначення поняття внутрішньогосподарських відносин, вважаємо за доцільне доповнити її абзацом 2 такого змісту: «Внутрішньогосподарськими є також корпоративні відносини, що складаються між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) господарської організації або між господарською організацією (її органами) та її учасниками (засновниками, акціонерами, членами), або між органами господарської організації, пов'язані з діяльністю, управлінням чи припиненням діяльності такої господарської організації».

Таким чином, підбиваючи підсумки викладеному, доходимо висновку про те, що корпоративні відносини за своєю правовою природою є господарськими (з майново-господарськими та організаційно-господарськими елементами), а не цивільними відносинами. Підтвердженням тому є: специфічний суб'єктний склад корпоративних відносин (наявність серед суб'єктів корпоративних відносин органів господарської організації корпоративного типу); відсутність юридичної рівності суб'єктів корпоративних відносин; переважно організаційний характер відносин з корпоративного управління; відносний характер майнової самостійності суб'єктів корпоративних відносин.

5. Корпоративні відносини є внутрішньогосподарськими відносинами, правове регулювання яких має здійснюватися нормами господарського (економічного) законодавства (передусім, Економічного кодексу України та законів про окремі види господарських товариств і кооперативів), підгалуззю якого є корпоративне законодавство. Втім, не виключаємо, що з часом корпоративне законодавство може бути кодифіковане в Корпоративному кодексі України. Така кодифікація дозволила б уникнути невиправданого дублювання норм стосовно окремих видів господарських товариств в законах про них, привела б до значного скорочення кількості норм про господарські товариства в Цивільному і Господарському кодексах та їх уніфікації, а також сприяла б закріпленню принципів корпоративного управління (не лише стосовно акціонерних, але й інших видів товариств та кооперативів) на рівні закону.

6. Визнання корпоративних відносин категорією цивільного права може призвести до того, що справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, і охоплюються поняттям «справи у спорах, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності» (абз. 1 ч. 1 ст. 20 ГПК України), які сьогодні розглядаються господарськими судами України (п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК України), будуть визнані цивільними справами і внаслідок цього передані до цивільної юрисдикції загальних судів. Тобто, повернемося туди, звідки були вилучені корпоративні спори за участю фізичних осіб, що знову може призвести до розквіту рейдерства.

Список використаних джерел:

1. Щербина В.С. Правова природа корпоративних відносин. *Українське комерційне право*. 2006. № 7. С.10-14.
2. Щербина В.С. Корпоративные отношения как предмет правового регулирования. *Альманах цивилистики: Сборник статей*. Вып. 1 / Под ред. Р.А. Майданика. К., Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність». 2008. С. 222-235.
3. Щербина В.С. Корпоративні відносини та іноземне законодавство. *Правовий тиждень*. 2008. 8 квітня.
4. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія. К.: Юрінком Інтер. 2008. С. 223-242.

5. Щербина В.С. К вопросу о правовой природе корпоративных отношений. Роль гражданского права в современных экономических условиях в России и других странах СНГ. Тенденции и перспективы: Материалы Международной научно-практической конференции. г. Москва, 7-8 декабря 2009 г. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Е. Абовой. В двух томах. Том. 2. – М.: Институт государства и права РАН, 2010, С. 131-145.
6. Біленко М.С. Корпоративні права господарюючих суб'єктів як об'єкт адміністративно-правового регулювання. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 3. С. 92-95.
7. Кравченко С.С. Правова природа корпоративних відносин. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. С. 176-189.
8. Барбара В.П. Цивільно-правова природа корпоративних правовідносин в Україні: проблемні питання. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 4 (91). С. 102-114.
9. Симонян Ю.Ю. Правова природа корпоративних відносин. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. С. 268-272.
10. Іванюта Н.В., Колосов Р.В. Корпоративні права: дуалізм правової природи. *Право і суспільство*. 2020. № 6. С. 27-33.
11. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>
12. Лукач І.В. Щодо перспектив існування засновницького договору в акціонерних товариства і товариствах з обмеженою відповідальністю // *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія ПРАВО. 2016. Випуск 39. Том 1. С. 93-96.
13. Кузнецова Н. С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120329>
14. Грудницька С. М. Сутність і поняття установчого договору. *Вісник Академії адвокатури України*. Число 3 (19). 2010. С. 50-57.
15. Колосов Р. Поняття та зміст корпоративних правовідносин: теоретико-правовий аспект. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 35-38.

ЯРОШ Ярослав,
*аспірант кафедри господарського права та
господарського процесу Інституту права
Київського національного університету ім. Т.Г.
Шевченка*

ПОНЯТТЯ ПРИМИРЮВАЛЬНИХ ПРОЦЕДУР У ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Останнім часом у правозастосовній практиці активно застосовуються альтернативні способи вирішення спорів, зокрема, й примирювальні процедури.

Такий термін як «альтернативне вирішення спорів» (Alternative Dispute Resolution) вперше виник у США ще у 60-тих роках ХХ століття, коли американська судова система опинилася у кризі, спричиненій, передусім, високим рівнем робочого навантаження судів. Як наслідок, сторони, почали розглядали нові процедури як ефективні альтернативи цивільного судочинства, своєрідного «неформального (приватного) правосуддя». Цей термін безпосередньо означає сукупність прийомів та методів позасудового врегулювання спору, за результатами застосування яких, сторони укладають взаємоприйнятну угоду. Існує безліч способів альтернативного вирішення спорів: арбітраж, медіація, переговори або неогоціація, консолідація, «мед-арб», приватна судова система, «міні-суд», незалежне встановлення фактів тощо [1].

Надалі альтернативні процедури поступово стали невід'ємною частиною правової дійсності держав і набули поширення у країнах з континентальною (європейською) правовою системою – Франції, Бельгії, Нідерландах, Швейцарії, Італії, Німеччині, Австрії тощо [2].

Отже, із появою ADR компанії та юридичні фірми почали застосовувати і запроваджувати у ділову практику різні способи врегулювання спорів, у тому числі й ті, які не були відомі раніше. Таким чином, примирювальні процедури стали розглядатися як ефективна альтернатива судовій системі.

Зауважимо, що в основі практично всіх способів альтернативного вирішення спорів лежать переговори, які традиційно є першим кроком до врегулювання різних розбіжностей. І як зазначає П.Г. Черемісин, «...способи і механізми проведення переговорів надають їм особливого порядку, характеру, напряду, визначають учасників, створюють критерії для вироблення оптимальних умов примирення» [3, с. 159].

Однак, не дивлячись на існуючу безліч видів альтернативних способів вирішення спорів, на сьогоднішній день, у господарському судочинстві України вони майже не використовуються, а сам термін «примирювальні процедури» в національній юридичній науці залишається не визначеним.

Натомість, у юридичній літературі деяких зарубіжних країн можна зустріти різні точки зору з приводу визначення даного терміну. Так, наприклад, Д.Л. Давиденко розглядає примирювальні процедури як «...правомірні способи консенсуального врегулювання суб'єктами права спорів, що виникли між ними на взаємоприйнятних умовах відповідно до їх економічних та інших інтересів з можливістю залучення третіх осіб» [4, с. 163]. А.Ю. Коннов вважає, що «...примирювальні процедури – це «ті форми альтернативного вирішення спорів, які спрямовані на їх взаємоприйнятне врегулювання та вирішення на основі добровільного волевиявлення сторін» [5, с. 121].

Окремі дослідники вважають, що таке поняття, як «альтернативне вирішення спорів», широко закріпилося в країнах Європи і Заходу і отримало нову назву: «примирювальні процедури». Однак, на думку Д.Л. Давиденко: «...поняття «альтернативного вирішення спорів» не цілком точно відображає сутність примирювальних процедур, оскільки: 1) вони не завжди є альтернативою судового розгляду, не замінюють, а лише доповнюють його. Ці процедури можуть використовуватися в рамках судової системи, і крім того, можуть взагалі застосовуватися за відсутності наміру сторін починати судовий розгляд; 2) вони спрямовані, як правило, не на вирішення спорів, а на їх врегулювання; 3) поняття «альтернативне вирішення спорів» зазвичай включає в себе, в тому числі, і різні види третейського розгляду, тобто тлумачиться як альтернатива розгляду в державних судах, а третейський розгляд за своєю метою і характером є змагальним і не є примирювальною процедурою, хоча в його ході сторони можуть досягти примирення» [4, с. 160].

В.В. Ярков визначає, що «...примирювальні процедури – це встановлені законодавством процесуальні можливості господарського суду зі сприяння врегулюванню переданого до суду спору шляхом прийняття під контролем суду заходів, спрямованих на закінчення справи миром і припинення провадження у справі», а також виділяє основні правові ознаки примирювальних процедур: по-перше, дані процедури використовуються при виникненні спору, переданого на вирішення суду; по-друге, вони здійснюються під контролем суду, що керується при цьому нормами процесуального законодавства та економічною і правовою доцільністю; по-третє, їх метою є припинення справи шляхом примирення сторін» [6, с. 163].

О.М. Здрок вважає, що «...примирювальні процедури представляють собою спеціально організовану діяльність сторін конфлікту (у тому числі за участю інших осіб), спрямовану на зміну стратегії поведінки в конфлікті і вибудовування комунікації за переговорним (дискурсивним) типом з метою узгодження суперечливих суб'єктивних інтересів на основі самостійно вироблених або пропонуваніх правовими або іншими соціальними нормами моделей поведінки без звернення до засобів встановлення контролю над конфліктною ситуацією з боку владних суб'єктів (юрисдикційних органів)» [7, с. 163].

На думку І.А. Бельської, «примирення сторін є найкращим результатом вирішення спору, що володіє рядом переваг в порівнянні з судовим розглядом» [8, с. 23]. «...Ефективним інструментом його досягнення виступає примирювальна процедура, яка за своїм змістом є судовим посередництвом (судовою медіацією)» [8, с. 23 - 24].

Отже, аналізуючи наведені вище наукові погляди щодо визначення поняття «примирювальні процедури», можемо резюмувати, що у юридичній літературі можна зустріти різні точки зору з приводу визначення даного терміну, однак цим позиціям притаманні деякі спільні підходи, які полягають у тому, що примирювальні процедури можна розглядати як різновид системи альтернативного вирішення спорів. У загальних рисах примирювальні процедури можна визначити як процес переговорів за участю третьої сторони в рамках судочинства задля досягнення спільної угоди між сторонами на взаємоприйнятних умовах відповідно до їх економічних та інших інтересів з можливістю залучення третіх осіб. Критеріями ж для примирення можуть бути: спільне бажання сторін звернутися до пошуку порозуміння у вирішенні спору; зацікавленість в оперативному вирішенні спору; гарантії виконавчого рішення (можливість перегляду прийнятого рішення); можливість впливати на прийняте рішення тощо.

Список використаних джерел:

1. Бондаренко-Зелінська Н.Л. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів (ADR - Alternative Dispute Resolution). Міжнародне приватне право: розвиток і гармонізація. С. 165-168.
2. Гірник А.М. Світоглядні та етико-правові засади медіації в Китаї. *Наукові записки*. 2013. Т. 149: Педагогічні, психологічні науки та соціальна робота. С. 27 - 31.
3. Черемисин, П.Г. Примирительные процедуры и место мирового соглашения в их системе. Вест. Высш. Хоз. СудаРесп. Беларусь. 2010. №1. С. 158 - 167.
4. Давыденко Д.Л. Примирительные процедуры в европейской правовой традиции. Москва, 2013. 232 с.
5. Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров. *Журнал российского права*. 2004. № 12. С. 120-131.
6. Арбитражный процесс: Учебник / В.В. Ярков [и др.]; под ред. В.В. Яркова. М.: Юристъ, 1998. 480 с.
7. Здрок О.Н. Примирительные процедуры в цивилистическом процессе. Минск: БГУ, 2018. 283 с.
8. Бельская И.А. Посредничество (примирение) в хозяйственном процессе: актуальные проблемы и тенденции развития: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Минск, 2012. 27 с.

Наукове видання

**ПЕРШІ НАУКОВІ ЧИТАННЯ
ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА
ПРОНСЬКОЇ ГРАЦІЄЛЛИ ВАСИЛІВНИ**

Друкується в авторській редакції

Формат 60x84/16. Ум.-друк арк. 2,2.
Наклад 50 пр. Зам. №

Видавець і виготовлювач Університет «Україна»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23,
тел./факс (044) 424-40-69, 424-56-26
E-mail: ukraina.vdk@email.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК№ 405 від 06.04.2001.