

НАЦИОНАЛЬНАЯ АКАДЕМИЯ НАУК УКРАИНЫ
ИНСТИТУТ ЭКОНОМИКО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

**ГАРМОНИЗАЦИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ
И МЕЖДУНАРОДНАЯ ИНТЕГРАЦИЯ:
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ**

Сборник научных трудов

Донецк
Юго-Восток
2006

УДК 34(477):341.231
ББК Х513.129(4УКР)
Г20

Розглянуто проблеми гармонізації законодавства України з правом ЄС у рамках міжнародної інтеграції, у тому числі гармонізація правових моделей ЗЕД зі стандартами СОТ; адаптація законодавства України до права ЄС в умовах його кодифікації; проблеми імплементації міжнародних договорів у законодавство України; сформульовано основні напрями реформування національного інноваційного законодавства, доцільність прийняття національних технічних регламентів на рівні законів України. Дано правовий аналіз майбутньої угоди між Україною та ЄС у рамках «Європейської Політики Сусідства».

Для наукових співробітників, викладачів, аспірантів і студентів юридичних вузів і факультетів, робітників державних органів управління.

Редакционная коллегия: акад. НАН Украины В.К. Мамутов (отв. редактор), д-р юрид. наук Г.Л. Знаменский, д-р юрид. наук А.А. Чувпило, д-р юрид. наук А.Г. Бобкова, д-р экон. наук В.Н. Василенко, д-р экон. наук Б.Т. Клияненко, д-р экон. наук Л.А. Савельев, д-р экон. наук С.В. Богачёв.

*Рекомендован к печати ученым советом
Института экономико-правовых исследований НАН Украины
(протокол № 48 от 27.03.2006 г.)*

Г20 **Гармонизация** законодательства Украины и международная интеграция: внешнеэкономический аспект: Сб. науч. тр. / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины; Редкол.: Мамутов В.К. (отв. ред.) и др.— Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2006.— 234 с.

ISBN 966-374-100-7

Рассмотрены проблемы гармонизации законодательства Украины с правом ЕС в рамках международной интеграции, в том числе гармонизация правовых моделей ВЭД со стандартами ВТО; адаптация законодательства Украины к праву ЕС в условиях его кодификации; проблемы имплементации международных договоров в законодательство Украины; сформулированы основные направления реформирования национального инновационного законодательства, целесообразность принятия национальных технических регламентов на уровне законов Украины. Дан правовой анализ предполагаемого будущего соглашения между Украиной и ЕС в рамках «Европейской Политики Соседства».

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов, работников государственных органов управления.

**УДК 34(477):341.231
ББК Х513.129(4УКР)**

ISBN 966-374-100-7

© Институт экономико-правовых исследований НАН Украины, 2006

СОДЕРЖАНИЕ

Мамутов В.К.

Гармонизация с хозяйственным правом ЕС
законодательства отдельных стран (тезисы доклада) 5

Ашурков О.А., Каптуренко Е.Н.

Кодификационные процессы в праве ЕС:
ориентиры для Украины 11

Загнитко О.П., Малыга В.А.

Гармонизация правовых моделей ВЭД
в Украине со стандартами ВТО 25

Малига В.А., Мухін Ю.В.

Поняття «зовнішньоекономічна діяльність»:
проблеми визначення та доцільність застосування 40

Петров Р.А.

Майбутня угода між Україною та Європейським Союзом
про сусідство: прогнози щодо мети, змісту та структури 49

Дутов М.М.

Налог на добавленную стоимость в сделках
электронной коммерции: опыт ЕС и США 59

Киселева Т.С.

Особенности публичного порядка
в контексте международного коммерческого арбитража 70

Сынкова Е.М.

Право ГАТТ/ВТО и ЕС в сфере налогообложения
и бухгалтерского учета: практика и опыт применения 85

Деревянко Б.В.

Щодо визначення напрямів розвитку законодавства
про об'єднання підприємств в Україні 95

Джабраїлов Р.А. Проблеми імплементації міжнародних договорів у законодавство України	106
Овчаренко Р.В. Правовое обеспечение безопасности продукции в условиях реформы национальной системы технического регулирования	114
Высоцкий Д.Е. Становление инновационной модели экономического развития как условие международной интеграции Украины (юридический аспект)	142
Страх О.Г. Контроль за соблюдением норм права ЕС (сближение законодательства Украины о государственных закупках с правом ЕС)	172
Косяк Е.Л. Проблемы предупреждения контрабандных проявлений методами хозяйственно-правового регулирования	189
Кожемякин С.А. Внешнеэкономические аспекты правосубъектности хозяйственных систем	199
Олейников О.В. Проблемы правового положения ассоциированных предприятий с иностранным участником	215
Деркач Э.М. Правовые основы регулирования перевозки грузов в международном железнодорожном сообщении	225

В. К. Мамутов
*акад. НАН Украины,
директор Института экономико-
правовых исследований НАН Украины*

**ГАРМОНИЗАЦИЯ С ХОЗЯЙСТВЕННЫМ ПРАВОМ ЕС
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН***
(тезисы доклада)

1. Требует более четкого решения проблема соотношения хозяйственного права ЕС и отдельных стран (как членов ЕС, так и стремящихся к членству в ЕС). Какие именно институты хозяйственного законодательства должны функционировать и развиваться на общесоюзном уровне, а какие должны оставаться в компетенции отдельных государств. От ответа на этот вопрос зависит определение конкретных задач гармонизации законодательства отдельных стран с правом ЕС.

Например, уровень гармонизации законодательства о техническом регулировании (стандартизации) должен быть, по-видимому, более высоким, чем уровень гармонизации норм, определяющих статус различных видов субъектов хозяйственной деятельности. Законом Украины от 1 декабря 2005 г. «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» дана новая редакция ст. 15 Хозяйственного кодекса (далее – ХК). Как закон в целом, так и уточнение редакции ст. 15 ХК направлены, в частности, на сближение регламентации с законодательством ЕС. В прежней редакции ст. 15 называлась «Стандартизация и сертификация в сфере хозяйствования». В новой редакции – «Техническое регулирование в сфере хозяйствования». Вместо перечисления в п. 1 прежней редакции различных видов стандартов в новой редакции названы технические регламенты и стандарты. В частях 2 и 3 термин «нормативно-правовые акты» заменён термином «технические регламенты». Таким образом в Хозяйственном кодексе легализованы в качестве правовых понятий «техническое регулирование» и «технические

* Доклад на немецко-украинском правовом семинаре в Регенсбургском университете (Германия) в январе 2006 г.

регламенты». При этом в ст. 1 Закона от 1 декабря 2005 г., устанавливающей значение употребляемых в нем терминов, указывается, что техническое регулирование – это правовое регулирование отношений (в указываемой далее в тексте сфере), а технические регламенты – это законы и иные нормативно-правовые акты (относящиеся к сфере, регулируемой данным законом – перечисляется в тексте).

Гармонизация же, скажем, законодательства о компаниях не должна вести к ликвидации законодательства отдельных стран о различных видах предприятия (*der Betrieb, das Unternehmen*). Кроме того, законодательство о компаниях должно гармонизироваться с учетом тенденций развития этого института в самом праве ЕС. Законодательство о других видах субъектов хозяйственной деятельности (юридических лицах) может гармонизироваться в меньшей мере и более длительное время. При этом необходимо учитывать реально сложившееся разнообразие этих видов в европейских странах и понятие «компания» едва ли должно вытеснять понятие «предприятие». Последнее представляется более емким.

Производственное предприятие всегда остается важным звеном экономики и требует особого внимания. Во всякой экономике имеются государственные предприятия. Некоторые из них называются в Украине национальными или государственными компаниями или холдингами. Организационно-хозяйственная структура таких компаний или холдингов позволяет сравнивать их с объединениями или с крупными хозяйственными системами, функционирующими в плановой экономике. Напоминают некоторые из них и прежде существовавшие тресты. Поэтому сохраняется необходимость и решения в новых условиях проблем, сходных с теми, что приходилось решать прежде.

2. Гармонизация, по-видимому, не должна носить характер просто заимствования норм права ЕС. Необходимо и «встречное движение» – совершенствование отдельных положений права ЕС с учетом того рационального, что достигнуто в законодательстве отдельных стран – новых и потенциальных членов ЕС.

Необходимо обратить внимание на целесообразность «встречного движения» в связи с тем, что у некоторых ученых стран ЕС наблюдается недооценка имеющегося в Украине исторического опыта правового обеспечения экономики. Между тем «правовое обес-

печение экономики» имело место еще со времен «Русской правды» Ярослава Мудрого (начало XI века), которую один из видных наших историков называл «кодексом торгового капитала». Более четырех веков в городах на землях современной Украины применялось городское торгово-ремесленное право, пришедшее из немецких городов и получившее у нас название магдебургского или немецкого. Не следует пренебрегать и опытом правового регулирования экономики в советское время. Поверхностные политически и идеологически ангажированные рассуждения о якобы отсутствии права в тот период времени просто свидетельствуют о некомпетентности их авторов. В действительности же была развернутая и сложная система хозяйственного законодательства. Естественно, в нем было немало проблем, требующих решения. Но не надо забывать, что с его помощью решалась задача создания и функционирования огромного народнохозяйственного комплекса сверхдержавы. Это была на два-три порядка более сложная задача, чем управление отдельным предприятием или крупной транснациональной компанией. И, разумеется, имелся интересный эксклюзивный опыт, многое из которого использовалось и используется другими странами, но зачастую без упоминания авторства этого опыта. На признании авторства можно и не настаивать, но изучать и использовать рациональное из опыта Советского Союза и «постсоветских стран» целесообразно, в том числе и из практики правового регулирования хозяйственной деятельности за последние пятнадцать лет. В частности, и из допущенных в этой сфере ошибок и просчетов, часть из которых связана с некритическим заимствованием опыта других стран и пренебрежением собственным.

Получившие широкое распространение представления о том, что так называемая «государственная экономика» в целом неэффективна в социально-экономическом плане, не совсем верны. Есть проблемы, которые она успешно решала и решает в настоящее время, скажем, в Китае. Она способна и на технический прогресс. Другое дело, что постоянное негативно направленное воздействие извне вынуждало расходовать огромные средства на оборонные нужды. Но эта необходимость была обусловлена не экономическими, а геополитическими обстоятельствами. В опыте правового обеспечения «государственной экономики» имеются рациональные зерна,

которые целесообразно учитывать, прогнозируя развитие общесоюзного права ЕС, носящего публичный характер.

При решении вопроса об адаптации едва ли можно исходить из презумпции идеальности законодательства ЕС, действующего на сегодняшний день. Законодательство развивается, совершенствуется. Имеются определенные тенденции развития. Имеются и соответствующие концепции. И, видимо, при решении вопросов сближения тех или иных институтов и норм целесообразно эти тенденции и концепции учитывать. И вот здесь нам необходима помощь коллег из ЕС – Германии, Австрии, Чехии – из стран, имеющих значительный положительный опыт эффективного правового обеспечения современной смешанной экономики, сочетания государственного регулирования экономики с рыночной саморегуляцией.

Сближение с хозяйственным правом ЕС несколько затруднено тем, что оно очень громоздко. В технико-юридическом плане в общесоюзном хозяйственном праве Европейского Союза повторяется недостаток, который был присущ общесоюзному хозяйственному законодательству Советского Союза – сформировался большой массив норм, громоздкость которого затрудняет его изучение и применение. Инкорпорация хозяйственного права ЕС показала, что в XX веке сложилась определенная его структура (см. EU – Wirtschaftsrech, Köln, 1998). Однако, как и почти любое молодое законодательство, оно еще не в полной мере отвечает критериям обеспечения системности и законодательной экономии. Возникает та же проблема, что в середине XX века возникла в Советском Союзе – проблема целесообразности кодификации хозяйственного законодательства. В Советском Союзе проект Хозяйственного кодекса был подготовлен к концу восьмидесятых годов XX в. Он был одобрен отделениями экономики и права Академии наук СССР. Но вскоре после этого Советский Союз был развален и проект стал не законом, а научным трудом и фактом истории права. Между тем опыт многих стран свидетельствует о том, что наиболее эффективной технико-юридической формой гармонизации законодательства является его кодификация. Эта форма обеспечивает и компактизацию законодательства, облегчающую его изучение и применение. В связи с этим, думается, стоило бы, если подобное предложение еще не рассматривалось (достоверной

информацией на этот счет мы не располагаем), обсудить вопрос о целесообразности кодификации хозяйственного права ЕС. Сил для решения этого вопроса в Европе достаточно. Выполнение этой работы способствовало бы и решению проблем гармонизации с хозяйственным правом ЕС законодательства вновь принятых стран и стран, стремящихся к вступлению в ЕС. Возможно, это было бы полезно не только в плане гармонизации.

Гармонизацию хозяйственного законодательства, в особенности антимонопольно-конкурентного, необходимо осуществлять также с учетом того, что развитие экономики и права в странах Восточной Европы еще не прошло некоторых стадий, которые имели место в его развитии в странах Западной Европы.

Ученым, занимающимся данной проблематикой, стоило бы на основе исследований выработать рекомендации по гармонизации конкретных институтов хозяйственного законодательства отдельных стран с правом ЕС. В то же время было бы целесообразно выработать рекомендации по гармонизации правового регулирования тех отношений, регламентация которых остается в компетенции отдельных государств.

3. Актуальной проблемой представляется также гармонизация правового регулирования отдельных отношений в сфере хозяйствования Украины и Федеративной Республики Германии. Применительно к затронутой выше проблематике гармонизации законодательства о предприятиях (в частности о компаниях) интерес представляет сближение законодательства о коллективных предприятиях и об участии персонала (трудового коллектива) в управлении предприятиями различных форм собственности. Сближение хозяйственного законодательства Украины с законодательством Германии способствовало бы и его гармонизации с хозяйственным правом ЕС.

Полагаю, что именно германские коллеги могли бы сыграть существенную роль в решении рассматриваемой проблемы. Такая надежда основана на том, что немецкое право давно оказывало влияние на нашу правовую систему, на нашу юридическую науку, в том числе и на формирование концепции хозяйственного права. Связь с юристами Германии – как Западной, так и Восточной – поддерживалась советскими, в том числе и украинскими учеными постоянно. В частности, систематически проводились совместные науч-

ные конференции по программе, разработанной Институтом государства и права Академии наук СССР и Гамбургским институтом общества Макса Планка. Последняя (пятая) такая конференция «Предприятие: внутренняя и внешняя хозяйственная деятельность (правовые аспекты)» состоялась в октябре 1990 г. в Донецке (см. *Deutsches und sowjetisches Wirtschaftsrecht V*, Tübingen.— 1991.— С. 175). Ученые нашего института обеспечивали ее проведение. На этой конференции обсуждались и вопросы правового статуса предприятий. Часть этих вопросов не утратила актуальность.

Например, в связи с образованием крупных и сверхкрупных государственных и негосударственных хозяйственных систем снова актуализировалась проблема регламентации отношений предприятий с центрами этих систем, так как в новых условиях предприятия оказались более ограниченными в своих правах, чем были при централизованно управляемой планово-хозрасчетной экономике. Если планово-хозрасчетные отношения предприятий с вышестоящими хозяйственными органами в централизованно-управляемой плановой экономике с подачи некоторых политиков неверно отождествляют с «административно-командными», то в настоящих условиях они действительно стали «административно-командными». Предприятия в составе компаний и холдингов стали вообще бесправными. И нужно снова решать проблему совершенствования их статуса.

Существует и проблема коллективной собственности. Некоторые цивилисты считают ее почему-то устаревшей. Хотя, насколько нам известно, эта форма собственности и основанные на ней предприятия функционируют во многих странах. В этом вопросе пригодилась бы информационная помощь со стороны германских коллег.

Сближение законодательств на основе изучения и подготовки просто текстов законов не может быть достаточно эффективным, ибо известно, что практика вносит поправки в буквальное (текстуальное) толкование. В связи с этим необходима доступная систематизированная компактная информация о практике применения хозяйственного права ЕС. Видимо, и в этом вопросе была бы весьма полезна информационная помощь.

Можно, кстати, отметить, что ФРГ почему-то недостаточно использует исторические связи и возможности сотрудничества с Украиной. А ведь Украина и в культурно-историческом, и в эко-

номико-географическом плане значительно ближе к Германии, чем, например, к заокеанским США, развернувшим на этом пространстве активнейшую деятельность. Это касается и области правового сотрудничества. Хотя, как известно, германское право нам ближе, чем американское.

Хотелось бы надеяться, что совместное обсуждение проблем гармонизации хозяйственного права будет способствовать развитию сотрудничества в исследовании и решении проблем правового регулирования в сфере хозяйственной деятельности.

О. А. Ашурков

*канд. юрид. наук,
заведующий отделом*

Е. Н. Каптуренко

аспирант

*Институт экономико-правовых
исследований НАН Украины*

КОДИФИКАЦИОННЫЕ ПРОЦЕССЫ В ПРАВЕ ЕС: ОРИЕНТИРЫ ДЛЯ УКРАИНЫ

В статье анализируется процесс кодификации права ЕС с целью дальнейшего повышения эффективности адаптации к нему законодательства Украины.

Среди важнейших приоритетов интеграционных устремлений Украины её международные соглашения и национальные нормативы определяют членство страны в Европейском Союзе (далее – ЕС). Адаптация украинского законодательства к законодательству ЕС является одним из основных условий достижения данной цели. Так, ст. 51 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и ЕС (далее – СПС) [1], Закон Украины «Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству

© О.А. Ашурков, Е.Н. Каптуренко, 2006

Европейского Союза» от 18.03.2004 г. [2] определяют механизм достижения соответствия правовой системы Украины *acquis communautaire*¹, содержат перечень сфер законодательства, признанных приоритетной частью процесса интеграции. Исследование любого элемента обеспечения эффективности реализации Общегосударственной программы адаптации является особо актуальным.

Вопросам адаптации национального права с правом ЕС отечественными авторами уделяется немало внимания. Исследованию целей, этапов и приоритетов адаптации, анализу её форм и методов, формированию планов посвятили свои работы В. И. Муравьев [3], С. В. Шевчук и И. В. Кравчук [4], Ю. М. Капица [5], Р. А. Петров и Т. С. Киселева [6] и др. Вместе с тем проблемы реформирования самого права ЕС с учетом адаптации к нему законодательства Украины пока остаются практически не исследованными. Исключение разве что составляют отдельные работы Е. Р. Кибенко, посвященные реформированию корпоративного права ЕС [7]. *В связи с этим в статье дан краткий анализ процесса кодификации права ЕС с целью повышения эффективности адаптации к нему законодательства Украины.*

Следует отметить, что инициатива проведения кодификации законодательства Европейского Союза возникла, в частности, в научных кругах Европы достаточно давно. Еще в 1976 г. в ходе проведения научной конференции на тему «Новые перспективы для общего права Европы» на базе только что учрежденного Института Европейского университета датский правовед профессор Оле Ландо выдвинул идею разработать проект Европейского единообразного коммерческого кодекса или хотя бы Свода Европейского договорного права. Впоследствии данная идея частично была реализована в принятии Принципов европейского договорного права [8].

Саммит стран-членов ЕС в Эдинбурге в 1992 г. дал новый импульс развитию идей кодификации и их переводу из преимущественно теоретической плоскости в законотворческую. На основании Заключительных положений, сформулированных в Эдин-

¹ Правовая система Европейского Союза, которая включает акты законодательства (но не ограничивается ими), принятые в рамках Европейского Сообщества (общей внешней политики, политики безопасности и Сотрудничества в сфере юстиции и внутренних дел) [2].

бурге, Европарламент, Европейский Совет и Еврокомиссия выработали определенный подход к процессу кодификации. В соответствии с последним Еврокомиссия уполномочена разрабатывать и принимать предложения относительно актов, подлежащих кодификации, которые в последующем должны быть утверждены и приняты Европейским Советом и Европарламентом.

В связи с этим в первую очередь следует кратко осветить вопросы, касающиеся официальной деятельности Институтов ЕС, учитывая активизацию кодификационных процессов за последние более чем 10 лет. Основной задачей Группы по кодификации, сформированной в составе Юридической службы Еврокомиссии в период с 1992 по 1994 г., являлось содействие Еврокомиссии в достижении ее цели – упрощения законодательства ЕС и его формирования в качестве более открытого и доступного путем осуществления контроля и координации кодификационного процесса.

В соответствии с Институциональным соглашением от 20 декабря 1994 г., ускоряющим использование метода официальной кодификации законодательных текстов, официальная кодификация означает сведение воедино основного массива законодательства и его дополнений в новый акт, который заменяет акты, подлежащие кодификации, не изменяя при этом сути данного законодательства [9].

Приоритетные сферы кодификации согласованно определяют три Института Союза (Еврокомиссией, Европарламентом и Европейским Советом), участвующими в процессе кодификации, на основании предложений Еврокомиссии. Последняя включает в свою рабочую программу предложения по кодификации, которые она собирает подавать на рассмотрение и утверждение Европарламентом и Европейским Советом.

На Еврокомиссию возлагается обязанность не включать в свои предложения по кодификации какие-либо предложения по изменению сути актов, подлежащих кодификации.

Кроме того, так называемая Консультативная рабочая группа, состоящая из членов Юридических служб Европарламента, Европейского Совета и Еврокомиссии, изучает данные предложения, разработанные Еврокомиссией, и подтверждает на первоначальном этапе их соответствие задачам и целям кодификационного процесса.

Предложения Комиссии в зависимости от сферы регулирования по ускоренной процедуре комплексно изучаются одним из комитетов Европарламента и одной из рабочих групп Европейского Совета. Если в процессе осуществления кодификации обнаруживается необходимость внесения в законодательный акт существенных изменений, Еврокомиссия берет на себя ответственность по внесению соответствующих предложений.

В целях упорядочения использования инструментов совершенствования нормативных актов в 2001 г. Еврокомиссия приняла внутреннее институциональное Соглашение (между институтами Союза), направленное на устранение многочисленности изменений в отдельных нормативных актах. После того, как компетенция институтов ЕС в кодификационном процессе была окончательно сформулирована и уточнена, деятельность Еврокомиссии как фактически ключевого исполнительного органа в процессах кодификации значительно активизировалась.

В 2001 г. Еврокомиссия предоставила семь предложений по кодификации (регулирующих, преимущественно, рынок сельскохозяйственной продукции) для замены 78 нормативных актов: три из них были приняты, заменив 13 ранее действующих нормативных актов. Среди принятых, например, кодифицированные Директивы 2001/23/ЕС от 12.03.2001 г. относительно охраны прав рабочих в случае передачи собственности и 2001/34/ЕС от 28.05.2001 г. о доступе ценных бумаг в официальный листинг фондовой биржи и информации, которая подлежит опубликованию о таких ценных бумагах.

Среди иных достижений процесса создания более доступного для граждан европейского законодательства было принятие Регламентов по упрощению правил таможенного режима № 993/2001 (ввел в действие Таможенный кодекс) и по гармонизированному применению соглашений относительно средств информации в сфере общей сельскохозяйственной политики № 1557/2001. В 2001 г. Еврокомиссия представила отчет об упрощении сельскохозяйственного законодательства.

В ноябре этого же года Еврокомиссией была принят особый Проект по кодификации, в котором, в частности, отмечалось, что кодификация вторичного законодательства ЕС, составляющая часть

так называемого *acquis communautaire*, гармонично дополняет стратегию совершенствования законодательства Евросоюза. Данный процесс позволяет устранить устаревшие положения и гармонизировать терминологию законодательства. Его объем значительно будет уменьшен, в то время как содержание сохранится, что позволит облегчить его правоприменение [10].

С момента создания Евросоюза *acquis communautaire* никогда не было объектом существенного пересмотра с точки зрения содержания, структуры и формы. Как правило, дополнения к законодательству вносились в уже действующие нормативные акты. Согласно подсчетам Еврокомиссии вторичное законодательство на момент принятия Проекта по кодификации составляло более чем 80 тыс. страниц, при этом около 2,5 тыс. страниц ежегодно добавляются. Кодификационные процессы действующего законодательства призваны уменьшить объем *acquis communautaire* до 30–35 тыс. страниц. При этом из 80 тыс. страниц европейского вторичного законодательства по приблизительным подсчетам Еврокомиссии 10 тыс. не подлежат кодификации.

С декабря 1994 г. со времени вступления в силу Институционального соглашения по ускорению использования метода кодификации было разработано более чем 2,4 тыс. консолидированных текстов, принято 27 кодифицированных текстов, заменивших 280 ранее действующих нормативных актов, и 11 находились в стадии разработки [10].

Кодификация приобретает для ЕС существенное значение в контексте расширения, поскольку влияет на сокращение административных расходов по подготовке к расширению, в частности, путем уменьшения объема текстов, необходимых для перевода и опубликования на языках новых стран-членов.

Таким образом, в связи со вступлением новых стран-членов Комиссия планировала завершить данный Проект кодификации к концу 2005 г. Проект содержит детальный анализ распределения средств, необходимых для завершения процесса кодификации к концу 2005 г. Предполагалось выделить 67 млн евро в целом из бюджетов за период с 2002 по 2006 г.

В дальнейшем в результате реализации Проекта по кодификации после вступлении новых стран-членов предполагалось сэконо-

мать сумму, превышающую 17 млн евро. Для тех стран-членов, для которых большинство актов *acquis* было переведено на родные языки, экономия будет незначительна, однако для новых стран-членов и кандидатов на вступление, находящихся на менее прогрессивном этапе, предполагалась значительная экономия средств. В консолидации *acquis* на языке новых стран-членов не было бы необходимости в тех областях законодательства, где была проведена кодификация на дату вступления данных стран в ЕС.

С целью согласованности процесса кодификации между двумя языковыми группами стран-членов и стран-кандидатов законодательство, принятое в период перед вступлением после определенной даты (за девять месяцев до вступления), не кодифицируется. Данное законодательство подлежит кодификации только после перевода на языки вступивших стран и опубликования в Специальном приложении к Официальному Журналу. Однако работа Комиссии по подготовке новых предложений по кодификации продолжается и в течение этих девяти месяцев.

Согласно Проекту по кодификации консолидация – это группирование разрозненных фрагментов законодательства, регулирующих определенный вопрос, без влияния на действие данных фрагментов. При этом подобное группирование не имеет юридических последствий и носит исключительно информационный характер. Таким образом, можно говорить о том, что это механический процесс, представляющий основу для кодификации.

Понятие кодификации в данном акте повторяло его суть, закрепленную Институциональным соглашением от 20 декабря 1994 г. – это процедура, при которой акты, подлежащие кодификации, отменяются и заменяются единым актом, не содержащим изменений по существу. Таким образом, этот процесс представляет собой создание на основе консолидированных текстов логически связанного, нового акта.

Переработка (англ. «recast»), как способ совершенствования европейского законодательства, отличается от кодификации тем, что новый единый акт включает в себя поправки, внесенные в ранее действующие акты, и положения ранее действующих актов без изменений. Новый акт также заменяет и отменяет все действующие

ранее. Таким образом, подобная процедура отличается от кодификации тем, что допускает внесение изменений в законодательство.

Использование любого из перечисленных, за исключением консолидации, способов совершенствования законодательства требует утверждения нового акта законодателем в случае изменения его структуры или содержания.

В контексте подготовки предложений по кодификации Еврокомиссия призвана реализовать ряд задач, включая исследование и оценку нормативно-правовых актов, исключение недействующих положений, проверку на коллизии, несоответствия и ошибки.

В отношении актов, изданных самой Еврокомиссией, не требующих утверждения Европарламентом и Советом ЕС, Еврокомиссия наделена возможностью самостоятельно проводить их кодификацию.

Любому кандидату на вступление в Евросоюз необходимо установить полный объем вторичного законодательства, составляющего неотъемлемую часть *acquis communautaire*. Составление перечня нормативных актов вторичного законодательства, т. е. проблема идентификации *acquis* оказалась трудно выполнимой задачей даже для самих Институтов ЕС. Список представляет собой основу для работы по консолидации и кодификации *acquis*, а также для перевода *acquis* на языки новых стран-членов и кандидатов. В этой связи список регулярно пересматривается и обновляется.

Еврокомиссия неоднократно подчеркивала тот факт, что страны-кандидаты на вступление в Евросоюз существенно выиграют от процессов кодификации по сравнению с нынешними странами-членами, которым приходилось адаптироваться к большему числу нормативно-правовых актов. Тем не менее, странам-кандидатам необходимо приложить немало усилий по правильному внедрению *acquis*, в том числе и переводу, сохраняющему не только уменьшенный объем, но и суть кодифицированного законодательства.

Целью Проекта по кодификации является формирование доступного, прозрачного вторичного законодательства на языках всех стран-членов Союза с учетом дальнейшего его расширения.

Основными задачами Проекта было:

1. Подготовка к кодификации, консолидация *acquis* на языках всех стран-членов к середине 2003 г.

2. Завершение подготовку проектов кодифицированных нормативных актов к весне 2005 г.

3. Передача части подготовленных проектов на рассмотрение и утверждение Европарламентом и Европейским Советом на всех языках стран-членов к лету 2005 г., чтобы таким образом предложения были приняты к концу 2005 г.

4. Принятие Еврокомиссией в соответствии с ее компетенцией части проектов кодифицированных нормативных актов к концу 2005 г.

5. Публикация в утвержденном Проектом Специальном приложении к Официальному Журналу кодифицированных нормативных актов на языках всех стран-членов Евросоюза.

Официальное Издательство Евросоюза при содействии Правовой Службы Еврокомиссии осуществило работу по консолидации, что предоставило материал для кодификации и переработки нормативного материала. Этап консолидации, как и планировалось, в основном был завершен в июле 2003 г. (в 2002 г. было предоставлено 1600 консолидированных актов, 2001 г. — 1097, 2000 г. — 831, в 1999 г. — 315 актов).

Использование кодификационного метода совершенствования законодательства оправдало себя, поскольку с принятием Институционального соглашения по кодификации в 1994–2002 гг. было принято 33 новых акта, при этом 347 ранее действующих — утратило силу.

Особое внимание Комиссия уделила проблеме определения объемов *acquis communautaire* в Плане действий по его упрощению и совершенствованию. На данном этапе Комиссия определяла и сферы *acquis*, требующие усовершенствования [11].

В период с 1996 г. (с начала внедрения Программы по упрощению законодательства для внутреннего рынка) объектом пристального внимания стали такие сферы, как государственные закупки, страхование жизни, профессиональные квалификации и право о компаниях.

Реализация Проекта по кодификации была поддержана путем внедрения ускоренных процедур принятия в первом чтении предложений по кодификации законодательства, предоставленных Еврокомиссией. Такой подход был выработан при проведении совместных заседаний членов Еврокомиссии, Европейско-

го Совета и Европарламента в связи с принятием в 2004 г. новых стран-членов.

Несмотря на значительные усилия Институтов ЕС по усовершенствованию законодательства, поставленные в вышеперечисленных нормативных актах задачи не были выполнены в полном объеме к дате вступления в ЕС новых стран. Таким образом, цель, заложенная в Проекте по кодификации, а именно, формирование доступного, прозрачного вторичного законодательства на языках всех стран-членов Союза с учетом дальнейшего его расширения, не была достигнута. Последнее стало основанием для обращения Еврокомиссии к Европарламенту и Совету ЕС. В частности, глава Еврокомиссии Жан Мануэл Баррозу, подчеркивая в своем очередном выступлении необходимость активизации внедрения принципов Лиссабонской программы, напомнил членам Европарламента и Совета ЕС о взаимных обязательствах в работе по кодификации европейского законодательства, закрепленных Институциональным соглашением от 20 декабря 1994 г. [12].

Расширение ЕС сделало предполагаемые проблемы реальными: значительно возросло количество языков, на которые необходимо осуществить перевод *acquis*. Последнее подтвердило на практике преимущества применения кодификационного метода совершенствования европейского законодательства. Если бы большинство актов *acquis* на момент вступления новых стран были кодифицированы, то это не только бы помогло облегчить процесс адаптации их законодательства к системе права ЕС, но и существенно сократило расходы ЕС по переводу и публикации таких кодифицированных актов.

В принятой до расширения ЕС Лиссабонской программе фрагментарно затрагивалась необходимость упрощения регуляторного правового поля как одна из задач на пути достижения общей цели — создания единого рынка ЕС. Внедрение закрепленных в Лиссабонской программе принципов после принятия новых стран стало более актуальным для Институтов ЕС. В частности, ежегодное Послание Еврокомиссии Европейскому Парламенту и Совету ЕС в 2005 г. было полностью посвящено внедрению Лиссабонской программы и представляло собой стратегию по упрощению регуляторного правового поля [13]. Поскольку сама Программа была направлена на «достижение роста и создание новых рабочих мест», особое внима-

ние было уделено совершенствованию элементов *acquis*, касающихся вопросов предпринимательства и конкуренции. Во введении указанного Послания подчеркивается, что правовое регулирование ЕС должно быть реализовано только в тех случаях, если предполагаемый результат возможно достичь лишь на уровне ЕС. Кроме того, процессы совершенствования, упрощения законодательства должны иметь место как на уровне ЕС, так и на уровне стран-членов. Таким образом, следует подчеркнуть, что Институты ЕС в своей законотворческой и правоприменительной практике призваны строго соблюдать принцип subsidiarity и пропорциональности.

В рамках данного Послания кодификации уделено особое внимание как одной из форм совершенствования европейского законодательства. Важное значение имеет тот факт, что результатом кодификации в той или иной сфере правового регулирования, как отмечалось ранее, выступает необязательно кодекс. Речь идет о применении кодификационного метода совершенствования европейского законодательства, который находит свое отображение в существующих формах нормотворчества, таких как директива. Следует напомнить, что последняя призвана закреплять ожидаемый результат правового регулирования, предоставляя странам-членам ЕС свободу в выборе средств его достижения. Однако подобная схема имплементации директивы не сделала ее универсальной формой нормотворчества на уровне ЕС. Более того, сложный порядок ее разработки, принятия и внесения необходимых изменений, как отмечают отечественные исследователи, неоднократно подвергался критике со стороны самого европейского законодателя. Поиск более гибких средств правового регулирования уже привел к необходимости существенного реформирования, например в сфере права о компаниях [7].

Таким образом, можно предполагать, что в процессе дальнейшей эволюции европейского законодательства директива постепенно отойдет на второй план, уступив место менее детализированным нормативно-правовым актам, таким как регламент. Подобные тенденции в совокупности с целью значительного уменьшения объема *acquis* дают основания полагать, что ЕС постепенно идет к расширению свободы правового регулирования. Однако, упреждая подобные выводы, Еврокомиссия делает ак-

цент на том, что «лучшее регулирование это, тем не менее, не дерегулирование» [14]. Значительное сокращение объема *acquis* в первую очередь связано с тем, что, как отмечалось ранее, со дня образования по сегодняшний день законодательство ЕС не поддавалось систематизированному пересмотру. С развитием новых технологий положения многих директив естественным образом устарели, либо уже не действуют. Использование менее детализированных нормативно-правовых актов призвано упростить, ускорить сам процесс нормотворчества, отягощенный необходимостью выработать и принимать единые для всех стран-членов ЕС условия правового регулирования. Таким образом, данные процессы совершенствования европейского законодательства характеризуются не дерегулированием, а поиском баланса между национальным и наднациональным уровнями правового регулирования.

По мнению Еврокомиссии, одними из приоритетных сфер совершенствования должны выступать законодательство о компаниях, финансовых услугах, транспорте, защите прав потребителей и окружающей среде [13]. При этом необходимо отметить, что выделение данных сфер имеет особое значение для реализации первых этапов совершенствования европейского законодательства, а точнее для его консолидации. На сегодняшний день основная часть работы по консолидации, как и планировалось Институтами ЕС ранее, была завершена. Дальнейшее совершенствование законодательства, в том числе и посредством кодификации, будет производиться по так называемым *секторам* [13] — отдельным видам общественных отношений, требующих узкой специализации правового регулирования. Особенно четко можно проследить разграничение секторов в сфере правового регулирования сельскохозяйственных отношений, в которой, например, выделяют рынок производства и сбыта сахара, защиту сельскохозяйственной продукции от радиационного воздействия, контроль за ее качеством и др. А в сфере транспорта выделяют соответственно воздушный, морской, железнодорожный транспорт. Что касается использования кодификации как метода совершенствования европейского законодательства, то в 2006 г., в частности, планируется кодифицировать законодательство таких

секторов, как банкротство, промышленная собственность, рынок ценных бумаг. В 2007 г. году продолжится работа над кодификацией в сфере законодательства о компаниях, отдельный сектор будет представлять законодательство о финансовой отчетности. Среди нормативно-правовых актов законодательства, регулирующих отношения вне сферы предпринимательства, в значительной степени будет кодифицировано трудовое и транспортное право, в частности, сектор законодательства, посвященный здоровью и безопасности работников, морской и железнодорожный транспорт. Законодательство ряда иных секторов на протяжении двух последующих лет подвергнется существенному пересмотру, среди них авторское право, право о защите прав потребителей, государственные закупки, налогообложение и др. [12].

Изложенное позволяет сделать следующие выводы:

Эволюционное развитие системы европейского права призвано служить достижению цели создания общего рынка. Следовательно, целесообразно предположить, что законодатель в дальнейшем не будет стремиться создавать в праве ЕС статичных, амбициозных, всеохватывающих нормативных актов, для разработки и внедрения которых требуется значительный объем средств и времени. Учитывая динамический характер развития европейского права, Институты ЕС направят свои усилия на формирование более гибкого права, отвечающего объективным требованиям процесса европеизации.

Неопределенность перспектив и сроков вступления Украины в ЕС, процесс адаптации отечественного законодательства к законодательству ЕС обуславливает необходимость учитывать не только и не столько его действующие директивы, а общие тенденции развития европейского права с учетом современных кодификационных процессов. В данном случае следует помнить, что условия и сроки адаптации к *acquis communautaire* обычно являются основной темой переговоров о вступлении между государством-кандидатом и ЕС, следовательно, интенсивная адаптация национального законодательства до начала таких официальных переговоров является преждевременной.

В рамках отечественного процесса адаптации следует отметить некоторую «искусственность», основанную на слепом копировании

норм *acquis communautaire* при отсутствии экономической целесообразности. Однако на данном этапе взаимоотношений Украины и ЕС следует воспользоваться отсутствием жестких требований в рамках Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и ЕС относительно адаптации национального законодательства к стандартам Европейского Союза и перенимать европейские правовые нормы выборочно, в первую очередь те, которые устраняют правовыми способами барьеры праву свободного перемещения лиц, капиталов, товаров и услуг и дают возможность более широкого взаимовыгодного экономического сотрудничества.

Для повышения эффективности адаптации законодательства Украины к *acquis communautaire* в первую очередь необходимо определение объекта такой адаптации с учетом его реформирования. Все вышесказанное подтверждает, что в дальнейшем европейское законодательство будет находиться под влиянием существенных не только количественных, но и качественных изменений. Комплексное решение проблем отечественной адаптации с исследованием как предпосылок, так и перспектив эволюции европейского законодательства позволит в значительной степени повысить эффективность ее реализации.

Литература

1. Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: Закон України від 10.11.1994 р. № 237/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст. 415.

2. Об общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза: Закон Украины от 18.03.2004 г. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

3. Муравьев В. И. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика). – К.: Академ-Прес, 2002. – 425 с.

4. Шевчук С. В., Кравчук І. В. Ніщський договір та розширення ЄС. – К.: Логос, 2001. – 196 с.

5. Капіца Ю. Наближення законодавства України до законодавства ЄС відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво між Європейським Союзом та Україною: цілі та методи // Український правовий часопис. – 1998. – Спеціальний випуск 2. – С. 18–25.

6. Петров Р., Кисельова Т. Зближення і гармонізація законодавства у праві Європейського Союзу та міжнародному праві // Правничий часопис Донецького університету.— 2000.— № 2(5).— С. 29—35.

7. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. Серія «Юридичний радник».— Х.: Страйк, 2005.— 432 с.

8. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общей редакцией В. В. Безбаха и В. К. Пучинского.— М.: МЦФЭР, 2004.— С. 44—45.

9. Interinstitutional Agreement «Accelerated Working Method for Official Codification of Legislative Texts» of 20 December 1994 // Official Journal.— 1995.— 8 November.— P. 2—3.

10. Communication of the Commission to the European Parliament and the Council «Codification of the Acquis Communautaire» COM (2001) 0645 final // Bulletin EU.— 2001.— № 11.— P. 7—23. // <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUnServ/LexUnServ.do?uri=CELEX:52001DC0645:EN:HTML>

11. Communication of the Commission to the European Parliament and the Council. Action Plan «Simplifying and Improving the Regulatory Environment» COM (2002) 278 final // <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0278:EN:HTML>

12. Загоруйко Ю. Под знаком Лиссабонской стратегии // Зеркало недели.— 2005.— 24 сентября.— С. 11.

13. Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Implementing the Community Lisbon Programme a Strategy for the Simplification of the Regulatory Environment» COM (2005) 535 final // <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0535:FIN:EN:HTML>

14. Commission Report to the European Council «Better Lawmaking» (Pursuant to Article 9 of the Protocol to the EC Treaty on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality) COM (2001) 728 final // <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0728:EN:HTML>

Представлена в редакцию 16.02.2006 г.

О. П. Загнитко
канд. юрид. наук,
магистр права (США)
юрист украинского представительства
Байтен Буркхардт Рмб Х, г. Киев

В. А. Малыга
канд. юрид. наук,
зав. кафедрой государственно-
правовых дисциплин Донецкого
национального университета

ГАРМОНИЗАЦИЯ ПРАВОВЫХ МОДЕЛЕЙ ВЭД В УКРАИНЕ СО СТАНДАРТАМИ ВТО

Рассмотрены проблемы сближения и гармонизации моделей осуществления внешнеэкономической деятельности, существующих в Украине и сформированных в рамках ВТО. Проведен всесторонний анализ некоторых основных средств регулирования внешнеэкономической деятельности, в том числе с точки зрения согласования с общеотраслевой системой ограничений хозяйственной деятельности, систематизированы государственные (законодательные) гарантии стабильности законодательства.

Законодательство о ВЭД, будучи составной частью хозяйственно-го законодательства, должно преследовать общие с ним цели, в частности, обеспечение конкурентоспособности отечественного товаропроизводителя на внешних и внутреннем рынках сбыта, гармонизацию ограничений с требованиями ГАТТ/ВТО и ЕС [1]. Теоретически необходимо также контролировать соответствие законодательства о ВЭД Украины регуляторным моделям, которые содержатся в проектах источников права ЕЭП. Однако ввиду стратегической неопределенности ЕЭП (как правовой, так и политической составляющей) подобный контроль не представляется практически осуществимым.

Правовая политика в отношении интеграционных усилий должна быть конгруэнтной. Вместе с тем, как и во многих иных изме-

рениях, правовая политика хозяйственного законодательства не выдерживается в едином ключе, особенно многообразен процесс выработки и реализации политики на местном и региональном уровнях, где наблюдается весь спектр поведенческих реакций — от «эксцесса» до игнорирования принципов и деклараций центральных регуляторных органов. Среди иных причин не менее важной представляется несоответствие деклараций целеполагающим установкам и мероприятиям, уже закрепленным в хозяйственном праве Украины, а также хаотичное и непоследовательное изменение положений последнего. Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» (далее — Закон) как раз является консолидацией норм, дающей исчерпывающий набор методов стратегического и оперативного регулирования внешнеэкономических связей. Некоторые нормы Закона впоследствии были перенесены либо модифицированы в Хозяйственном кодексе Украины, однако именно Закон является специальным законодательным актом и непосредственной базой правоприменения для подзаконных и иных «регуляторных» актов. Вместе с тем действующий Закон предусматривает ограничения и принципы регулирования ВЭД, противоречащие требованиям ВТО, к тому же сомнительные как с точки зрения юридической техники, так и с позиций современной роли государства в регулировании экономики.

Следует заметить, что часть указанных проблем рассмотрена Д. Минюком [2], А. Ластовецким [3], О. Шаповаловой [4], однако так и не получила удовлетворительного разрешения. Авторами неоднократно обращалось внимание на несоответствия системы ограничений хозяйственной деятельности в общеотраслевом регулировании и во внешнеэкономической деятельности [5], а также отсутствие единого подхода к формированию системы ограничений ВЭД в Украине и в государствах-участниках ВТО. Стройная система ограничений позволила бы повысить эффективность правоприменительной деятельности и упростить оформление внешнеэкономических обязательств, а равно — их исполнение. Кроме того, упорядочение системы ограничений ВЭД сузит сферу усмотрения органов хозяйственного руководства, что обеспечит прозрачность правоприменительной деятельности соответствующих органов и упростит экономическую интеграцию Украины в междуна-

родную систему хозяйствования. В свою очередь, интеграция, как уточнялось, не может быть самоцелью, но дает украинским субъектам хозяйствования, как минимум, режим наибольшего благоприятствования во всех странах-членах ВТО.

Принципы систематизации и согласования ограничений изложены в других публикациях авторов, как и взгляды на классификацию ограничений внешнеэкономической деятельности [1]. *Целью настоящей статьи является всесторонний анализ некоторых из основных средств регулирования внешнеэкономической деятельности, содержащихся в Законе, в том числе с точки зрения согласования с общетраслевой системой ограничений хозяйственной деятельности.*

Принципы налогообложения ВЭД (ст. 11 Закона)

Закон следует дополнить правилом о национальном режиме налогообложения субъектов ВЭД — иностранцев (и их постоянных представительств) на основании взаимности и международных соглашений, заложив базу для реализации соответствующих положений ГАТТ (ст. III). Однако реформа положений ст. 11 Закона, проведенная в ноябре 2004 г., свелась к исключению частей 2—4, предусматривавших критерии результатов хозяйственной деятельности, необходимые для льгот по налогообложению. Поддерживая принцип недискриминации субъектов ВЭД, которым, по-видимому, руководствовался законодатель в данном случае, следует отметить, что законодательное закрепление правил предоставления льгот является объективной необходимостью, в том числе для политико-правовых потребностей. При этом предмет ст. 11 Закона целесообразно расширить, озаглавив ее «Принципы налогообложения и предоставления льгот во внешнеэкономической деятельности». В текст статьи следует дополнительно включить положения о льготах в соответствии с ХК Украины (ст. 10, ч. 1 абз. 9, ст. 17) и ГАТТ (ст. III, XVI, Приложения I). Такие положения ст. 11 должны предусматривать критерии *запрещенных* и *разрешенных* льгот. Для целей и задач Закона принципы субсидирования и налогообложения в данной статье должны быть описаны шире, нежели исключительно для целей торговых расследований, как в ст. 6—9 Закона Украины «О защите национального товаропроизводителя от субсидированного импорта» от 22.12.1998 г. [6]. В та-

ком случае специальное законодательство о налогообложении (в соответствии с Законом Украины «О системе налогообложения» либо полумифическим Налоговым кодексом Украины) должно использовать указанные положения как базу, без учета положений которой обложение налогами и сборами будет противоречить принципам экономической (хозяйственно-правовой) политики. То же самое касается и введения иных льгот, не использующих механизм налогообложения, например, целевое бюджетное финансирование, освобождение от импортных пошлин и сборов и т. д.

Использование валютной выручки субъектом ВЭД (ст. 12 Закона)

Положения рассматриваемой статьи, регулирующие порядок распределения валютной выручки от ВЭД, рассчитаны на монопольные или монополизированные внешнеторговые связи, имевшие место в СССР и УССР во времена непосредственно до и после принятия Закона. Последние изменения в ст. 12 вносились в 1992 г. и ее действие приостановлено Декретом КМ Украины от 19.02.1993 г. Несмотря на то, что положения статьи устарели, тема валютного регулирования не утратила остроты, напротив, она обогатилась более чем 10-летней практикой применения, опирается на широкий массив законодательства, составляющего самостоятельный институт украинской системы права. Поэтому Закон не должен оставлять вопросы валютной выручки за рамками — «по умолчанию», а предусматривать принципы и стимулы для получения, использования и распоряжения валютной выручкой. С учетом глубокой эволюции валютного регулирования и контроля данная статья должна быть пересмотрена, разумеется, с учетом ближайшей перспективы — признания рыночного статуса экономики Украины в ЕС, США и других странах — как для целей торговых расследований, так и для членства в ВТО.

Прежде всего вмешательство в процессы распределения выручки субъектов хозяйствования негосударственного сектора противоречит принципу свободы предпринимательства, поэтому ограничения должны касаться лишь получения, использования в обороте и хранения выручки. В отношении субъектов государственного сектора экономики, в частности бюджетных организаций, их выручка от ВЭД должна распределяться по тем же общим правилам, что и выручка от иных видов деятельности.

Исключение составляют валютное регулирование и контроль, взаимоотношения с регулирующими органами – Национальным банком Украины, налоговой службой и т. д. Для этих случаев статья должна содержать коллизионную норму о соотношении Закона и специального законодательства, в частности, ссылку на Декрет КМ Украины «О системе валютного регулирования и валютного контроля» [7], где нормы данного института изложены более системно.

В то же время в ст. 12 и ст. 14 Закона целесообразно детальнее регламентировать вопросы расчетов в иностранной валюте, что могло бы исключить проблемные вопросы по расчету и уплате пени в соответствии с Законом Украины «О порядке осуществления расчетов в иностранной валюте» [8]. В таком случае вполне возможно, что Закон Украины «О порядке осуществления расчетов в иностранной валюте» можно полностью инкорпорировать в Закон и хозяйственно-правовое регулирование расчетов во внешнеэкономической деятельности может вернуть утраченное идеологическое единство.

Расчетные и кредитные отношения (ст. 14 Закона)

Настоящую статью целесообразно разделить на три самостоятельных: (14) – о расчетах во внешнеэкономической деятельности, (14–1) – об операциях с капиталом (кредитах, займах, ссудах, долговых ценных бумагах) во внешнеэкономической деятельности и (14–2) – о финансовых услугах во внешнеэкономической деятельности (гарантиях, поручительстве, факторинге и т. д.). В современной редакции статьи речь идет, в основном, о кредитах субъектов ВЭД. Вместе с тем режим правового регулирования внешних заимствований нельзя признать удовлетворительным. Наиболее предметной является ст. 388 ХК Украины, предусматривающая право субъектов хозяйствования на иностранные кредиты, однако условий выдачи таких кредитов она не содержит. В связи с этим кредитам, выданным украинским субъектам хозяйствования, недостает целостности режима правового регулирования. В частности, неизвестно, должен ли иностранный кредитор получить лицензию (регистрацию) в Украине в связи с предоставлением финансовой услуги (кредита, поручительства и т. д.) украинскому субъекту хозяйствования. Как представляется, и положительный, и отрицательный ответ на данный вопрос в настоящее время требует внесения изменений в законодательство.

С другой стороны, совершенно без внимания законодателя оставлены вопросы выдачи кредитов и займов иностранным субъектам хозяйствования, условия и цели ограничения таких сделок. В итоге Национальный банк Украины, основываясь на полномочиях по валютному регулированию, практически беспрепятственно устанавливает ограничения для кредитных договоров, в том числе существенные, например, плата за кредит, порядок получения и возврата и т. д. (положения о выдаче кредитов, условия оплаты кредита).

В настоящее время весьма насущными для Украины представляются проблемы стимулирования экспорта путем выдачи государственных или квази-государственных гарантий, кредитования и страхования внешнеэкономических обязательств украинских субъектов. Очевидно, поддержка экспорта отечественными производителями должна вестись, среди прочих источников, и за государственный счет. Специально уполномоченные государством агентства многих экспортно-ориентированных экономик предоставляют кредиты, гарантии и страхование полностью либо в определенной части (например до 50 %) — непокрытой частными гарантиями и страхованием. Такие гарантии (страхование) обеспечивают исполнение внешнеэкономических договоров, по которым осуществляется экспорт продукции (товаров, работ, услуг), находящийся среди приоритетов государственной политики, например, высокотехнологичных отраслей, развивающихся отраслей и т. д. Агентство не обязательно должно быть бюджетным учреждением, как в прошлом Национальное агентство Украины по вопросам инвестиций. Наоборот, часто такое учреждение действует на хозяйственных началах, иногда с частичным бюджетным финансированием на первоначальном этапе. При его создании государство должно владеть 80–100 % долей в уставном фонде агентства с постепенным уменьшением доли участия до 25 %, что позволяет влиять не только на политику агентства (устанавливается нормативными актами правительства), но и на управление агентством посредством участия в работе его органов. Подобные агентства в Украине могут создаваться также органами местного и регионального самоуправления. Это могли бы быть, например, органы, создаваемые в областях, крупных городах и важных экономических узлах (территориях и парках). Поддержка может предоставляться в

случаях, когда: экспортный потенциал продукции с высокой добавленной стоимостью не может реализоваться из-за сложных финансовых условий для заказчика; производственная мощность предприятий, в частности, основанных на государственной собственности, превышает объемы внутреннего рынка, что предполагает необходимость расширения экспорта во избежание социальной напряженности во время перепрофилирования производства/сокращения наемных работников; отсутствует обеспечение исполнения по внешнеэкономическому договору со стороны негосударственных финансовых учреждений в связи с рисками зарубежной юрисдикции, под которую подпадает исполнение договора.

Государственные (законодательные) гарантии стабильности законодательства (ст. 11 Закона)

Как следует из опыта предоставления различных льгот и гарантий, юридическая техника законов нуждается в упорядочении различного рода «гарантий» и «мораториев» на изменение законодательства. Как известно, законодатель неоднократно пытался установить мораторий на изменения отдельных положений системы права, например, относительно льгот иностранным инвесторам (Закон Украины «О режиме иностранного инвестирования», Закон Украины «Об иностранных инвестициях», Декрет КМ Украины «О режиме иностранного инвестирования»), свободных экономических зон и территорий приоритетного развития, во внешнеэкономической деятельности (ст. 11 Закона), приоритетных отраслей развития (Закон Украины «О стимулировании производства автомобилей в Украине» [9]) и т. д. Так, государство гарантирует неизменность налогообложения субъектов внешнеэкономической деятельности в течение 5 лет (ст. 11 Закона). На сегодняшний день эта норма носит декларативный характер. Практически не осуществимо закрепление для каждого субъекта хозяйствования, вступившего во внешнеэкономические отношения, специальных условий налогообложения. Не может указанное положение означать и того, что один раз установленный налог не может меняться в течение 5 лет, в том числе в сторону снижения. Видимо, лишь лаконичность закона и недостаточная осведомленность субъектов хозяйствования воспрепятствовала попыткам настаивать на практическом применении подобной гарантии.

Выдача разрешений на внешнеэкономические операции и их лицензирование

Законом предусмотрено, что лицензирование ВЭД бывает автоматическим и неавтоматическим, при этом используются весьма относительные и неадекватные критерии, поскольку автоматическое лицензирование «не оказывает ограничительное воздействие на товары», а неавтоматическое лицензирование «используется в случае установления квот на экспорт (импорт) товаров». Очевидно, что в ст. 16 Закона о ВЭД смешаны разнопорядковые категории разрешительных процедур, и попытка разделения их путем внедрения терминов «автоматический» и «неавтоматический» ситуацию не исправила, а скорее усугубила. Речь в случае «автоматического» лицензирования идет о разрешении деятельности в целом; о случаях, когда осуществление определенной внешнеэкономической операции требует особой квалификации в силу особенностей сектора экономики, специфики собственно продукции. В большинстве случаев, как представляется, различие между деятельностью на внутреннем и внешнем рынках является искусственным и должно быть устранено: например, торговля оружием, продукцией/технологией двойного назначения, радиоактивными веществами, наркотическими и психотропными препаратами, взрывчатыми веществами. Также обычно лицензируемой деятельностью на внутреннем рынке являются операции с металлоломом, пожарной сигнализацией и т. д. Иными словами, наличие лицензии для ведения деятельности на внутреннем рынке должно распространяться на ведение ВЭД в той же сфере. Исключения из этого правила, которые могут возникнуть в силу разных причин, следует прямо указывать в лицензии, как-то — «кроме внешнеэкономических операций».

Иной случай «автоматического лицензирования» из отечественного опыта — регистрация внешнеэкономических контрактов, которая в Украине также используется как способ ограничения ВЭД, поскольку таможенное оформление товаров по таким контрактам осуществляется лишь при наличии карточки регистрации-учета внешнеэкономического договора (следует заметить, что соответствующий Указ Президента № 659/94 от 07.11.1994 г. утратил силу с 04.07.2005 г.). Проведение регистрации ставило под сомнение конфиденциальность информации, предоставляемой для регистрации

договора, поскольку законом не была предусмотрена ответственность государственных органов за разглашение подобной информации. Кроме того, необходимость регистрации должна быть тщательно регламентирована. Если речь идет о вывозе товаров, которые не должны попасть в определенные государства (определенным субъектам внешнеэкономической деятельности), то, очевидно, достаточно декларации о том, что цели законодателя соблюдены, при этом подобная декларация может предоставляться в уведомительном порядке. Дополнительные проверки (предоставление контракта, обоснования, выписок из торгового реестра юрисдикции контрагента и т. д.) не помогут обеспечить соблюдение законодательства, хотя экспортную деятельность могут и затруднить. В целом же, в таком случае разрешение на экспорт получено автоматически, но в силу общего разрешения на экспорт товаров, не запрещенных законом, а не в силу «лицензии».

В случае ввоза регистрация контрактов тем более неуместна, поскольку она дублирует функции таможенного контроля, который проверяет и основания ввоза, и назначение, и правильность ценообразования, и наличие всех необходимых для ввоза документов. Одним из редких известных авторам случаев такой регистрации является регистрация иностранных инвестиций. На наш взгляд, она должна происходить в уведомительном порядке и не требовать подтверждения регистрации от органов Министерства экономики. К уведомлению должна прилагаться справка из банка (выписка со счета) — в случае денежной инвестиции и заверенные копии документов о передаче инвестиции — в случае ввоза вещами либо нематериальными активами. В том случае, если Министерство экономики сомневается в действительности внесения инвестиций, ему следует начинать проверку соответствующих предприятий. Таким образом, «автоматическое лицензирование» не имеет понятийного единства и должно быть исключено, либо законодатель должен подвергнуть его содержание существенной корректировке.

Под «неавтоматическим» лицензированием обычно понимают индивидуальные разрешения на операции, выдаваемые с учетом не квалификации лица, а исключительно особенностей товара (в том числе и в тех случаях, когда лицензирование применяется как мера ответственности субъекта внешнеэкономической деятельности за

нарушения законодательства о внешнеэкономической деятельности (ст. 37 Закона). Иными словами, под «автоматическим лицензированием» законодатель понимает ограничение круга субъектов внешнеэкономической деятельности, что подвергнуто критике выше, а под «неавтоматическим лицензированием» — ограничение предмета и объекта внешнеэкономической деятельности. Из анализа сути «неавтоматического лицензирования» понятно, что основанием для его использования является количественное ограничение экспорта или импорта товара (капитала) в физических единицах либо во времени. Такое ограничение может действовать в отношении всех либо отдельных субъектов хозяйствования. Определив случаи «неавтоматического лицензирования», таким образом, легче определить случаи его использования. Нормотворчество об использовании «неавтоматического лицензирования» будет очерчено положениями законодательства о тарифных и абсолютных квотах на экспортные (импортные) операции с определенными товарами (работами, услугами). Целесообразным представляется разграничить лицензирование как общеотраслевой институт и разрешительную деятельность во внешнеэкономической сфере, при этом по возможности терминологически заменив термин «неавтоматическое лицензирование» на иной, более близкий к сути отношений, например, «разрешение». Помимо прочего, этот шаг следует расценивать и как поддержку украинской терминологии в пику заимствованиям из английского.

Однако, как можно предположить, из общего ряда выпадет «неавтоматическая лицензия разовая (индивидуальная), имеющая именной характер», поскольку такой вид применяется исключительно в качестве санкций за правонарушения во внешнеэкономической сфере. На наш взгляд, такой способ ограничения внешнеэкономической деятельности отличается от предыдущих по своей природе, поскольку после применения индивидуальной санкции все внешнеэкономические операции субъекта согласовываются с Минэкономики. Во всяком случае, Минэкономики не обязан вникать в такие операции, не может нести ответственность за их исполнение, однако должен убедиться в том, что подобная операция будет свободна от злоупотреблений, которые ранее привели к индивидуальным санкциям против субъекта хозяйствования. Иными словами, субъект хозяйствования может вступать во внешне-

экономические отношения при условии предварительного уведомления Минэкономики и отсутствии возражений со стороны последнего. Указывая на существование в таком механизме благоприятной почвы для коррупции (чиновник дает разрешение на сомнительную внешнеэкономическую операцию субъекта хозяйствования в обмен на взятку, в том числе как части прибыли от операции), отметим, что правильнее именовать подобный специальный режим внешнеэкономической деятельности индивидуальным согласованием («согласовательный режим» как вариант) во избежание путаницы не только терминологической, но и нормотворческой и, как следствие, правоприменительной.

Высказанные опасения не лишены основания уже сейчас, поскольку в настоящее время в Украине действует около 50 подзаконных актов нормативного характера, затрагивающих вопросы лицензирования внешнеэкономической деятельности, при чем разницу между предметом их регулирования часто можно уловить только из детального анализа и дословного сравнения текстов (например, приказов Минэкономики, которые стремятся не отступать от терминологии правовых актов высшей юридической силы, но издаются ежегодно). Такая ситуация дает основания субъектам хозяйствования ожидать и быть готовыми к решениям судов, применяющих по аналогии законодательство, принадлежащее к принципиально разным правовым институтам.

Экспорт услуг и капитала

Из текста Закона и, как следствие, из других специальных нормативно-правовых актов не ясно, лицензируются ли операции с услугами как вид внешнеэкономической деятельности, в том числе финансовые услуги. В этой связи следует заметить, что терминология Закона внутренне противоречива относительно предмета регулирования: с одной стороны, услуги и продукция включены в товары, с другой стороны, услуги и нематериальные блага входят в понятие «капитал», экспорт и импорт которого может подлежать отдельным правилам регулирования. Следует отметить, что термин «капитал» при определении предмета ВЭД используется Законом дважды: в ст. 1 («Определения терминов») и ст. 4 («Виды ВЭД»), причем в последнем случае экспорт (импорт)

капитала постулируется как вид деятельности, отдельный от экспорта (импорта) товара. Очевидно экспорт (импорт) капитала подлежит общим принципам правового регулирования экспортных (импортных) операций, если не предусмотрено специального исключения, на что Закон о ВЭД должен прямо указывать.

Индикативные экспортные цены

Лишь с конца 1998 г. Закон предусмотрел возможность введения индикативных цен на экспорт или импорт – в ответ на недружественные действия иных государств (ст. 29 Закона). Полномочия по введению индикативных цен возложены на КМ Украины. Вместе с тем режим индикативных цен был фактически введен еще за четыре года до внесения изменений в Закон – Указом Президента Украины от 18.11.1994 г. № 691/94 (далее – Указ) [10]. За внешне привлекательным названием «Об индикативных ценах на товары при осуществлении субъектами внешнеэкономической деятельности Украины экспортно-импортных операций» стоит механизм вмешательства в ценообразование субъектами внешнеэкономической деятельности, поскольку перечень оснований для их введения значительно шире, чем позже предусмотренный Законом. К тому же индикативные цены вводятся непосредственно Министерством экономики, а не правительством Украины.

Требования же к индикативным ценам не установлены, таким образом, государство может произвольно вмешиваться во внешнеэкономическую деятельность и договорную свободу субъектов хозяйствования. Все это происходит не только в рамках международных договоренностей, но и по усмотрению Министерства экономики. В итоге нарушена свобода внешнеэкономической деятельности, а также закрепленные в Законе соответствующие принципы (ч. 3, 4 ст. 2 Закона). Справочные цены могут и должны публиковаться в соответствующих бюллетенях, в том числе при поддержке государства.

В настоящее же время отступление от требований Указа возможно лишь по заключению «Держзовнішінформа». Получение такого разрешения, как правило, не составляло проблемы, поскольку услуги «Держзовнішінформа» оплачивались заказчиком – субъектом ВЭД. Проблема состоит в создании почвы для коррупции и действию указа, противоречащего закону, в частности принципам ВЭД. Экспертиза, которая проводится в настоящее время специально уполномо-

ченным экспертным органом, составляет благоприятную почву для коррупции. Это оформляет лишь эффект присутствия, но не само присутствие контроля: правительство создает видимость борьбы путем административного вмешательства в ценообразование. Однако на самом деле стимулирование добросовестного ценообразования в ВЭД дает четкая система налогообложения, реформа корпоративного управления и эффективная система таможенного контроля. На наш взгляд, Указ Президента следует отменить и привести законодательство об индикативных ценах в соответствие с Законом.

Оперативное управление ограничениями ВЭД

С учетом указанных различий необходимо изменить процедуру установления количественных ограничений ВЭД и их администрирования. Следует отметить, что сложившийся порядок администрирования во многом препятствует предоставлению статуса рыночной для экономики Украины, поскольку расценивается как фактическое вмешательство государства в ценообразование по внешнеэкономическим операциям.

Установленные другими государствами меры по ограничению украинского импорта не должны ограничивать экспорт. Исключения составляют квоты, установленные международными документами, по которым Украина приняла на себя обязательство не экспортировать свыше определенного объема. В таком случае правительство в соответствии с Конституцией Украины должно следить за исполнением международных соглашений.

Что касается администрирования экспорта (импорта) в рамках квот, то наиболее справедливым во многих странах, в частности Канаде, ЕС и США, считают принцип «первым пришел – первым получил». При этом разрешительная система регистрации экспорта (импорта) является менее эффективной, более подверженной коррупции, поэтому регистрационная процедура (выдача разрешений в соответствии с хронологией поступления заявок) должна выступить базовой для распределения квот на экспорт и импорт товаров. Естественно, речь идет о квотах, выделенных на товар, а не на субъект ВЭД. Что касается квот для отдельного субъекта ВЭД, то они могут быть установлены лишь в случае подписания соответствующих межгосударственных (межправительственных) соглашений в рамках торговых расследований (антидемпинговых, антисубсиди-

ционных, специальных), где устанавливается квота для каждого участника расследования либо для всех участников в целом. В противном случае, установление «именной» квоты будет являться дискриминацией по отношению к остальным участникам ВЭД.

Существенным недостатком процедуры регистрации контрактов является возможность органов регистрации самостоятельно и произвольно признавать информацию о нарушениях, допущенных субъектами ВЭД, достаточной для того, чтобы лишать их права на осуществление экспортно-импортных операций. При этом внесение изменений и дополнений в карточку не допускается, следовательно, дополняя договор, всякий раз необходимо получать новую карточку регистрации. Эти обстоятельства создают почву для коррупции среди чиновников, регистрирующих вышеупомянутые контракты.

Выводы. С учетом изложенного необходимо осуществить комплекс мер, направленных на систематизацию ограничений ВЭД в Украине, а именно:

- определить понятие «субъект ВЭД»;
- определить право на осуществление ВЭД;
- ввести порядок выдачи государственных гарантий и государственного кредитования ВЭД;

- определить «лицензии» — только для субъектного состава ВЭД;
- определить разрешения — для количественных ограничений ВЭД;

- определить индивидуальный режим ВЭД как «согласовательный»;

- принять поправки к Закону Украины «О лицензировании некоторых видов хозяйственной деятельности» и связанные с ним законы (о телекоммуникациях, алкогольных и спиртных изделиях, о недрах и т. п.);

- принять поправки к Таможенному кодексу относительно администрирования количественных ограничений, а также работы с лицензируемыми видами деятельности;

- внести изменения и дополнения в ст. 377 Хозяйственного кодекса Украины относительно расширения круга субъектов ВЭД.

Настоящими предложениями перечень мер по совершенствованию ВЭД не исчерпывается. Однако, на наш взгляд, дальнейшие

реформы должны коснуться всех способов ограничения ВЭД с учетом внесенных изменений и общепромышленной системы ограничений.

Литература

1. Загнітко О., Малига В. Колізії законодавства про суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх усунення // Правничий часопис Донецького університету.— 2005.— № 2 (14).— С. 33–38.

2. Минюк Д. Правове поле зовнішньоекономічної діяльності: реальність, перспективи // Підприємництво, господарство і право.— 2004.— № 11.— С. 125–127.

3. Ластовецький А. Організаційно-правове регулювання підприємництва за умов перехідної економіки в Україні // Підприємництво, господарство і право.— 2004.— № 12.— С. 116–119.

4. Шаповалова О. Сквозные функции хозяйственного законодательства в обеспечении трансформации экономики // Предпринимательство, хозяйство и право.— 2003.— № 9.— С. 54–58.

5. Загнитко О., Малыга В. Хозяйственно-правовое регулирование ограничений во внешнеэкономической деятельности // Экономика и право.— 2005.— № 2 (12).— С. 118–123.

6. О защите национального товаропроизводителя от субсидированного импорта: Закон Украины от 22.12.1998 г. № 331-XIV // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1999.— № 12–13.— Ст. 80.

7. О системе валютного регулирования и валютного контроля: Декрет КМ Украины от 19.02.1993 г. № 15-93 // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1993.— № 17.— Ст. 184.

8. О порядке осуществления расчетов в иностранной валюте: Закон Украины от 23.09.1994 г. № 185/94-ВР // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1994.— № 40.— Ст. 364.

9. О стимулировании производства автомобилей в Украине: Закон Украины от 19.09.1997 г. № 535/97-ВР // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1997.— № 47.— Ст. 294.

10. Об индикативных ценах на товары при осуществлении субъектами внешнеэкономической деятельности Украины экспортно-импортных операций: Указ Президента Украины от 18.11.1994 г. № 691/94 // Голос Украины.— 1994.— 29 ноября (№ 226).

Представлена в редакцию 24.02.2006 г.

В. А. Малига

канд. юрид. наук,
зав. кафедрою Донецького
національного університету

Ю. В. Мухін

юрисконсульт науково-
виробничого підприємства «Резерв»,
м. Донецьк

ПОНЯТТЯ «ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ»: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ДОЦІЛЬНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена аналізу поняття «зовнішньоекономічна діяльність» з урахуванням колізій, які виникли після прийняття Господарського кодексу України. Розглянуто особливості законодавства країн СНД у сфері здійснення суб'єктами господарювання зовнішньоекономічних зв'язків. Запропоновано у законодавчому порядку відмовитися від поняття «зовнішньоекономічна діяльність», замінивши його на «зовнішньоторговельна діяльність» (з урахуванням досвіду, набутого в рамках СОТ).

Об'єктивні процеси інтернаціоналізації та лібералізації світового господарства вимагають відповідного правового регулювання зовнішньоекономічних відносин.

Найбільш розвинуті країни світу з метою покращити умови для міжнародної *торгівлі*, зробити її передбачуваною, сталою і прозорою в 1947 р. уклали Генеральну угоду з тарифів та торгівлі (ГАТТ), а в 1995 р. створили Світову організацію торгівлі (СОТ). Таким чином, вони отримали доступ до світових ринків товарів та послуг на більш сприятливих умовах у порівнянні з іншими державами, до яких слід віднести і Україну.

Керівництво нашої країни в 1995–1996 рр. офіційно проголосило курс на вступ до СОТ. Однією з базових вимог, яку міжнародна торгова організація поставила перед Україною, є вдосконалення її торговельного законодавства та його гармонізація з принципами вільної торгівлі [1]. На сьогодні це завдання залишається невиріше-

© В.А. Малига, Ю.В. Мухін, 2006

ним. Досі існують неузгодженості в нормативних актах, які регулюють зовнішньоекономічні відносини, зокрема, термінологічного характеру. Так, дещо суперечливими залишаються визначення поняття «зовнішньоекономічна діяльність» (далі – ЗЕД), надані положеннями розділу VII Господарського кодексу (далі – ГК) [2] і Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (далі – Закон) [3].

Чинне українське законодавство містить два абсолютно різних підходи до визначення ЗЕД. Перший, зазначений у Законі, однією з умов віднесення діяльності до зовнішньоекономічної ставить її здійснення *українським* та *іноземним* суб'єктом господарювання. Друга концепція, що покладена в основу ГК, містить у якості обов'язкової ознаки ЗЕД – перетинання майном та/або робочою силою *митного кордону* України.

Поставленій проблемі практично не приділяли увагу правники-науковці. Серед існуючих публікацій слід виділити праці А. Вишнякова [4] та А. Мартиненко [5]. Авторами частково розглянуті проблеми визначення ЗЕД в українському законодавстві, але зовсім недослідженим залишився порівняльно-правовий аспект доцільності його використання.

Метою цієї статті є виявлення проблем визначення поняття «зовнішньоекономічна діяльність», доцільності використання зазначеної юридичної конструкції з урахуванням проголошеного Україною курсу на вступ до СОТ.

Для досягнення поставленої мети планується провести порівняльно-правовий аналіз чинного законодавства України та інших країн СНД, що регулює ЗЕД, виявити найбільш вдалий підхід до застосування поняття ЗЕД та внести пропозиції щодо його імплементації.

Поняття ЗЕД за своєю природою є багатогранним, його можна розглядати принаймні у двох аспектах: економічному та правовому. Теоретики-економісти, зокрема Є. Ф. Прокушев, вважають, що *ЗЕД – це процес реалізації зовнішньоекономічних зв'язків, що включають торгівлю, спільне підприємництво, надання послуг та співпрацю* [6, с. 6].

Разом з тим, ЗЕД визначається і як форма торговельно-економічної міжнародної діяльності держави, організацій, установ усіх форм власності, яка пов'язана з експортом та імпортом товарів, послуг, реалізацією спільних проектів, утворенням спільних виробничих, торговельних, транспортних структур з участю міжнародного фінансового капіталу, кредитів, інвестицій [7].

Невичерпний перелік видів ЗЕД (відповідно до Закону), а саме: експорт та імпорт товарів, капіталів та робочої сили, надання послуг, міжнародна кооперація, міжнародні фінансові операції, спільна підприємницька діяльність, праця за контрактом фізичних осіб та інш. теоретики узагальнюють у наступні зовнішньоекономічні зв'язки:

1. *Торгівля.* За допомогою цієї форми здійснюється купівля-продаж товарів загального, промислово-виробничого споживання тощо. Згідно з практикою СОТ до торгівлі, як виду ЗЕД, крім торгівлі товарами також відносять торгівлю послугами та правами інтелектуальної власності.

2. *Спільне підприємництво.* Ця форма може бути реалізована в різноманітних галузях господарства (в сільському господарстві, медицині, транспорті, кредитно-фінансовій сфері тощо);

3. *Міжнародна співпраця.* Все більшого розповсюдження у зовнішньоекономічних зв'язках отримує наукова, технічна, економічна співпраця, посилюються науковий та культурний обміни.

Таким чином, ЗЕД визначається в економічній науці доволі широко – як міжнародна економічна діяльність різноманітних суб'єктів, форма реалізації зовнішньоекономічних зв'язків, до яких входять: торгівля, спільне підприємництво і міжнародна співпраця.

Правовий аспект ЗЕД визначений у двох суперечливих і неузгоджених між собою підходах, запропонованих Законом та ГК.

Відповідно до ст. 1 Закону, ЗЕД – діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, яка побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами.

Закон встановлює у якості кваліфікуючої ознаки ЗЕД суб'єктну, тобто здійснення діяльності суб'єктами господарювання України та іноземними суб'єктами господарювання. При цьому сама діяльність може здійснюватися як на території України, так і за її межами.

Господарська діяльність визначається Законом як будь-яка діяльність, у тому числі підприємницька, яка пов'язана з виробництвом і обміном матеріальних та нематеріальних благ, що виступають у формі товару, а товар, згідно з зазначеним нормативним актом – це будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, які призначені для продажу (оплатної передачі). Таким чином, ЗЕД не виходить за межі товарного обігу і має оплатний характер.

Слід констатувати, що відповідно до Закону в основу виокремлення ЗЕД серед інших видів господарської діяльності покладений *критерій територіальної приналежності суб'єктів ЗЕД*.

Зовсім інший підхід закріпили укладачі ГК. Відповідно до ст. 377 ГК ЗЕД – *господарська діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у частині першій ст. 139 ГК, та/або робочою силою*. Таким чином, обов'язковим відповідно до ГК є перетинання у процесі здійснення господарської діяльності митного кордону України:

робочою силою;

майном, прямо визначеним у ГК.

Відповідно до ч. 1 ст. 139 ГК майно визначається як сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються в діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі, або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів.

На наш погляд, найбільш суперечливою ознакою ЗЕД за ГК є потреба перетинання майном митного кордону України. Згідно зі ст. 6 Митного кодексу України (МК) [8], митним кордоном є межі митної території України, у свою чергу митна територія – територія України, яка зайнята сушею, територіальне море, внутрішні води і повітряний простір, а також штучні острови, установки і споруди, що створюються у виключній морській економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція України (ст. 5 МК). Таким чином, законодавець вдався до формального, звуженого підходу до розуміння ЗЕД. На користь цієї тези свідчить те, що перемішуватися через митний кордон і проходити митні процедури за МК можуть *лише товари та транспортні засоби*. Однак відповідно до ст. 4 Закону предметом ЗЕД можуть виступати роботи і послуги, об'єкти інтелектуальної власності, фінансові активи тощо.

Підкріплює існування занадто вузького визначення ЗЕД у ГК положення про те, що спеціальні митні зони знаходяться поза межами митної території України, крім випадків, зазначених у законах України (ст. 5 МК). Відтак, операції щодо ввезення товарів з території спеціальних митних зон на митну територію України мають визнаватися зовнішньоекономічними, навіть якщо здійснюватимуться між українськими суб'єктами господарювання, що вдається недоречним.

На нашу думку, визначаючи ЗЕД у ГК, законодавець схилився до визначення лише одного виду ЗЕД – зовнішньої торгівлі товарами (імпорт, експорт), бо саме для неї характерним є встановлення критерію обов'язкового перетинання митного кордону.

Комплексний аналіз норм ГК та Закону у межах визначення ЗЕД дозволяє говорити про наступні суперечливі положення:

1. *Предмет ЗЕД.* Відповідно до Закону предметом ЗЕД виступає товар, як будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права. Виходячи з визначення, наданого ГК і проаналізувавши положення МК, можна зробити висновок, що майно як предмет ЗЕД не включає в себе послуги, об'єкти інтелектуальної власності, фінансові активи тощо, що не відповідає рівню розвитку зовнішньоекономічних зв'язків у світі, суперечить уявленням про економічний аспект ЗЕД і обмежує окремі положення самого ГК.

2. *Визначальний критерій.* Як зазначалося вище, принципова відмінність Закону та ГК полягає у визначальному критерії, який виділяє ЗЕД серед інших видів господарської діяльності. Відповідно до Закону це – територіальна приналежність суб'єктів ЗЕД, згідно з ГК – перетинання майном чи робочою силою митного кордону України.

Законодавство інших країн, які прагнуть вступити до СОТ, зокрема Росії, взагалі не регулює зовнішньоекономічну діяльність в нашому розумінні і такий підхід, на нашу думку, є виправданим.

Державна Дума Російської Федерації у 2003 р. прийняла Закон РФ «О принципах государственного регулирования внешнеэкономической деятельности». Відповідно до п. 4 ст. 2 зазначеного закону, *зовнішньоторговельна діяльність – це діяльність, яка пов'язана зі здійсненням угод у сфері зовнішньої торгівлі товарами, послугами, інформацією та інтелектуальною власністю* [9].

Таким чином, правовому регулюванню підлягає не ЗЕД, а лише один її вид – зовнішньоторговельна діяльність. Доцільність такого підходу визначається декількома чинниками:

1. Основними принципами правового регулювання економічної діяльності взагалі є забезпечення мобільності (динаміки) і лібералізації економічних операцій. Тому вкрай необхідно, щоб з одного боку, правовому регулюванню в цій сфері підлягало якомога менше коло відносин, з іншого, виходячи з концепції континентальної правової системи – правові положення характеризувались високим

ступенем формальної визначеності (особливо термінологія). На за- надто широке і неоднозначне формулювання ЗЕД у законодавстві України неодноразово вказували юристи-теоретики та практики [10].

Виходячи з концепції правового регулювання ЗЕД, в українському законодавстві виникають формально обґрунтовані, але на практиці абсурдні ситуації, коли поруч з зовнішньоторговельними договорами регулюється надання безкоштовної міжнародної гуманітарної допомоги або програми міжнародного обміну студентами як окремі види ЗЕД.

2. Торговельна діяльність, зокрема, договори міжнародної купівлі-продажу товарів є найбільш поширеним видом ЗЕД [11, с. 200]. Більше того, у практиці розгляду спорів, пов'язаних із ЗЕД, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом при ТПП України, переважна кількість спорів припадає саме на договори міжнародної купівлі-продажу [12, с. 23], але в українському зако- нодавстві визначення зовнішньоторговельного договору досі відсутнє, проте існує визначення зовнішньоекономічного догово- ру, що є набагато ширшим поняттям і через це складає певні не- зручності для практичного використання.

3. В економічно розвинутих державах світу правове регулюван- ня ЗЕД взагалі відсутнє. Нормативні положення стосуються, насам- перед, закріплення принципів «зовнішньоторговельної діяльності».

Правові акти СОТ регулюють саме зовнішню торгівлю. Це, на- приклад, багатосторонні угоди з торгівлі товарами, Генеральна уго- да з торгівлі послугами, Угода з торгових аспектів прав інтелекту- альної власності. На нашу думку, гармонізація законодавства Украї- ни з вимогами СОТ (це, насамперед, вимоги, що стосуються регу- лювання зовнішньої торгівлі) проходила б значно легше за умови виокремлення нормативних положень про зовнішню торгівлю відносно загального регулювання ЗЕД.

4. Поняття ЗЕД з'явилося у 1987 р. з переходом на нову систему управління та початком здійснення зовнішньоекономічних реформ. Суть їх зводилася до децентралізації зовнішньої торгівлі та переходу від міжурядових зовнішньоекономічних зв'язків до ЗЕД на рівні підприємств. Сьогодні мета реформ і, як наслідок, цілі регулюван- ня ЗЕД змінилися, об'єктивним процесам лібералізації ЗЕД у світі має відповідати і лібералізація законодавства в цій сфері, що може реалізуватися саме у відмові від нормативного закріплення ЗЕД.

Аналіз законодавства країн СНД у сфері здійснення суб'єктами господарювання зовнішньоекономічних зв'язків свідчить про наявність наступних трьох підходів:

1. *Визначення ЗЕД законодавчо закріплене.* Прикладом тому є Закон республіки Білорусь «Про засади зовнішньоекономічної діяльності Республіки Білорусь», який визначає лише основи зовнішньоекономічних відносин в республіці, залишаючи потенціальну можливість регулювання окремих їх видів спеціальними законами [13]. При цьому слід зазначити, що Республіка Білорусь є спостерігачем СОТ;

2. *Правовому регулюванню підлягає лише зовнішньоторговельна діяльність.* Такий підхід існує в законодавстві Російської Федерації та Республіці Казахстан, які також є спостерігачами СОТ. Зокрема, Закон Республіки Казахстан «Про регулювання торговельної діяльності» надає визначення лише зовнішньої торгівлі [14];

3. *Законодавство взагалі не регулює ЗЕД.* Насамперед, це характерно для законодавства Вірменії, яка з 5 лютого 2003 р. є членом СОТ.

На сьогоднішній день українське законодавство можна віднести до зазначеного першого підходу, при цьому визначенню ЗЕД надається порівняно вузьке значення. Але навіть при такій концепції не можна однозначно стверджувати, норма якого нормативного акту при визначенні ЗЕД підлягає застосуванню на практиці. На думку деяких вчених, з набранням чинності Господарським кодексом України втратили юридичну силу ті положення законів та нормативних актів, що йому суперечать, зокрема наведене в Законі визначення ЗЕД [15, с. 573]. Інші заперечують цьому, спираючись на фундаментальні загальноправові принципи:

1) пріоритет спеціального закону перед законом загальним, зазначаючи, що Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» є спеціальним законом щодо ГК;

2) скасування наступним законом дії попереднього, вказуючи, що Прикінцевими положеннями ГК передбачена втрата чинності лише ЗУ «Про підприємництво» та «Про підприємства в Україні» [16].

Ситуація ускладнюється тим, що частково погодитись можна з обома позиціями. По-перше, якщо застосовувати зазначений принцип *lex posteriori derogate priori*, ГК був прийнятий значно пізніше Закону. По-друге, вкрай суперечливим є визначення Закону як спеціального щодо ГК і тим самим доведення спеціального характеру положення першого. Спеціальна норма конкретизує загальну [17],

при цьому слід досліджувати кожне положення окремо, не допускаючи, щоб спеціальний закон ототожнювався зі спеціальною природою всіх його норм з метою їх переважного застосування.

На нашу думку, термін ЗЕД у Законі не конкретизує положення ГК, а суперечить йому по суті. Таким чином, якщо розглядати Закон і ГК як нормативні акти, що мають однакову юридичну силу, а норму-визначення ЗЕД Законом не як спеціальну, ми переходимо до вищезазначеного принципу скасування наступним законом дії попереднього. Звідси випливає, що слід застосовувати положення ГК, але поперше, зазначений принцип є доктринальним, а тому не обов'язковим для застосування, а по-друге, все ж таки ускладнюється нормою Прикінцевих положень ГК, яка покладає обов'язок на Кабінет Міністрів України внести до Верховної Ради України перелік окремих положень законодавчих актів, до яких слід внести зміни у зв'язку з набранням чинності кодексом (такий перелік і пропозиції до Верховної Ради щодо визначення ЗЕД у Законі внесені не були). Таким чином, з урахуванням вищевикладеного неможливо однозначно визначити, положення якого нормативного акту слід застосовувати.

На нашу думку, вийти з ситуації, що склалася, можна наступним чином:

1. *Прийняти Закон України «Про зовнішньоторговельну діяльність», визначивши зовнішньоторговельну діяльність як діяльність, яка спрямована на здійснення угод у сфері зовнішньої торгівлі товарами, послугами, інформацією та об'єктами інтелектуальної власності.*

2. *Сбалансувати положення гл. 37 ГК України на загальні цілі зовнішньоекономічної діяльності.*

Література

1. Про Міжвідомчу комісію з питань приєднання України до Генеральної угоди з тарифів і торгівлі та вступу до Світової організації торгівлі: Указ Президента України від 19.02.1996 р. № 135/96 // Урядовий кур'єр. – 1996. – 29 лютого (№ 40–41).

2. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2001 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

3. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

4. Вишняков А. К. Регулирование внешнеэкономической деятельности в Украине: Учеб. пособие.— Х.: ООО «Одиссей».— 2005.— 256 с.

5. Мартиненко А. Проблеми визначення поняття «зовнішньоекономічна діяльність» // Юридична газета.— 2005.— № 10 (46).— С. 5.

6. Прокушев Е. Ф. Внешнеэкономическая деятельность: Учеб.-практич. пособие.— М.: ИВЦ «Маркетинг».— 1999.— 208 с.

7. Торговельно-економічна енциклопедія.— К.: Видавничий центр «Київ».— 2002.— Т. 1.— 863 с.; Т. 2.— 847 с.; Т. 3.— 952 с.

8. Митний кодекс України: Закон України від 11.07.2002 р. № 92-IV // Відомості Верховної Ради України.— 2002.— № 38.— Ст. 288.

9. Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности: Федеральный Закон Российской Федерации от 08.12.2003 г. № 164-ФЗ // Ведомости Федерального Собрания РФ.— 2003.— № 35.— Ст. 132.

10. Кисіль В. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання // Юридичний журнал.— 2004.— № 2.— С. 19–28.

11. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник.— 2-е изд.— М.: Международные отношения, 1994.— 416 с.

12. Международный коммерческий арбитраж в Украине: законодательство и практика / Под общей редакцией И. Г. Побирченко.— К.: Издательский дом «Ин Юре», 2000.— 976 с.

13. Об основах внешнеэкономической деятельности Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 25.10.1990 г. № 354-ХІІ // Свод законов БССР.— 1990.— № 31.— Ст. 600.

14. О регулировании торговой деятельности: Закон Республики Казахстан от 12.04.2004 г. № 544-ІІ // Казахстанская правда.— 2004.— 20 апреля.

15. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова.— К.: Юрінком Інтер, 2004.— 688 с.

16. Шпак В. Оренда: Цивільний кодекс України vs Господарський кодекс України. Третя сторона: Закон України від 10.04.1992 р. № 2269-ХІІ // Юридичний журнал.— 2005.— № 8.— С. 31–36.

Подано до редакції 20.02.2006 р.

Р. А. Петров

канд. юрид. наук,
доцент Донецького
національного університету,
д-р філософії Лондонського
університету (Велика Британія)

МАЙБУТНЯ УГОДА МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ ПРО СУСІДСТВО: ПРОГНОЗИ ЩОДО МЕТИ, ЗМІСТУ ТА СТРУКТУРИ

Дано правовий аналіз майбутньої угоди між Україною та Європейським Союзом про сусідство. Визначено загальні цілі майбутньої угоди, запропоновано її приблизний зміст та структура.

Вступ

Підписання 21 лютого 2005 р. Плану дій стало початком нового етапу взаємних відносин між Європейським Союзом (далі – ЄС) та Україною. Цей документ був прийнятий з метою реалізації так званої Європейської Політики Сусідства (далі – ЄПС) по відношенню до країн, що поділяють географічне, економічне та політичне оточення з ЄС. План дій має на меті просування України за рамки партнерства до значного рівня політичної, економічної та правової інтеграції з ЄС. Крім того, План дій передбачає можливість укладення нової посиленої угоди між ЄС та Україною замість уже існуючої Угоди про партнерство та співробітництво (далі – УПС) [1]. Рамки нової угоди буде визначено за результатами досягнення цілей Плану дій та загального розвитку відносин Україна – ЄС. У практиці ЄС ще не було випадків укладання угод в рамках ЄПС. Постають цікаві питання щодо структури, мети та змісту таких угод, та їх наслідків для України. Головне питання, що заслуговує ретельного вивчення, чи покращить нова угода доступ українських суб'єктів господарювання до внутрішнього ринку ЄС та лібералізує режим торгівлі між Україною та ЄС? Рішення цієї проблеми може бути дуже корисними для підготовки до переговорного процесу між українськими урядовцями та представниками ЄС. На жаль, у західній та українській науці ще не торкалися пи-

© Р.А. Петров, 2006

тань правової природи та змісту майбутніх угод між ЄС та третіми країнами в рамках ЄПС. Ми спробуємо заповнити цю прогалину.

Предметом дослідження цієї статті є правовий аналіз майбутньої угоди між ЄС та Україною. У першій її частині спробуємо визначити загальні цілі майбутньої угоди між ЄС та Україною, у другій – запропонуємо її приблизний зміст та елементи *acquis communautaire*, що має імплементувати Україна.

1. Цілі майбутньої угоди про сусідство між ЄС та Україною

Перше питання, що постає перед нами, – чи буде майбутня угода схожа на вже існуючі угоди між ЄС та країнами, що не мають членства в ЄС? На нашу думку, вона не буде мати аналогів серед уже існуючих міжнародних угод, укладених ЄС з іншими країнами. З одного боку, як визначає План дій, ця угода має бути більш поглибленого змісту ніж вже існуюча УПС між ЄС та Україною. З іншого боку, План дій прямо не вказує на те, що майбутня угода може бути схожа на угоду про асоціацію, чи про створення зони вільної торгівлі між ЄС та Україною. Скоріше всього, вона буде посідати особливе місце серед зовнішніх угод ЄС та може стати прототипом нової групи зовнішніх угод ЄС з країнами-учасницями ЄПС. Наша думка ґрунтується на припущенні, що майбутні угоди між ЄС та країнами в рамках ЄПС будуть відрізнятися власною метою – можливістю тіснішої інтеграції з ЄС, виключаючи перспективу повного членства в ЄС, за умови значного вдосконалення політичної, економічної та правової системи країн-сусідів ЄС. Особливою рисою майбутньої угоди може бути створення зони вільної торгівлі між ЄС та Україною та значне покращення доступу українських суб'єктів господарювання до внутрішнього ринку ЄС. Виходячи з цього, ми пропонуємо класифікувати майбутні угоди між ЄС та третіми країнами в рамках ЄПС як окрему групу – угоди про сусідство.

Документи ЄС щодо політики сусідства проливають небагато світла на цілі майбутніх угод про сусідство. Але ми вважаємо, що їх можна буде сформулювати, виходячи з загальних цілей ЄПС, яка пропонує шанс сусіднім країнам брати участь у різних заходах ЄС завдяки тісній політичній, економічній, культурній співпраці та взаємодії в галузі безпеки. На нашу думку, цілі майбутніх угод про сусідство не будуть ідентичні попереднім, а будуть відрізнятися відображенням існуючого ста-

ну відносин між ЄС та кожною сусідньою країною, її потребами та можливостями, відповідно до спільних інтересів. Цілі майбутніх угод про сусідство будуть відповідати цілям спільно узгоджених Планів дій. У будь-якому разі, майбутні угоди про сусідство мають торкатися певних ключових галузей, як це було зазначено в документах ЄПС: 1) політичного діалогу; 2) політики економічного та соціального розвитку; 3) участі у деяких програмах ЄС (освіта та практика, дослідження та інновації); 4) секторальної співпраці; 5) відкриття національних ринків відповідно до принципів СОТ та зближення зі стандартами ЄС; 6) співпраці у сферах правосуддя та внутрішніх справ [2]. Ми вважаємо, що майбутні угоди про сусідство будуть обов'язково відповідати як загальним, так і спеціальним цілям Планів дій. Таким чином, відповідно до Планів дій загальні цілі майбутніх угод про сусідство будуть зосереджені на тісній політичній, економічній, культурній співпраці та співробітництві в галузі безпеки, з можливим доступом сусідніх країн до внутрішнього ринку ЄС. Індивідуальні цілі майбутніх угод про сусідство будуть відображати різноманітні стратегічні пріоритети ЄС щодо сусідніх країн. Наприклад, можна припустити, що майбутні угоди про сусідство зі Середземноморськими країнами наголошуватимуть на поширеній та всебічній регіональній співпраці з метою забезпечення міжнародних зв'язків, встановлення спільних енергетичних мереж та інфраструктури і попередження локальних конфліктів. З іншого боку, майбутні угоди про сусідство з колишніми радянськими країнами будуть приділяти більше уваги поширенню демократичних цінностей ЄС, співпраці у сферах правосуддя та внутрішніх справ, антикорупційним питанням та питанням регіональної безпеки, ніж суто економічному партнерству. Це тому, що ЄС бажає бачити колишні радянські країни з належним чином функціонуючими демократичними інститутами та існуючими ефективними механізмами боротьби з нелегальною імміграцією до Європи. Забезпечення стабільності та безпеки на зовнішніх кордонах ЄС є дуже важливим питанням у відносинах з іншими країнами [3]. Але економічні питання будуть займати значну частину майбутніх угод. Можна припустити, що ці питання будуть торкатися можливості наближення законодавства в економічній сфері, відкриття економік одна одній та подальше зменшення кількості торговельних бар'єрів, що стимулюватиме інвестиції та зростання економік колишніх радянських республік.

2. Зміст майбутньої угоди про сусідство між ЄС і Україною

Зробимо спробу визначити зміст майбутньої угоди про сусідство між ЄС і Україною та елементи *acquis communautaire* – правового доробку ЄС, що має бути імплементоване до правової системи України. Уже зазначалося, що загальні цілі ЄПС та цілі Планів дій будуть мати суттєвий вплив визначення цілей майбутніх угод про сусідство. Тому ми припускаємо, що цілі української майбутньої угоди про сусідство можуть повторювати як головні, так й індивідуальні цілі Плану дій ЄС – Україна, а саме: 1) політичний діалог, поширення європейських та міжнародних демократичних цінностей, верховенства права, прав людини та основних свобод, забезпечення регіональної та глобальної стабільності; 2) соціальний та економічний розвиток, заохочення структурних реформ, спрямованих на побудову функціонуючої та конкурентної ринкової економіки, обмеження втручання держави в економіку та приватизацію, лібералізацію послуг, включаючи фінансовий сектор, соціальну та гуманітарну, фіскальну, монетарну та обмінну політики; 3) участь у деяких програмах ЄС (освіта та практика, дослідження та інновації); 4) співпраця у секторах енергетики, транспорту, навколишнього середовища та інформаційного забезпечення суспільства; 5) відкриття ринку відповідно до принципів Світової Організації Торгівлі (СОТ) та зближення зі стандартами ЄС; 6) співпраця у сферах правосуддя та внутрішніх справ з питань транскордонного співробітництва, міграції, боротьби з тероризмом, торгівлі людьми, наркотиків та зброї, організованої злочинності, відмивання грошей, фінансових і економічних злочинів.

Після роз'яснення потенційних цілей майбутньої угоди про сусідство між ЄС та Україною спробуємо відокремити елементи *acquis communautaire* ЄС, які може містити ця угода. При цьому будемо використовувати методологію, що була застосована при визначенні цілей майбутньої угоди про сусідство між ЄС та Україною. Тобто спробуємо спрогнозувати, які елементи *acquis communautaire* ЄС має адаптувати Україна з метою досягнення загальних цілей майбутньої угоди про сусідство.

Головною метою майбутньої угоди про сусідство буде підвищення політичного діалогу між ЄС та Україною, який буде націлений на встановлення демократичних свобод, захист прав людини, сво-

боду преси та медіа. Для досягнення цієї мети у преамбулі майбутньої угоди про сусідство Україна буде заохочуватись сприйняти цінності ЄС та принципи, які зазначені в Конституції Європи. Скоріш за все, особливі положення майбутньої угоди про сусідство закликатимуть нашу країну дотримуватись визнаних міжнародних принципів і стандартів щодо захисту прав людини та демократичних свобод, які містять Хартія ООН, Гельсінські та Паризькі документи Ради з питань безпеки та співробітництва в Європі (НБСЄ).

Однією з головних цілей майбутньої угоди про сусідство має бути надання українським суб'єктам господарювання доступу до внутрішнього ринку ЄС та створення зони вільної торгівлі між Україною та ЄС. З метою заохочення України у досягненні цих амбітних цілей майбутня угода про сусідство може містити положення про зближення законодавства (approximation clause) та так звані «умовні застереження» (conditionality clause). «Умовні застереження» широко використовуються в угодах ЄС з іншими країнами, включаючи УПС. Ці застереження можуть передбачати доступ України до свобод внутрішнього ринку ЄС та створення зони вільної торгівлі за умови успішного просування України на шляху політичних, економічних та правових реформ. Крім того, вони можуть прогнозувати проведення регулярного моніторингу здійснення реформ в Україні та дотримання демократичних стандартів українською владою. Положення про зближення законодавства, які покладено на Україну, можуть бути схожими з зобов'язаннями в угодах ЄС про асоціацію. Найбільш придатним для України зразком може бути угоди про стабільність та асоціацію між ЄС та країнами Балканського регіону. В цих угодах чітко визначаються стадії та пріоритети зближення національного законодавства до *acquis communautaire* ЄС, беручи до уваги особливості кожної країни Балканського регіону. Можна припустити, що майбутня угода про сусідство між Україною та ЄС визначатиме пріоритетні галузі *acquis* ЄС, що мають неабияке значення для лібералізації взаємної торгівлі. Ці основні галузі будуть стосуватися прийняття *acquis communautaire* ЄС з конкуренції та права державної допомоги, забезпечення принципу недискримінації та лібералізації українського ринку послуг, вступ до СОТ. Після успішного прийняття *acquis communautaire* ЄС у визначених галузях від України можна очіку-

вати зближення національного законодавства до стандартів ЄС у галузях секторного співробітництва (захист прав споживачів, податки, технічні стандарти, захист навколишнього середовища, та ін.). Виходячи з того, що майбутня угода про сусідство не пропонуватиме жодних перспектив України щодо вступу до ЄС, то не можна очікувати ніяких зобов'язань з боку України імплементувати *acquis communautaire* ЄС в повному обсязі, як і вимагали від країн-кандидатів. Вірогідніше, що Україна заохочуватиметься до продовження процесу добровільної гармонізації у сферах, де сторони мають взаємний інтерес.

Можна припустити, що майбутня угода про сусідство буде передбачати участь України у програмах ЄС у сферах освіти, культури та наукового співробітництва. Це означає, що Україні може бути запропоновано доступ до обраних програм, які фінансуються ЄС (*Erasmus Mundus*, *Socrates*), але залежно від дотримання Україною європейських цінностей та принципів. Крім того, майбутня угода про сусідство може передбачати надання інформаційної, технічної та фінансової допомоги для забезпечення виконання програми зближення права в Україні, а також більш тісну співпрацю в інших сферах, таких як юстиція та внутрішні справи, транскордонна торгівля. Така допомога буде зосереджена на наданні інформації українській владі та суспільству щодо *acquis communautaire* ЄС, інститутів ЄС, організації тренінгів для українських посадових осіб та консультування з питань зближення законодавства. Звичайно, надання всіх цих видів допомоги з боку ЄС може бути припинено в разі порушення Україною спільних цінностей та принципів ЄС.

3. Економічне співробітництво та зближення господарського законодавства України до стандартів ЄС як пріоритети майбутньої угоди про сусідство між ЄС та Україною

Секторальна співпраця буде зосереджена у сфері взаємних інтересів ЄС та України. Економічне співробітництво та лібералізація взаємної торгівлі є головною передумовою встановлення зони вільної торгівлі між ЄС та Україною і тому буде одним із пріоритетів такої співпраці. Беручи до уваги географічне розташування України як транзитної території та її високий рівень індустріального розвитку, можна розраховувати на поглиблення секторальної

співпраці з питань правосуддя та внутрішніх справ, контролю за нелегальною імміграцією, транспорту, енергетики, інформаційного забезпечення суспільства, охорони довкілля, інновацій та космічного простору. Положення майбутньої угоди про сусідство щодо секторальної співпраці заохочуватимуть Україну розпочати добровільну гармонізацію національного законодавства з відповідним секторним *acquis communautaire* ЄС. У межах сфер особливої важливості, як, наприклад, захист довкілля, конкуренція, державна допомога та контроль за нелегальною імміграцією, майбутня угода про сусідство може мати відповідне *acquis communautaire* ЄС у додатках, що будуть невід'ємною частиною угоди.

У разі, якщо в найближчий час Україна не вступить до СОТ, майбутня угода про сусідство передбачуватиме обов'язок України вступити до лав цієї організації. Задля досягнення цієї мети майбутня угода про сусідство між Україною та ЄС буде містити прямі посилання на відповідні положення угоди СОТ щодо митних відносин, торгівлі товарами та послугами, захисту інтелектуальної власності та державних закупівель. Крім того, факт приєднання до СОТ має бути умовою для початку переговорів щодо створення зони вільної торгівлі між ЄС та Україною. Інакше майбутня угода про сусідство може втратити свою політичну та економічну привабливість для України.

Майбутня угода буде неабияке значення приділяти просуванню економічної та правової реформи в Україні до найкращих європейських стандартів. Зокрема, майбутня угода буде містити положення, що стимулюватиме поступовий прогрес у наближенні українського законодавства до існуючого в ЄС та забезпечення його ефективної імплементації. Ми виключаємо, що майбутня угода буде посилатися на весь обсяг *acquis communautaire* ЄС, який є обов'язковим для країн-членів ЄС та кандидатів на вступ до ЄС, тому що ця угода не буде мати на меті вступ України до ЄС. Тому, беручи до уваги подібні зовнішні угоди ЄС з іншими країнами, які не передбачають їх членства в ЄС (Угода про Європейський Економічний Простір, Європейські угоди про асоціацію з середньоземноморськими країнами, угоди про торгівлю та співробітництво з країнами Азії, Африки та Америки), можна припустити, що майбутня угода про сусідство буде спонукати нашу державу адаптувати саме секторне *acquis*

communautaire ЄС, імплементація якого необхідна для створення зони вільної торгівлі між ЄС та Україною.

Адаптація секторного *acquis communautaire* ЄС в майбутній угоді про сусідство буде стимулювати значні економічні та регуляторні реформи в Україні. Це буде покращення інвестиційного клімату, включаючи забезпечення прозорості, передбачуваності та спрощення механізму його регулювання та застосування впровадження регуляторної реформи, спрямованої на зменшення адміністративних бар'єрів розвитку бізнесу в Україні без дискримінації суб'єктів господарювання за ознакою національності. Покращення інвестиційного клімату не можливе без реформи судової системи України. Тому майбутня угода про сусідство буде містити зобов'язання України щодо спрощення судового перегляду торговельних та інвестиційних справ і удосконалення кваліфікаційної підготовки суддів з метою забезпечення швидкого, об'єктивного і уніфікованого перегляду адміністративних дій та процедур подання апеляцій щодо торговельних та інвестиційних питань з боку іноземних та українських суб'єктів господарювання

Пріоритетами адаптації секторного *acquis communautaire* ЄС в економічній сфері в майбутній угоді про сусідство буде: 1) розробка та імплементація українського митного законодавства, що відповідає міжнародним стандартам та стандартам ЄС; 2) спрощення руху товарів між Україною та ЄС шляхом запобігання застосування кількісних обмежень, поступового скасування ліцензування імпорту та запобігання застосування нових дискримінаційних заходів; 3) підвищення безпеки продуктів харчування для споживачів та спрощення торгівлі шляхом проведення реформ та модернізації санітарної і фітосанітарної сфери; 4) розвиток та впровадження систем оподаткування в Україні відповідно до міжнародних стандартів та стандартів ЄС; 5) забезпечення імплементації та ефективного застосування законодавства, яке б відповідало Угоді про торговельні аспекти інтелектуальної власності TRIPS після вступу України до СОТ.

4. Вплив цілей майбутньої угоди про сусідство на структуру та склад спільних інститутів України та ЄС

Цілі майбутньої угоди про сусідство будуть визначати структуру та склад спільних інститутів. Цілі поглибленого політичного діало-

гу між ЄС та Україною зумовлюватимуть існування триопорної інституційної структури: Рада, Комітет та Парламентський комітет. Маловірогідним є те, що майбутня угода про сусідство запровадить будь-який рівень неформальної участі України у процедурі прийняття рішень ЄС. Скоріше вона запропонує розширений обмін інформацією щодо законодавства ЄС, яке вступило в дію чи обговорюється в законодавчих інститутах ЄС. У відповідь на це Україна може бути зобов'язана своєчасно інформувати ЄС щодо нових законів та нормативних актів, що впливають на сусідські відносини з ЄС. Ми вважаємо, що цілі майбутньої угоди про сусідство визначатимуть, чи мають спільні інститути компетенцію приймати зобов'язуючі правові рішення. З одного боку, якщо майбутня угода про сусідство буде націлена лише на політичне та економічне партнерство, то спільні інститути не будуть мати права видавати обов'язкові рішення. З іншого боку, якщо майбутня угода про сусідство міститиме перспективи поглиблення взаємного партнерства (зона вільної торгівлі, режим взаємного визнання), спільні інститути можуть отримати компетенцію приймати зобов'язуючі рішення, які можуть бути примусово виконані на території України. Це надасть спільним інститутам значну перевагу для впровадження *acquis communautaire* ЄС до української правової системи.

Висновки

Отже, майбутня угода між ЄС та Україною не буде схожою на вже існуючі зовнішні угоди ЄС. Вона буде належати до окремої групи угод, укладених в рамках ЄПС, – угод про сусідство. З огляду на сучасну політичну та економічну кризу в ЄС ці угоди не будуть мати за мету підготувати країни-учасниці ЄПС до повного членства в ЄС. Проте угода про сусідство буде передбачати тіснішу політичну, економічну та юридичну інтеграцію країн-учасниць ЄПС з ЄС за умови ефективних реформ. З цією метою майбутні угоди про сусідство будуть мати так звані «умовні застереження» та положення про зближення національного законодавства до *acquis communautaire* ЄС. На нашу думку, укладання угоди про сусідство буде позитивним кроком в інтеграції України до Європейського політичного, економічного та правового простору. Ця угода має замінити УПС, яка не відповідає сучасному стану відносин між ЄС

та Україною. Головною ціллю цієї угоди буде визнання та поділення Україною спільних європейських цінностей. Але українські урядовці, які будуть приймати участь у переговорному процесі з укладення угоди про сусідство, мають не припустити покладення на Україну більших зобов'язань ніж передбачатимуть цілі цієї угоди. Тобто коли майбутня угода про сусідство не матиме на меті надання Україні повного членства в ЄС, то з українського боку буде виправдано брати на себе зобов'язання зі зближення законодавства тільки в галузях, які регулюють пріоритетне та секторне співробітництво між ЄС та Україною. Мета створення зони вільної торгівлі між Україною та ЄС передбачатиме адаптацію секторного *acquis communautaire* ЄС в таких галузях, як митне, конкурентне, податкове право та законодавство про стандартизацію.

Ми запропонували визначити зміст та структуру майбутньої угоди про сусідство між Україною та ЄС, а також елементи *acquis communautaire* ЄС, що має імплементувати Україна згідно цілей політики сусідства між Україною та ЄС. Саме цілі майбутньої угоди про сусідство між Україною та ЄС мають визначати фундамент усієї угоди. Переконані, що така спроба – це не лише теоретичне міркування. Ми застосували нову дослідницьку методологію, яка має велике практичне значення. Ці набутки можуть бути, між іншим, використані під час проведення переговорів щодо майбутніх угод між Україною та ЄС, де сторони мають визначити межі та обов'язковість *acquis communautaire* ЄС, що підлягає застосуванню. Сподіваємось, що наші надбання будуть взяті до уваги учасниками переговорів щодо майбутніх зовнішніх угод ЄС, зокрема майбутньої угоди про сусідство.

Література

1. Угода про партнерство та співробітництво між Європейським Співтовариством і Україною від 14.06.1994 р. № 237/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46.
2. Communication from the European Commission «European Neighbourhood Policy Strategy Paper» COM (2004) 373 final.
3. Communication from the Commission «Wider Europe Strategy Paper», COM (2004) 373 final.

Подано до редакції 13.03.2006 р.

М. М. Дутов

канд. юрид. наук,
заместитель заведующего отделом
Института экономико-правовых
исследований НАН Украины

НАЛОГ НА ДОБАВЛЕННУЮ СТОИМОСТЬ В СДЕЛКАХ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ: ОПЫТ ЕС И США

Статья посвящена анализу особенностей правового регулирования порядка взимания НДС с хозяйственных операций, осуществляемых в электронной среде сети Интернет, по законодательству ЕС, США и Украины.

В то время как проблема налогообложения сделок, совершаемых посредством телекоммуникационных возможностей Интернета (главным образом недопущение двойного налогообложения), является одной из тем академических споров специалистов по электронной коммерции, на практике налоговые инспекторы все чаще сталкиваются с проблемой определения размера налога на добавленную стоимость таких сделок. Важность исчисления НДС в среде электронной коммерции объясняется просто. Налоговая декларация о подоходном налоге в европейских странах подается налоговым органам один раз в год. Налоговая проверка может быть проведена несколькими годами позже. Но декларация об НДС составляется и предоставляется в налоговые органы раз в месяц. В соответствии с европейской системой самостоятельного исчисления налоговых обязательств юридические лица обязаны также подсчитывать размер НДС каждый раз при составлении отчета о совершенных сделках электронной коммерции. В результате налоговые инспекторы первыми сталкиваются с проблемой определения размера НДС и вынуждены находить решение данной проблемы в отсутствие четких правил налогообложения. Кроме того, предприятия, занятые в сфере электронной коммерции, особенно в начале своей деятельности, редко являются прибыльными, что заставляет фискальные органы концентрироваться на внимании НДС, тогда как исчисление размера налога на прибыль отходит на второй план.

© М.М. Дутов, 2006

Учитывая вышесказанное, цель данной статьи состоит в исследовании законодательного регулирования порядка исчисления и взимания налога на добавленную стоимость при электронных сделках в соответствии с законодательством ЕС. В процессе изучения поставленной проблемы будет проводиться сравнительное исследование политики ЕС и США относительно взимания НДС. Ясное понимание процессов, протекающих в Европейском Сообществе по данному вопросу, позволит корректно определить направления адаптации украинского законодательства к законодательству ЕС.

Разногласие и консенсус с Организацией экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР)

Когда ОЭСР¹ начала изучать проблемы электронной коммерции в 1998 г., выяснилось, что США и ЕС имеют различные экономические интересы, а, следовательно, различные взгляды на проблему налогообложения сделок электронной коммерции. Соединенные Штаты, будучи «сетевым» экспортером цифровых продуктов, требовали «налогового моратория» для сделок электронной коммерции, что позволило бы стать им технологическим и экономическим лидером в мировом пространстве. Европейское Сообщество, соответственно, оказалось в не совсем выгодной позиции импортера электронных товаров и услуг. Стало очевидно, что иностранным налогоплательщикам не обязательно физически присутствовать на территории Евросоюза для ведения бизнеса на европейском рынке. Не удивительно, что некоторые государства-члены ЕС выразили серьезную озабоченность значительным снижением налоговых поступлений в бюджет.

Одно время казалось, что некоторые европейские страны могут уменьшить базу налогообложения для минимизации налоговых потерь. Отдельные государства даже подумывали над освобождением электронной коммерции от налогов. Однако, в конце концов, США одержали политическую победу, и ОЭСР единогласно решила оставить существующую базу налогообложения нетронутой на основании ст. 7 и 12 Модельной конвенции ОЭСР. В этой ситуации Европейский Союз все-таки смог извлечь определенные выгоды для себя. ЕС воспользовался своим правом устанавливать

¹ ОЭСР играет центральную роль в международной гармонизации фискальной политики.

НДС для предприятий США, а также получил мандат ОЭСР на изменение существующих правил начисления и взимания налога на потребление² с тем, чтобы установить единые правила игры для европейских предприятий-плательщиков НДС в случае, если они поставляют товары или услуги на внутренний рынок.

Договоренность, достигнутая между ЕС и ОЭСР, относительно налога на потребление состояла из пяти основных требований:

требование «справедливого налогообложения» сделок электронной коммерции, т. е. избежание двойного налогообложения, а также двойного «неналогообложения» и уклонения от уплаты налогов;

требование «нейтральности», т. е. избегание предпочтительного толкования сделок электронной коммерции наряду с недискриминацией таких сделок. Иными словами, сделки электронной коммерции должны облагаться налогом, если их «физический эквивалент» подлежит налогообложению. Однако преимущества модели Интернет-предприятия в плане снижения затрат на их содержание не должны являться основаниями для снижения налогового бремени;

требование о взимании налогов по принципу «страны потребления». Данное требование гарантирует одинаковые правила игры для отечественных и иностранных предприятий, поставляющих товары и услуги на один и тот же национальный рынок;

требование простоты и определенности. Тогда как вышеприведенные достаточно общие требования применимы ко всем видам налогов, последнее требование приобретает особое значение для зарубежных предприятий, которые обязаны соблюдать все национальные требования уплаты НДС;

² В соответствии со ст. 2 Директивы об НДС налогом на добавленную стоимость облагается поставка товаров и услуг. С технической стороны налог привязан к поставке товаров и услуг, поэтому именно предприятия обязаны уплачивать налог. Кроме того, предприятия освобождаются от его уплаты. Но фактически налог уплачивает потребитель. Соответственно, субъекты налогообложения (поставщики товаров и услуг) имеют право уменьшать размер НДС на сумму налоговых обязательств своих поставщиков (налоговый кредит). Налоговый кредит недоступен для конечных потребителей, поэтому размер НДС при поставке товара или услуги потребителю является конечным.

требование постоянного сохранения низкого уровня затрат на выполнение законодательных положений. Данное требование, будучи полностью разумным, вызывает трудности правоприменительного плана. Все, кто знаком с порядком начисления и взимания НДС, подтвердят невозможность выполнения данного требования, поскольку сам НДС достиг уровня сложности, который не позволяет его простое применение. Тем более, что все затраты на применение правил НДС целиком ложатся на предприятие, а налоговые органы ограничивают свою деятельность большей частью выполнением функций аудита.

Особенности начисления и взимания НДС для сделок электронной коммерции

В современном мире заключение договора или оплата товара зачастую происходит посредством электронных средств телекоммуникаций. При этом совершенно очевидно, что использование Интернета как средства связи не меняет экономической сущности НДС, если физические товары доставляются потребителю или услуги имеют физическое выражение. Такие сделки регулируются правилами уплаты НДС ст. 8 (поставка товаров) или ст. 9 (предоставление услуг) Директивы об НДС [1], в соответствии с которыми местом поставки «оффлайнового»³ товара считается место передачи товара перевозчику. Бизнес модель онлайн-продавца книг Amazon.com можно рассматривать как «оффлайновую» доставку, поскольку Amazon.com в конечном счете отправляет физический товар покупателю. Однако следует отметить, что дистанционная продажа товаров в ЕС регулируется отдельными правилами. Если осуществляется продажа товара потребителям стоимостью выше определенного порога, то поставка товара не облагается налогом в месте отправки товара, а в месте проживания покупателя.

По аналогии с поставкой физических товаров, место физического предоставления услуг можно легко определить, даже если каким-либо образом использовался Интернет для предоставления

³ Оффлайновый – от английского термина «off-line», применительно к данной статье обозначает то, что не существует в электронном виде и не может передаваться по проводам телекоммуникационных сетей (анг. «line»).

⁴ Онлайн-продавец – от английского термина «on-line», применительно к данной статье обозначает то, что существует в электронном виде и может быть передано по проводам телекоммуникационных сетей (анг. «line»).

услуги. Такое предоставление услуги можно рассматривать как «оффлайновую сделку», регулирующуюся нормами ст. 9 Директивы об НДС.

Трудности возникают при попытке налогообложения при поставке цифровых продуктов или при предоставлении электронных услуг через Интернет. Можно привести неисчерпывающий перечень «электронных сделок»: покупка программного обеспечения или электронных книг с загрузкой покупки на компьютер покупателя; платная подписка на услуги электронных баз данных и электронных периодических изданий; пользование услугами Интернет-банкинга; покупка оцифрованных видео и аудио материалов; оплата рекламы в Интернете; оплата услуг дистанционного обучения. Указанные сделки не укладываются в традиционные категории покупки товаров или услуг. Принято считать, что подобные сделки должны рассматриваться как аналог «физической» сделки. В соответствии с такой точкой зрения покупка электронной книги подпадает под нормы ст. 8 Директивы об НДС (место передачи товара перевозчику). Однако при этом приходится согласиться с мнением, что местом предоставления банковских услуг следует рассматривать место учреждения финансового учреждения (ст. 9(1) Директивы об НДС).

Несмотря на то, что предложенный подход может предоставить способ уравнивания правового статуса электронных и реальных сделок в отношении аналогичных товаров, ни ЕС ни ОЭСР законодательно не признали такое решение. Вместо этого обе организации пришли к мнению, что все сделки, исполняемые через Интернет, для целей выявления налогооблагаемой базы должны рассматриваться как предоставление услуг. Соответственно, все упомянутые выше «онлайновые» сделки регулируются нормами ст. 9 Директивы об НДС без каких-либо исключений и безотносительно к тому, что поставка, например электронной книги или звукового файла, может по-разному облагаться налогом в сравнении с поставкой соответствующих физических товаров [2]. Более того, ст. 9 одинаково применяется к сделкам между юридическими лицами (business-to-business (B2B)) и сделкам между предприятиями и физическими лицами-потребителями (business-to-consumer (B2C)).

Особенности взимания НДС в сделках B2B

Согласно формулировке ст. 9(1) общее правило налогообложения сделок по предоставлению услуг одним плательщиком налога

другому плательщику звучит следующим образом: налог рассчитывается в месте, где поставщик услуг основал свое предприятие (принцип «страны происхождения»). В результате экспорт услуг на территорию ЕС облагается НДС, а импорт — нет [3]. Внутри самого ЕС данное правило могло бы создать условия для стимулирования конкуренции при условии, что налоговые ставки везде были бы одинаковыми. А это не соответствует действительности. Например, импортерам из США ст. 9 создает конкурентное преимущество, поскольку американские поставщики не платят НДС ни в США, ни в ЕС. Так как в Соединенных Штатах на федеральном уровне не установлен общий налог на потребление, а на уровне штатов можно легко избежать уплаты налога с оборота путем учреждения дочерней компании в штате, где нет такого налога, то американские поставщики могут предложить электронные товары по значительно более низким ценам, чем их европейские конкуренты. В прошлом американские поставщики использовали ст. 9(1) для предоставления дешевых услуг телефонной связи немецким потребителям в секторе В2С коммерции [4]. Данная лазейка была ликвидирована в 1997 г. путем внесения изменений в законодательство. При этом многие европейские компании согласились, что в сфере В2В коммерции также необходимо пересмотреть правила уплаты налогов с тем, чтобы оградить себя от конкуренции со стороны неевропейских компаний.

Но это оказалось не так просто, поскольку отдельные электронные сделки уже регулируются ст. 9(2)(е) Директивы об НДС, в соответствии с которой предоставление определенных В2В услуг облагается налогом по принципу «страны получения», т. е. налог рассчитывается в том месте, где зарегистрировано предприятие-получатель услуг. Рассмотренное исключение из общего правила ст. 9(1) применяется к следующим видам электронных сделок: передача нематериальных активов; продажа информации; предоставление рекламных, юридических услуг и отдельных видов финансовых услуг, т. е. тех сделок, где Интернет является лишь средством коммуникации.

В соответствии с данным правилом экспорт услуг не облагается НДС, тогда как импорт подлежит налогообложению (получатель услуг обязан уплатить НДС в соответствии с механизмом возврата НДС). В этом случае ст. 9(2)(е) Директивы об НДС способствует установлению равных конкурентных возможностей как для американ-

ских, так и для европейских поставщиков. Более того, она согласуется с общим принципом взимания НДС по месту потребления услуг. Тогда как модель ст. 9(2)(е) теоретически может быть использована для налогообложения электронных сделок, текущая формулировка ст. 9(2)(е) не дает однозначного ответа на вопрос о том, как же все-таки поступать в этом случае. Ограничивая применение принципа «страны получения» некоторыми видами услуг, ст. 9(2)(е) одни виды электронных сделок облагает налогом, освобождая от его уплаты другие виды сделок. Это не согласуется с целью Европейского Союза создания единообразных правил налогообложения всех разновидностей электронных сделок. Более того, перечень услуг ст. 9(2)(е) слишком размыт и не может служить основанием для получения ответа на вопрос, что же относится к сделкам В2В. Например, загрузка на компьютер программного обеспечения можно рассматривать в качестве «предоставления информации»? Если да, то субъект налогообложения, зарегистрированный на территории ЕС, может применять процедуру возврата НДС по своим платежам к американскому поставщику. Наверное, окончательное решение по данной проблеме может вынести Европейский суд.

Особенности взимания НДС в сделках В2С

Электронные сделки в области В2С также регулируются ст. 9 Директивы об НДС. Общее правило состоит в том, что предоставление услуг европейскими поставщиками европейским потребителям облагается налогом по месту регистрации поставщика (ст. 9(1) Директивы). Иными словами, действует принцип «страны происхождения».

Предоставление услуг европейскими поставщиками неевропейским потребителям также облагается НДС по принципу «страны происхождения», за исключением услуг, перечисленных в ст. 9(2)(е) Директивы. В этом случае место предоставления находится за пределами ЕС, соответственно европейский НДС не подлежит возмещению (принцип «страны происхождения» заменяется принципом «страны получения»). Напротив, предоставление услуг неевропейскими поставщиками европейским потребителям не облагается европейским НДС, поскольку место предоставления услуг находится за пределами ЕС (ст. 9(1) Директивы). Несомненно, что в этом случае американские предприятия имеют значительные конкурентные преимущества над европейскими при продаже цифровых продуктов или предоставлении электронных услуг потребителям на территории ЕС.

Предложения Европейской комиссии от 12 февраля 2002 г.

Искусственное создание нормами Директивы об НДС барьеров на пути к свободной конкуренции относительно некоторых предприятий и некоторых видов услуг заставило Еврокомиссию подготовить изменения в Директиву [5], которые были утверждены 12 февраля 2002 г. Изменения коснулись электронной доставки цифровых продуктов, электронного предоставления услуг, электронного радиовещания, а также теле и аудио распространительных систем, где взимание платы осуществляется за каждую просмотренную телепередачу или прослушанную звуковую композицию. Цель изменений заключается в установлении единообразных правил взимания НДС со сделок электронной коммерции.

В соответствии с новыми правилами европейские поставщики не обязаны платить НДС с электронных сделок при предоставлении услуг и продаже товаров неевропейским потребителям, что позволяет создать одинаковые условия конкуренции для отечественных и иностранных поставщиков. Правила налогообложения сделок, стороны которых являются европейскими юридическими и физическими лицами, остались неизменны.

Правила налогообложения неевропейских поставщиков претерпели значительное изменение. Неевропейские поставщики при продаже товаров и предоставлении услуг европейским потребителям обязаны пройти регистрацию в налоговых органах в любом государстве-члене ЕС по собственному выбору. Первоначально предполагалось, что неевропейские поставщики обязаны высчитывать сумму взимаемого НДС с каждой сделки с европейским потребителем, если сумма оборота продукции превышает 100 000 евро. Но данное положение не вошло в измененный текст Директивы об НДС, поэтому его соблюдение не обязательно [6]. НДС взимается по ставке, действующей в государстве-члене ЕС, в котором находится потребитель. Кроме того, ЕС вводит так называемую «клиринговую процедуру», в соответствии с которой государство, в котором зарегистрировался плательщик налогов, обязано распределять сумму взысканного с неевропейских поставщиков налога между теми государствами, где располагаются потребители. С целью облегчения внедрения новой системы неевропейским поставщикам будет предложена возможность проходить упрощенную процедуру

онлайн-регистрации и выполнения иных разрешительных процедур через сеть Интернет. Это позволит таким поставщикам выполнять требования законодательства без физического присутствия в пределах ЕС или использования услуг представителя, занимающегося вопросами уплаты налогов.

Сможет ли ЕС сдержать свое обещание упростить процедуры налогообложения и сделать их справедливыми для всех сторон, покажет время. Предприниматели США выступили с критикой относительно установления обязанности для них идентифицировать и определять месторасположение европейского потребителя для того, чтобы правильно рассчитать ставку НДС⁵, тогда как европейским поставщикам такого делать не приходится.

НДС с электронных сделок по украинскому законодательству

В соответствии с действующим украинским законодательством поставка товаров или услуг, место предоставления которых находится на таможенной территории Украины, с использованием средств глобальной компьютерной сети Интернет облагается НДС (п. 3.1.1 Закона Украины «О налоге на добавленную стоимость» [7]). В соответствии с подпунктом д) ст. 6.4 Закона «Об НДС» местом поставки товара считается местонахождение продавца или место его проживания в независимости от места регистрации доменного имени (сайта, электронной страницы или адреса) продавца. То есть обязанность рассчитывать сумму НДС и вносить ее в бюджет возлагается на продавца, или, иными словами, действует принцип «страны происхождения», что не согласовывается с позицией ЕС о необходимости взимания НДС по принципу «страны потребления». В этом случае может возникнуть двойное налогообложение в сделках, когда продавцом выступает украинское предприятие, а потребитель находится на территории ЕС. В отдельных случаях НДС может вообще не уплачиваться при продажах из стран ЕС в Украину [8]. Налицо недостаточный уровень гармонизации законодательных систем Украины и ЕС по данному вопросу.

Выводы. Как можно заметить из материалов данной статьи, создание правовых норм взимания налога на добавленную стоимость

⁵ Верховный суд США в деле *Quill Corp. v. North Dakota* установил, что на предприятия не должна возлагаться обязанность сбора налогов в случае, если они не имеют физического присутствия в месте проживания потребителя.

при осуществлении сделок электронной коммерции является не такой уж простой задачей. Для ее успешного решения требуется оценить не только правовые особенности налогообложения рассматриваемых сделок, но и массу сопутствующих факторов политического и экономического характера как на уровне Европы, так и на международном уровне. Вне всякого сомнения, Украине, провозгласившей курс на евроинтеграцию, необходимо ориентироваться на европейское законодательство в будущем нормотворчестве. Но при этом необходимо с максимальной выгодой использовать те возможности для маневра, которые предоставляет европейское сообщество своим членам в нормативном поле, и создать такие правила исчисления и взимания НДС, которые стимулировали бы развитие отечественного производителя. Какие именно особенности требуется Украине привнести в собственный механизм взимания налога на добавленную стоимость с электронных сделок — ответ на этот вопрос можно дать только на основе дополнительных исследований, и не только правовых, но и экономических. Но все научные изыскания по данному вопросу должны иметь в виду тот момент, что необязательно европейская система налогообложения электронных сделок станет доминирующей в мировом масштабе. Вполне вероятно, что дальнейшее развитие электронной коммерции заставит Европейский Союз в целом пересмотреть механизм расчета и уплаты НДС и принять американскую модель налогообложения для того, чтобы европейские товары и услуги были конкурентоспособны в «киберпространстве».

На данный же момент с уверенностью можно утверждать следующее — налогообложение электронной коммерции требует развития технологий, которые в автоматическом режиме могли бы собирать информацию о проведенной сделке, о ее размере, о местонахождении сторон сделки, о размере налогов. С этой целью также можно использовать возможности посредников, в качестве которых могут выступать или Интернет-провайдеры, или финансовые посредники, осуществляющие расчет между сторонами сделки. Сочетание указанных механизмов позволит вывести проблему взимания налогов из правоприменительной плоскости (потому что правовая норма не очень эффективно действует в киберпространстве) в плоскость технологическую. При этом возможно уже сейчас создание такой технологии, которая в принципе не позволит сторонам элект-

ронной коммерции уклоняться от уплаты налогов, потому что они будут отстранены от самой процедуры расчета суммы налога и его перечисления налоговым органам. Понятно, что такая работа может быть проведена только лишь на общемировом уровне, поскольку неучастие хотя бы одной страны в таком проекте приведет к появлению лазейки для обхода закона любым физическим или юридическим лицом. Соответственно, присоединение Украины к «автоматической системе взимания НДС» возможно при соответствующем развитии правовой системы, которая сможет на уровне международных стандартов регулировать весь комплекс вопросов, возникающих при использовании современных средств телекоммуникаций в коммерческой деятельности. Сюда входят не только проблемы налогообложения сделок электронной коммерции, но также использование электронной формы договоров, подписанных электронными подписями, в деятельности органов государственной власти и управления, субъектов хозяйствования и потребителей; развитие электронных систем расчетов, таких как системы Интернет-банкинга и системы электронных денег, а также многое другое.

Литература

1. Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment // Official Journal of the European Communities.— 1977.— № L 145.— P. 1.

2. Taxation and Customs Union. VAT on electronic commerce, 2002 // http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/ecommerce/vat_en.htm.

3. Legal Brief «Europe Targets E-Commerce», 2000 // <http://www.legalbrief.co.za/secure/archives/Eurotarg.htm>.

4. World Trade Organization. Electronic Commerce and the Role of the WTO, 1998 // http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_2_e.pdf.

5. Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to certain electronically supplied services and radio and television broadcasting services // Official Journal of the European Communities.— 2002.— № L 128.— P. 41–44.

6. Hardesty D. European VAT on Digital Sales // <http://www.ecommercetax.com/doc/030302.htm>.

7. Про податок на додану вартість: Закон України від 03.04.1997 р. № 168/97-ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1997.— № 21.— Ст. 156.

8. Репа А., Вахитов Р. Интернет, НДС и ЕС // Дебет-Кредит.— 2003.— № 23.— С. 14.

Представлена в редакцию 20.02.2006 г.

Т. С. Киселева

*канд. юрид. наук,
доцент Донецкого
национального университета*

ОСОБЕННОСТИ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА В КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

В статье раскрыты особенности понятия публичного порядка, а также особенности его применения в качестве основания отмены или отказа в принудительном исполнении решения международного коммерческого арбитража. При решении вопроса об отмене или принудительном исполнении решения международного коммерческого арбитража по основанию противоречия его публичному порядку Украины целесообразно использовать концепцию общественного хозяйственного порядка, разработанную в науке хозяйственного права и получившую название «правового хозяйственного порядка» в Хозяйственном кодексе Украины. При этом необходимо учитывать, что понятие «публичный порядок» толкует ограничительно и не совпадает с понятием «законодательство». Кроме того, в связи со спецификой споров, рассматриваемых в международном коммерческом арбитраже, суды Украины должны принимать во внимание необходимость развития международного сотрудничества в сфере экономики и толковать публичный порядок, применяемый в контексте международного коммерческого арбитража, уже, чем публичный порядок, применяемый к отношениям субъектов права Украины.

© Т.С. Киселёва, 2006

Одним из принципов международного коммерческого арбитража (далее – МКА) является окончательность и обязательность его решений. Решения МКА можно отменить или не исполнить по очень ограниченному кругу оснований, в основном процессуального характера. Единственным основанием, которое затрагивает вопросы применения материального права арбитрами, является основание противоречия публичному порядку. Это основание должно применяться судами в особых, исключительных случаях [1, с. 397]. Вместе с тем оно все чаще используется как средство, к которому прибегают должники в стремлении не исполнять решения МКА. Так, делались попытки представить в качестве нарушения публичного порядка Украины ситуации, когда арбитраж не проверил подтверждения факта досудебного урегулирования спора и ошибочно квалифицировал дополнительное соглашение сторон как соглашение о переводе долга. Верховный суд Украины эти доводы во внимание не принял и оставил в силе решение Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины [2].

Публичный порядок как один из самых сложных институтов международного частного права нашел должное место в работах таких украинских и зарубежных ученых, как В. И. Кисиль, Г. С. Фединяк, Л. А. Лунц, М. И. Богуславский, Г. И. Муранов, Б. Р. Карабельников, А. П. Белов, Ю. Г. Морозова, Е. М. Степаненко, Н. В. Приезжая, Дж. Лью, П. Сандерс, А. Редферн, М. Хантер, П. Лали, Е. Гайлард и др. Вместе с тем вопросам публичного порядка в контексте МКА украинскими учеными уделялось недостаточно внимания.

В связи с этим целью данной статьи является раскрытие особенностей публичного порядка как основания отмены и отказа в принудительном исполнении решений МКА в Украине и других странах.

Основание противоречия решения МКА публичному порядку закреплено в законодательстве об арбитраже большинства стран. Публичный порядок как правовой институт признан законодательством, судебной практикой и наукой всех без исключения стран [3, с. 307].

В украинском законодательстве противоречие решения МКА публичному порядку как основание отмены и отказа в его принудительном исполнении закреплено в ст. 34, 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», хотя определение данного понятия не дается ни в одном нормативном акте

Украины. Вопрос о содержании понятия «публичный порядок» является одним из самых дискуссионных.

Например, Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ст. 30 формулирует публичный порядок как «добрые нравы или цели германского закона»; Гражданский кодекс Франции (ст. 6) – как «общественный порядок и добрые обычаи (нравы)»; Закон Польши 1965 г. «О международном частном праве» (ст. 6) – как «основные принципы правовой системы»; Закон о международном частном праве Австрии 1978 г. (ст. 6) – как «основные принципы правового порядка»; Гражданско-профессиональный кодекс КНР (ст. 217, 260) – как «интересы общества» или «публичные и общественные интересы»; Гражданский кодекс РФ (ст. 1193) – как «основы правопорядка»; Закон Республики Беларусь «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 1) – как основы правопорядка Республики Беларусь.

Отечественными и зарубежными учеными неоднократно делались попытки дать исчерпывающее определение понятию «публичный порядок». Например, в правовом толковом словаре Оксфордского университета указано, что «публичный порядок представляет общественные интересы, интересы национальной безопасности и общепринятые нормы морали» [4, с. 158]. Ю. Г. Морозова определяет публичный порядок как «основополагающие и продуцирующие целостность социальной общности правила, требования, нормы, имеющие морально-нравственную платформу и рассматриваемые как критерий баланса между частными и публичными интересами факторов социальной общности» [5, с. 103]. Дж. Лью считает, что «публичный порядок отражает фундаментальные экономические, правовые, моральные, политические, религиозные и социальные стандарты каждого государства» [6, с. 532].

В законодательстве Украины также не существует ясности по поводу содержания понятия «публичный порядок». Сам термин «публичный порядок» упоминается в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 34, 36) и в Нью-Йоркской конвенции «О признании и приведении в исполнении иностранных арбитражных решений» (далее – Нью-Йоркская конвенция) (ст. 5(2b)), где противоречие публичному порядку является основанием для отмены или отказа в признании и исполнении арбитражного решения. Пленум Верховного суда Украины разъяснил, что в

этих нормативных актах под публичным порядком понимается «правопорядок государства, определяющие принципы и начала, которые составляют основу существующего в нем строя (касающиеся независимости, целостности, самостоятельности и неприкосновенности, основных конституционных прав, свобод, гарантий) [7].

В соответствии с Гражданским кодексом Украины сделка считается нарушающей публичный порядок, если она была направлена на нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина, уничтожение или повреждение имущества физического или юридического лица, государства, Автономной Республики Крым, территориальной громады, незаконное завладение им (ст. 228).

В остальных нормативных актах, хотя само понятие «публичный порядок» не упоминается, его можно вывести из норм, ограничивающих применение иностранного права. В Семейном кодексе Украины (ст. 291) закреплена возможность неприменения иностранных законов, если их применение противоречит основам регулирования семейных отношений, закрепленных в ст. 7 этого кодекса (право на тайну личной жизни, право на личную свободу, недопустимость своевольного вмешательства в семейную жизнь, недопустимость дискриминации, равенство прав и обязанностей женщин и мужчин, соблюдение прав и интересов ребенка). В ст. 8 Закона Украины «О признании и исполнении в Украине решений иностранных судов» одним из оснований к отказу в признании решения иностранного суда является угроза исполнения решения интересам Украины.

Таким образом, под публичным порядком в законодательстве Украины понимаются различные категории. В связи с отсутствием четких указаний о содержании публичного порядка в законодательстве Украины основная задача по интерпретации понятия «публичный порядок» возложена на суды.

Сложность определения понятия «публичный порядок» заключается в том, что, принимая во внимание различия в государственном устройстве, политической и экономической системах различных государств, определить единое универсальное понятие публичного порядка не представляется возможным. Также очень трудно определить содержание этого понятия в отношении одного государства в связи с тем, что государственная политика не является статичной, она постоянно изменяется под действием различных фак-

торов. Публичный порядок представляет собой «наиболее яркий образчик так называемых «каучуковых норм», позволяющих суду вкладывать в них произвольное содержание» [8, с. 87]. Долгое время публичный порядок рассматривался в доктрине как «что-то невыразимое, основанное на нормах морали и добрых обычаев или на государственных интересах», поэтому публичный порядок исследовался не в контексте законодательства, а как отдельный социально-правовой феномен [9, с. 191]. Более того, «неопределенность категории публичного порядка ... ныне возводится в один из принципов международного частного права» [4, с. 309].

Таким образом, определение в законодательстве конкретного содержания понятия «публичный порядок» при решении вопроса об отмене или отказе в принудительном исполнении решения МКА или конкретных случаев, когда решение противоречило бы публичному порядку, представляется нецелесообразным, так как «в законе невозможно предусмотреть все варианты потенциальных коллизий между отечественным и иностранным правом» [6, с. 103].

Тем не менее, представляется возможным на основе зарубежного законодательства, практики правоприменения и доктринальных построений определить особенности публичного порядка в сфере МКА.

Специфика публичного порядка в контексте МКА проявляется в том, что это понятие толкуется достаточно ограничительно.

Во-первых, понятие «публичный порядок» не идентично понятию «правопорядок». Основы правопорядка – это совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения в государстве [10, с. 31; 11, с. 526]. Публичный порядок понимается уже.

Так, швейцарскими [12, с. 789] и российскими [13, с. 13] судами было определено, что наличие различия между иностранным законом и законом государства, в котором исполняется решение МКА, само по себе не является основанием для применения оговорки о публичном порядке. Верховный суд Индии еще более категорично заявил: «Для того, чтобы применить публичный порядок, исполнение арбитражного решения должно затрагивать что-то большее, нежели противоречие праву Индии» [14, с. 880].

По мнению А. С. Комарова, публичный порядок охватывает не все правовые нормы, а только лишь положения, составляющие основу правового порядка государства, – нормы, либо прямо сформулирован-

ные в Конституции (например в разделе о правах и свободах человека и гражданина), либо вытекающие из этих правовых норм [15, с. 94]. Такие обстоятельства, как «социально-экономические факторы» [16, с. 146] не могут лежать в основе публичного порядка, так как они носят «локальный, временный и субъективный характер» [16, с. 94]. Е. Степаненко считает, что «оговорка о публичном порядке не может основываться на утверждении о том, что иностранным арбитражным судом были применены положения иностранного законодательства, которые противоречат нормам российского права, применяемым к аналогичным отношениям» [17, с. 106]. Против «новаторского» расширительного толкования понятия публичный порядок в контексте МКА выступают и такие российские ученые, как А. А. Костин [18, с. 29], Е. А. Суханов [19, с. 20], Б. Р. Карабельников [6, с. 105].

Зарубежными учеными неоднократно высказывалось мнение о том, что не каждая императивная норма национального законодательства является нормой публичного порядка, «каждая норма публичного порядка императивна, но не каждая императивная норма составляет часть публичного порядка» [20].

Такой подход подтвержден правоприменительной практикой российских судов. Так, в определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ от 25 сентября 1998 г. указано, что «содержание понятия «публичный порядок» Российской Федерации не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации» [21, с. 13]. В постановлении от 2 июня 1999 г. Верховный суд РФ разъяснил, что «под публичным порядком следует понимать основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах РФ» [22, с. 7], т. е. не весь объем нормативных актов.

Таким образом, публичный порядок в контексте МКА не совпадает с понятиями «правопорядок» и «законодательство», однако, даже учитывая указанное различие, применение концепции публичного порядка судами в конкретном деле остается проблематичным, так как четкого критерия отнесения норм к нормам, составляющим публичный порядок, ни одним из авторов предложено не было. Так, одни считают, что к публичному порядку (Российской Федерации) относятся только основы правопорядка, закрепленные в главах 1 и 2 Конституции РФ [6, с. 111]. Другие – относят к нему и основные законы, такие как «антимонопольные, о

валютном контроле, о ценных бумагах, о внешней торговле, о форме и порядке совершения внешнеторговых сделок» [9, с. 91].

Представляется, что применительно к МКА такой критерий имеется. Он содержится в концепции «общественного хозяйственного порядка», являющейся теоретической основой науки хозяйственного права. Г. Л. Знаменский охарактеризовал общественный хозяйственный порядок как «основанную на законодательстве и реальных интересах общества систему правовых и экономических средств, направленную на обеспечение стабильности и эффективности хозяйствования, удовлетворение и защиту интересов хозяйствующих субъектов» [23, с. 43]. «Общественный хозяйственный порядок — это господствующий в обществе уклад материального производства, основанный на положениях Конституции, нормах права, моральных принципах, деловых правилах и обычаях, одобренных высшей законодательной властью в стратегических экономических решениях, обеспечивающий гармонизацию частных и публичных интересов, создающий партнерские и добропорядочные взаимоотношения в хозяйствовании» [24, с. 31]. В состав общественного хозяйственного порядка входят как правовые средства (нормы, принципы, презумпции, правоотношения, санкции, приемы и процедуры правоприменительной деятельности), так и экономические средства (индикативные планы, программы социально-экономического и научно-технического развития, балансы материальных и финансовых ресурсов, налоги, субсидии, квоты). При этом указанные экономические средства должны служить регуляторами общественных отношений, т. е. быть «легализованными» (закрепленными в правовых нормах или утвержденными компетентными государственными органами) [25, с. 61–69].

В Хозяйственном кодексе Украины общественный хозяйственный порядок получил закрепление как «правовой хозяйственный порядок». В соответствии со ст. 5 Хозяйственного кодекса правовой хозяйственный порядок в Украине формируется на основе оптимального соединения рыночного саморегулирования экономических отношений субъектов хозяйствования и государственного регулирования макроэкономических процессов, исходя из конституционного требования ответственности государства перед обществом и определения Украины как суверенного, независимого, демокра-

тического, социального и правового государства. Кроме того, в этой статье перечислены конкретные принципы, на которых основывается правовой хозяйственный порядок, а именно «право собственности украинского народа на землю, ее недра, атмосферный воздух, водные и иные природные ресурсы, которые находятся в границах территории Украины, природные ресурсы ее континентального шельфа, исключительной (морской) экономической зоны, которое осуществляется от имени Украинского народа органами государственной власти и органами местного самоуправления, в границах, определенных Конституцией Украины; право каждого гражданина пользоваться природными объектами права собственности в соответствии с законом; обеспечение государством защиты прав всех субъектов права собственности и хозяйствования, социальной направленности экономики; недопущении использования собственности на вред человеку и обществу; право каждого владеть, пользоваться и распоряжаться своей собственностью, результатами своей интеллектуальной, творческой деятельности; признание всех субъектов права собственности равными перед законом, нерушимости права частной собственности; недопущение противоправного лишения собственности; экономическое многообразие, право каждого на предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом, определение исключительно законом правовых основ и гарантий предпринимательства; обеспечение государством защиты конкуренции в предпринимательской деятельности; недопущение злоупотребления монопольным положением на рынке, неправомерного ограничения конкуренции и недобросовестной конкуренции; определение правил конкуренции и норм антимонопольного регулирования исключительно законом; обеспечение государством экологической безопасности и поддержание экологического равновесия на территории Украины; обеспечение государством надлежащих, безопасных и здоровых условий труда; защита прав потребителей; взаимовыгодное сотрудничество с другими странами; признание и действие в Украине принципа верховенства права».

Таким образом, критерием определения принадлежности норм и иных средств к категории публичного порядка при решении вопроса об отмене или отказе в принудительном исполнении решения МКА может служить направленность или цель этих норм —

оптимальное соединение рыночного саморегулирования экономических отношений субъектов хозяйствования и государственного регулирования макроэкономических процессов; обеспечение гармонизации частных и публичных интересов, стабильности и эффективности хозяйствования; создание партнерских и добропорядочных взаимоотношений в хозяйствовании; удовлетворение и защита интересов хозяйствующих субъектов.

Специфика публичного порядка в МКА состоит также в его отличии от публичного порядка как категории, применяемой к отношениям между субъектами права одного государства. Так, в Отчете Ассоциации международного права, где анализировалось законодательство и практика правоприменения многих стран за последние 15 лет, отмечается, что общей тенденцией стало применение к международным арбитражным решениям так называемого «международного публичного порядка» [26]. В. Парк также приходит к выводу, что все больше судов используют международный публичный порядок для того, чтобы «избежать попыток международных арбитражных решений на дыбе публичного порядка, имеющего всего лишь внутреннее значение» [27, с. 207].

Международный публичный порядок толкуется более ограничительно, чем внутренний. П. Сандерс считает, что «международный публичный порядок в соответствии с общепринятой доктриной охватывает нарушения действительно фундаментальных концепций правопорядка в государстве» [28].

Несмотря на то, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О МКА» указывает на публичный порядок государства, в котором отменяется или приводится в исполнение решение МКА в качестве основания к отмене и отказу в принудительном исполнении решений МКА [29, с. 968], многие страны либо толкуют понятие «публичный порядок» очень ограничительно, либо вводят в законодательство и судебную практику понятие «международный публичный порядок».

В законодательстве таких стран, как Франция, Португалия, Алжир, Ливан, Тунис, Румыния, закреплено, что в принудительном исполнении решения МКА может быть отказано, если оно противоречит международному публичному порядку этого государства. В ГПК Франции основанием к отмене внутреннего арбитражного решения является внутренний публичный порядок (1484(6)), а осно-

ванием к отмене международного арбитражного решения – международный публичный порядок (ст. 1502(5)). Законодательство Германии также делает различие между внутренним и международным публичным порядком [30, с. 72]. Судебная практика таких стран, как США [31], Австрия [32], Франция [33; 34], также отделяет внутренний публичный порядок от международного, который применим к спорам из международных хозяйственных отношений.

Конкретное содержание понятия международного публичного порядка определяется судами. Так, норма об обязательной мотивировочной части арбитражного решения, которая в одних странах является императивной, а в других – диспозитивной, не признается нормой международного публичного порядка. Решения об этом выносились, в частности, французскими судами [35, с. 400–402]. К международному публичному порядку можно отнести нормы о недействительности договоров, которые направлены на контрабанду наркотиков, распространение детской порнографии, получение и дачу взяток, поощрение коррупции [36, с. 432].

В связи с тенденцией применения международного публичного порядка к арбитражным решениям по спорам, осложненным иностранным элементом, некоторые ученые начали развивать идею о так называемом «транснациональном публичном порядке» (*transnational public policy, truly international public policy*), т. е. порядке, признаваемом и поддерживаемом всеми государствами. Содержание транснационального публичного порядка может определяться путем сравнения фундаментальных требований или принципов национального права различных стран и международного публичного права [37, с. 257]. Однако мнение большинства авторов заключается в том, что данная концепция не применима судами при рассмотрении вопроса об отмене или отказе в исполнении арбитражного решения, так как суды в любом случае действуют от имени конкретного государства и обязаны защищать его интересы [38, с. 955].

Таким образом, применяя категорию публичного порядка в отношении МКА, суды Украины должны ориентироваться не исключительно на внутреннее право Украины, а на внутреннее право и на основные принципы права, закрепленные в международно-правовых документах, ратифицированных или признанных Украиной (Венская конвенция о договорах международной куп-

ли-продажи товаров [39], Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА [40, с. 82–92] и др.).

Еще одна специфическая черта публичного порядка в сфере МКА проявляется в следующем. Помимо применения норм иностранного материального права, которое приводит к результату, несовместимому с публичным порядком страны, где арбитражное решение отменяется или принудительно исполняется, основанием противоречия публичному порядку охватываются также некоторые нарушения процессуального характера. Нью-Йоркская конвенция (ст. 5), Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» дают исчерпывающий перечень процессуальных нарушений, являющихся основаниями к отмене или отказу в принудительном исполнении арбитражного решения. Вместе с тем на практике возникают ситуации, не охватываемые указанными основаниями, но, тем не менее, по мнению суда являющиеся очень серьезными нарушениями, т. е. нарушениями публичного порядка.

Так, суд ФРГ отказал в исполнении решения американского арбитража в деле, при рассмотрении которого ответчику не была предоставлена возможность ознакомиться с документами, предоставленными истцом, на том основании, что такое нарушение принципов справедливости несовместимо с публичным порядком [41, с. 241]. Французские суды отказали в принудительном исполнении или отменили как противоречащие публичному порядку следующие решения: решение арбитража, при назначении которого был нарушен принцип равенства сторон [42, с. 723]; решение по делу, где одной из сторон были предоставлены сфальсифицированные документы [43, с. 359]; решение по делу, при рассмотрении которого арбитр, участвующий в рассмотрении другого дела, сообщил неправильную информацию, что отрицательно повлияло на решение арбитража [44, с. 105].

Вывод о том, что к категории публичного порядка принадлежат процессуальные нормы, подтвержден в Отчете ЮНСИТРАЛ, в котором указывается, что «публичный порядок», который использовался в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и многих других соглашениях, охватывает фундаментальные принципы права и правосудия как в материальном, так и процессуальном аспектах» [45, с. 279]. Такое же мнение высказывалось многими зарубежными учеными [46, с. 251; 47, с. 205–226].

Анализ законодательства и практики его применения позволяет прийти к следующим выводам. При решении вопроса об отмене или принудительном исполнении решения МКА на основании противоречия его публичному порядку Украины целесообразно использовать концепцию общественного хозяйственного порядка, разработанную в науке хозяйственного права и получившую название «правового хозяйственного порядка» в Хозяйственном кодексе Украины. При этом необходимо учитывать, что понятие «публичный порядок» толкуется ограничительно и не совпадает с понятием «правопорядок». Кроме этого, в связи со спецификой споров, рассматриваемых в МКА, суды Украины должны принимать во внимание необходимость развития международного сотрудничества в сфере экономики и толковать публичный порядок, применяемый в контексте МКА, уже, чем публичный порядок, применяемый к отношениям субъектов права Украины. Наконец, такое основание как противоречие решения или его исполнения публичному порядку Украины включает нарушения не только материального, но и процессуального характера.

Литература

1. Муранов А.И. Некоторые аспекты понятия «публичный порядок» применительно к международному коммерческому арбитражу в России // *Международное право.*— 2001.— № 5 (14).— С. 396—425.
2. Ухвала Верховного суду України у справі № 6-879кc03 // *Юридична газета.*— 2004.— 11 лютого (№ 3).
3. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть.— М.: Юрид. лит., 1973.— 590 с.
4. Монастырский Ю.Э. Пределы применения иностранных законов в целях правосудия по международным спорам // *Московский журнал международного права.*— 1996.— № 3.— С. 147—207.
5. Карабельников Б.Р. Проблема публичного порядка при приведении в исполнение международных коммерческих арбитражей // *Журнал российского права.*— 2001.— № 8.— С. 101—111.
6. Lew J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration.*— New York: Oceana Publications.— 1978.— 525 p.
7. Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: Постанова Пленуму Верховного суду

України від 24 грудня 1999 р. № 12 // Вісник Верховного суду України.— 2000.— № 1(17).— Вкладка.— С. 2–20.

8. Белов А.П. Публичный порядок: законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика.— 1996.— № 19–20.— С. 85–91.

9. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації.— К.: Україна, 2000.— 430 с.

10. Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева.— М.: Наука, 1997.— 217 с.

11. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева и др.— М.: Инфра-М, 1997.— 790 с.

12. Inter Maritime Management SA -v- Russin & Vecchi, 9 January 1995 // Yearbook of Commercial Arbitration.— 1997.— № 22.— P. 789.

13. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 25 сентября 1998 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ.— 1999.— № 3.— С. 12–14.

14. Renusagar Power Co. Ltd -v- General Electric Co. AIR 1994 SC 880.

15. Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации.— 2001.— № 4.— С. 90–96.

16. Морозова Ю.Г. Отказ в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: основания публичного характера // Вестник Высшего арбитражного суда РФ.— 2000.— № 7.— С. 142–147.

17. Степаненко Е. Как применять оговорку о публичном порядке при исполнении иностранных арбитражных решений? // Хозяйство и право.— 2001.— № 3.— С. 102–106.

18. Костин А.А. Международный коммерческий арбитраж как основной способ разрешения внешнеэкономических споров. Практика разрешения споров в арбитражном (третейском) суде // Третейский суд.— 2002.— № 1/2.— С. 22–30.

19. Суханов Е.А. Арбитражное (третейское) соглашение — основа третейского разбирательства (природа, содержание, форма). Статус третейского суда и процедура разрешения споров в третейском суде // Третейский суд.— 2002.— № 1/2.— С. 13–21.

20. Report of the 69th Biennial Conference of the international Law Association. July 25–29, 2000 // <http://www.ila-hq.org/pdf/ComArbitration.pdf>.

21. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 25 сентября 1998 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ.— 1999.— № 3.— С. 12–14.

22. Постановление Верховного суда Российской Федерации от 2 июня 1999 г. // Бюллетень Верховного суда РФ.— 1999.— № 11.— С. 7.

23. Знаменский Г.Л. Хозяйственное законодательство Украины, формирование и перспективы развития.— Киев: Наукова думка, 1996.— 62 с.

24. Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, В.В. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К.— К.: Юринком Интер, 2002.— 912 с.

25. Знаменский Г.Л. Общественный хозяйственный порядок и законодательство // Государство и право.— 1994.— № 4.— С. 61–69.

26. Report of the 69th Biennial Conference of the international Law Association. July 25–29, 2000 // <http://www.ila-hq.org/pdf/ComArbitration.pdf>.

27. Craig W. Uses and Abuses of Appeal from Awards // Arbitration International.— 1988.— № 4.— P. 207.

28. Sanders P. Quo Vadis Arbitration? — Kluwer Law International.— 1999.— 451 p.

29. Holtzmann and Neuhaus A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary.— Kluwer.— 1989.— P. 968.

30. Приезжая Н.В. Оговорка о публичном порядке: применение в международном коммерческом арбитраже // Московский журнал международного права.— 2000.— № 4.— С. 66–76.

31. Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. -v- Societe Generale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America 508 F. 2d 974 (2nd Cir., 1974).

32. Seidl-Hohenveldern I. Austrian Public Policy and the Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

33. Cass. 1e civ., Nov. 22, 1966, Gerstle v. Merry Hull, JCP, Ed. G., Pt. II, No 15, 318 (1968); CA Paris, July 7, 1987, Pia Investments Ltd. v. Cassia, 1988 Rev. Arb. 649.

34. CA Paris, July 7, 1987, Pia Investments Ltd. v. Cassia, 1988 Rev. Arb. 649.

35. Denis Coakley Ltd. v. Ste'Michel Reverdy, Judgement of 23 July 1981 // Yearbook of Commercial Arbitration.— 1984.— № 9.— P. 400—402.

36. Redfern A. Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration.— London: Sweet and Maxwell.— 1999.— 664 p.

37. Lalive P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration // ICCA Congress Series No 3, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration.— 1987.— P. 257.

38. Gaillard E., Savage J. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.— The Hague: Kluwer Law International.— 1999.— 1280 p.

39. Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров.— М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.— 832 с.

40. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА // Закон.— 1995.— № 12.— С. 82—92.

41. Yearbook of Commercial Arbitration. Vol. II.— P. 241.

42. CA Paris, May 5, 1989, B.K.M.I. Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction Co Ltd., 1989 Rev. Arb. 723.

43. CA Paris, Sept. 30, 1993, European Gas Turbines SA v. Western International Ltd., 1994 Rev. Arb. 359.

44. Cass. le civ., Mar. 24, 1998 Excelsior Film TV v. UGC-PH, Dalloz, IR 105 (1998).

45. UN Doc. A/40/17, para. 297.

46. Mistelis L. «Keeping the Unruly Horse in Control» or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards // International Law FORUM du droit international.— 2000.— № 2(4).— P. 251.

47. Schwebel S. Lahne S. Public Policy and Arbitral Procedure in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration // ICCA Congress series.— No 3.— P. 205—226.

Представлена в редакцию 02.02.2006 г.

Е. М. Сынкова
канд. экон. наук,
доцент Донецкого
национального университета

ПРАВО ГАТТ/ВТО И ЕС В СФЕРЕ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ И БУХГАЛТЕРСКОГО УЧЕТА: ПРАКТИКА И ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ

Выполнен анализ практики суда ЕС в сфере толкования положений налогового и бухгалтерского законодательства. Особое внимание уделено проблеме влияния законодательных норм в сфере бухгалтерского учета на налогообложение и возможности использования принципов бухгалтерского учета и показателей финансовой отчетности для расчета налоговых показателей. Разработаны предложения по унификации законодательства Украины и ЕС в сфере бухгалтерского учета и налогообложения.

Интеграция Украины в ВТО и Европейский Союз объективно требуют от Украины активизации усилий, направленных на приближение налогового и бухгалтерского законодательства к европейским стандартам, развития и совершенствования практики его применения.

В Генеральном соглашении по тарифам и торговле налогообложение рассматривается как неотъемлемая часть торгового режима. Основу права ГАТТ/ВТО составляет идея установления необходимого и справедливого баланса между свободной торговлей и сохранением необходимой регуляторной автономии государств-членов, в том числе посредством налогообложения.

Порядок исчисления и уплаты налогов, налоговых льгот и освобождений, система контроля за уплатой налогов со стороны налоговых органов в государствах ЕС основаны на единых принципах. В то же время концепция налоговой гармонизации в государствах ЕС предполагает сохранение самобытности национальных налоговых систем и не предусматривает полной стандартизации порядка взимания налогов. Поэтому налоговые системы стран-членов ЕС имеют свои особенности, которые связаны с приоритетами национальной экономики.

© Е.М. Сынкова, 2006

ческой политики, бюджетными взаимоотношениями между различными уровнями власти и иными факторами.

В связи с этим в качестве основного критерия для принятия решения о наличии или отсутствии ограничений свободы перемещения товаров в юридической литературе выделяется специфика налогового режима государства-члена ЕС, применяемого по отношению к национальным и иностранным субъектам хозяйствования. При различном правовом режиме, как отмечает Г. П. Толстопятенко, возможны нарушения запрета тарифных и нетарифных барьеров для свободного движения товаров, лиц, услуг и капиталов [1, с. 35].

Различия в налоговом режиме для национальных и иностранных компаний в ЕС О. Водяников рассматривает как нетарифный барьер на пути к свободной торговле [2, с. 70].

Теоретические аспекты исследования налогообложения в сфере свободы перемещения товаров и услуг нашли отражение в работах зарубежных ученых [3–5].

Налоговые аспекты права ВТО и законодательства ЕС в связи с реформированием налоговой системы Украины детально исследовались в работах украинских юристов О. Секарева, К. Шкурупия [6]. Отдельным аспектам создания эффективной налоговой системы Украины в условиях интеграции в ЕС посвящены работы Т. Абрамовой, М. Бадади, Н. Дорош, Л. Ларионовой и др. [7–12]. Вопросы интеграции требований налогообложения и бухгалтерского учета затрагивались в работах С. Й. Кравчука, Н. С. Кравчука [13].

Однако проблеме влияния законодательных норм в сфере бухгалтерского учета на налогообложение в научной литературе уделено недостаточное внимание. В определенной степени это обусловлено тем, что в законодательстве Украины налоговый и бухгалтерский учет рассматриваются как два независимых вида учета. В связи с этим актуальным является анализ практики применения законодательства ГАТТ/ВТО и ЕС в сфере налогообложения и бухгалтерского учета.

Целью работы является изучение практики и опыта применения права ГАТТ/ВТО и ЕС в сфере налогообложения и бухгалтерского учета, а также разработка предложений, направленных на выработку путей интеграции налогового и бухгалтерского законодательства ЕС и Украины.

Традиционно бухгалтерский учет и налоги компаний в праве ЕС относились к разным сферам деятельности, однако в налоговом за-

конодательстве государств ЕС четко регламентируется зависимость между элементами налоговой системы и бухгалтерскими требованиями. Анализ процедур составления финансовой и налоговой отчетности в государствах ЕС показывает, что большинство государств использует показатели финансовой отчетности как основу для составления налоговой отчетности и определения налоговых платежей.

Директивы ЕС в сфере налогообложения и бухгалтерского учета оказывают сильное влияние на методологию учетного и налогового регулирования в государствах ЕС. В то же время в нормативных актах государств ЕС находит отражение и специфика в процедурах ведения бухгалтерского учета и представления годовой финансовой отчетности. В национальных нормативных актах, разъяснениях профессиональных бухгалтерских организаций, имеющих юридическую силу, закрепляются правила ведения учетной политики, заполнения первичных учетных регистров и отчетной документации, правила ведения бухгалтерского учета, состав и форма документов годовой отчетности компаний, процедуры оформления хозяйственных операций и доступа должностных лиц к бухгалтерским счетам и отчетной документации. Кроме того, в законодательстве всех государств ЕС содержатся нормы о порядке проведения аудита и представления аудиторских заключений.

На методологию учета в странах ЕС сильное влияние оказывают требования налогового законодательства. Это находит отражение в совокупности учетных регистров и процедур учета, а также в порядке оформления отдельных операций. Например, оформление инвентаризационных описей, отложенное налогообложение, методы расчета амортизационных отчислений. В связи с этим принцип достоверного и объективного учета рассматривается в значительной степени как соблюдение установленных налоговых правил.

Анализ требований к бухгалтерскому учету и налогообложению в государствах ЕС показывает, что налоговая отчетность компаний составляется отдельно, однако по большинству позиций совпадает с финансовой, составленной по данным бухгалтерского учета. Разница может быть вызвана необлагаемыми налогами резервами, обрзуемыми за счет чистой прибыли (Австрия), отложенным налогообложением (Германия), признанием для налоговых целей только линейного метода амортизации (Дания), резервами сомнительной и безнадежной задолженности (Греция) и др.

Наиболее сложные вопросы использования положений налогового и бухгалтерского законодательства рассматриваются судом ЕС.

Анализ практики суда ЕС в сфере толкования положений налогового и бухгалтерского законодательства показывает, что вопросы представления отчетности в странах ЕС имеют особую актуальность, так как в ряде случаев данные отчетности используются в налоговых целях. В первую очередь это относится к таким элементам налоговой системы, как отчетные периоды и правила учета.

В связи с этим представляется актуальным анализ решений Суда ЕС (далее – Суд) в сфере применения законодательства ЕС о бухгалтерском учете и международных стандартов учета, в том числе в целях налогообложения.

В деле C-306/99 *Banque internationale pour l’Afrique occidentale SA (BIAO) v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg* Судом ЕС рассматривался вопрос, касающийся отражения в бухгалтерском и налоговом учете гарантийных обязательств по оплате контракта поставки меди из Чили французским банком *Banque internationale pour l’Afrique occidentale SA* [14].

Суд ЕС дал толкование отдельным аспектам учета, в частности вопросам оценки странового риска и ее влиянию на значение показателя дебиторской задолженности в финансовой отчетности.

При рассмотрении материалов дела Суд выяснил, что положения Четвертой Директивы о годовой отчетности определенных типов компаний и Седьмой Директивы о консолидированной отчетности компаний были имплементированы в Германии в национальное законодательство – Коммерческий кодекс (*Handelsgesetzbuch*).

На первом этапе эти нормы распространялись только на национальные компании, а впоследствии были распространены на группы компаний, головной офис которых находился в Германии.

Суд установил, что в соответствии с Законом о налоге на корпорации (*Körperschaftsteuergesetz*) налог на доходы корпорации в Германии должен быть определен на основании валовых доходов, рассчитанных в соответствии с положениями Закона о налогообложении прибыли (*Einkommensteuergesetz*), а оценка дохода – на основе бухгалтерских счетов в соответствии с правилами, содержащимися в Коммерческом кодексе (*Handelsgesetzbuch*).

По правилам составления консолидированной отчетности в соответствии с Директивами ЕС и международными стандартами учета все дочерние компании, входящие в группу, в том числе расположенные на территории других государств, должны применять единые стандарты учета.

Спор между сторонами касался правильной оценки условий для возможных потерь являющихся результатом действий, отраженных в дате баланса.

Ст. 7 Директивы конкретизирует правила для оценивания элементов счетов компаний и порядка их закрепления в отчетности. В ст. 7 Директивы отмечается, что «все обязательства с целью гарантии любого вида должны, очевидно, устанавливаться в дате баланса компании или в примечаниях к отчетности и приводиться различия между видами гарантии, которые признаны в национальном законодательстве, а разглашение информации должно быть сделано несмотря на ссылку на политику конфиденциальности» [15].

Суд ЕС определил, что гарантийные обязательства каждого вида должны показываться отдельно с учетом странового риска, который определяется экспертным путем, а корректировки данных учета, в том числе в связи со снижением уровня риска, также должны раскрываться как события, которые произошли после даты баланса, в соответствии с международными стандартами отчетности. Именно такой подход будет отвечать требованию Четвертой Директивы относительно правдивого и добросовестного («true and fair view») раскрытия информации в отчетности.

Значение данного судебного решения состоит в том, что судом подтверждено, что:

принципы бухгалтерского учета и показатели финансовой отчетности могут быть использованы для расчета налоговых показателей; в налогообложении государств ЕС применяются методы оценки, предусмотренные законодательством ЕС о бухгалтерском учете и международными стандартами учета.

В налоговых целях могут использоваться не только показатели финансовой отчетности, но и учетные процедуры, которые нашли отражение в законодательстве стран ЕС об учете, например отчетный период.

В европейском налоговом и бухгалтерском законодательстве учетный период является важным элементом учетных процедур. В госу-

дарствах ЕС отчетный период для целей бухгалтерского учета обычно совпадает с календарным (налоговым) окончанием года – 31 декабря.

В объединенном Деле № С-397/98 и С-410/98 Суд ЕС рассмотрел в порядке преюдициальной процедуры дело Metallgesellschaft Ltd and Others (С-397/98), Hoechst UK Ltd (С-410/98) против налоговой службы (Commissioners Inland Revenue) [16].

Судом были проанализированы правоотношения между материнской компанией и ее дочерним предприятием, находящимся в другом государстве, возникающие в связи с составлением консолидированного отчета о прибылях и убытках.

Особое внимание в деле было уделено определению понятия «отчетный период». В Великобритании в нормативном акте о налогообложении – Income and Corporation Taxes Act 1988 (ИСТА) был установлен различный отчетный период для иностранных и национальных налогоплательщиков. Для иностранных компаний отчетный период заканчивался 31 октября и составлял 9 месяцев, в то время как для национальных компаний он был равен календарному году.

В результате для национальных компаний были созданы более выгодные условия для налогообложения.

Учитывая «принципы «эквивалентности» и «недискриминации», которые составляют важную основу общего рынка, Суд ЕС обратил внимание на необходимость установления эквивалентных условий для компаний, которые находятся в разных государствах.

В деле С-97/90 Lennartz v. Finanzamt München III Суд ЕС дал толкование влияния на налоговое обязательство факта приобретения товаров для смешанного использования и расчета величины налога на добавленную стоимость, который может быть отнесен на уменьшение налогового обязательства предпринимателя-налогоплательщика [17].

В связи с этим Суд отметил, что для определения размера налога важное значение имеет процесс приобретения. В случае, когда предприниматель приобретает имущество как частное лицо, он не должен придерживаться административных и бухгалтерских требований. В том случае, когда он приобретает имущество как предприниматель и предоставляет его в пользование частному лицу, эта пе-

редача имущества должна приравниваться с точки зрения налогообложения к поставке товара несмотря на то, что предприниматель является частным лицом, которому передается имущество.

Таким образом, для решения вопроса об уменьшении налогового обязательства важное значение имеет квалификация правового статуса приобретателя имущества.

В государствах ЕС важное значение имеет соблюдение требований к правильности оформления документов и учетных процедур. Так, в деле C-263/98 (*Guarantee Section of the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) v Commission of the European Communities*) Суд обратил внимание на правильность заполнения счетов и исправления ошибок. Суд отметил, что в бухгалтерском учете ошибки могут быть вызваны неправильным пониманием хозяйственной операции, ошибками в перестановке счетов, пропуском проводок, неравенством итогов баланса [18].

В деле № C-130/99 (*Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*) Суд исследовал первичные учетные процедуры, в том числе расчет составляющих цен, правильность заполнения счетов, возможность устранения ошибок при заполнении расчетных документов, которые представляют важность при ревизии счетов [19].

Приведенный анализ судебных решений показывает, что нормы бухгалтерского законодательства могут оказывать влияние на налогообложение и торговый режим и осуществлять в той или другой степени влияние на торговлю как позитивное, так и негативное. Для снижения негативного влияния важное значение имеет формирование единых требований к бухгалтерскому учету и налогообложению.

В связи с тем, что государства ЕС кроме интеграционного законодательства, имплементированного в нормы национальных нормативных актов, используют такие источники права, как решения Суда ЕС, нормативные акты профессиональных бухгалтерских организаций, важное значение имеют исследование и разработка стандартных подходов к оценке юридических фактов в учете и налогообложении, принятой в государствах ЕС.

Анализ практики применения положений законодательства ЕС о налогообложении и учете показывает, что актуальным является

гармонизация налогового и бухгалтерского законодательства Украины и ЕС, согласование показателей налогового и бухгалтерского учета, разработка методики использования финансового результата деятельности предприятий для целей налогообложения в соответствии с подходом, применяемом в большинстве стран ЕС.

Реформа налогового права Украины на данном этапе сосредоточена на доработке и принятии Налогового кодекса Украины. Несмотря на существенный уровень усовершенствования налогового законодательства, предложенного проектом Налогового кодекса Украины, его положения нуждаются в последующей доработке для соответствия международным принципам налогообложения, в целом, и положений права ЕС, в частности.

Прежде всего это касается реализации принципа недискриминации, который является краеугольным камнем вступления в ВТО. Европейское Содружество имеет большой опыт практического воплощения этого принципа, поэтому особенно важным представляется исследование и использование этого опыта, особенно практики Суда Европейского Содруества, при доработке проекта Налогового кодекса Украины. Учитывая развитие корпоративного права Украины, необходимым также является решение вопроса об особенностях налогообложения материнских и дочерних предприятий, которые зарегистрированы в иностранных государствах.

Основу бухгалтерского законодательства Украины составляет Закон о бухгалтерском учете и национальные стандарты учета. Методологический совет по бухгалтерскому учету при Министерстве финансов Украины непрерывно проводит работу по усовершенствованию утвержденных и разработке новых положений (стандартов) бухгалтерского учета с учетом Директив ЕС и международных стандартов финансовой отчетности.

На необходимость согласования норм стандартов бухгалтерского учета и налогового законодательства с целью унификации налогового и бухгалтерского учета по определению финансового результата деятельности предприятий было обращено внимание в письме Министерства финансов Украины, адресованном Совету предпринимателей от 03.06.2004 г. [20].

В настоящее время важное значение имеет разработка инструктивных материалов и методических указаний по применению тре-

бований стандартів бухгалтерського учета, погодженню показателів податкового і бухгалтерського учета, кваліфікації юридических фактів в бухгалтерському учеті і використання для цих цілей нормативних актів і рішень Суда ЕС.

Розробка типових підходів к оцінці юридических фактів в учеті і податковому оподаткуванню на основі судової практики в ЕС буде сприяти подальшій уніфікації законодавства України і ЕС.

Важка роль в рішенні цих питань і тлумаченні українського законодавства з позицій законодавства ЕС повинна належати Методологічному раді при Міністерстві фінансів і професійними бухгалтерськими організаціями.

Література

1. Толстопятенко Г. П. Європейське податкове право.— М.: Норм, 2001.— 328 с.

2. Вовк Т., Водяніков О., Коноваленко І. Податкові аспекти права СОТ та ЕС. Орієнтири податкової реформи в Україні.— Харків: Консум, 2004.— 960 с.

3. Tiplady D. Introduction to the Law of international trade.— Oxford: BSP professional books, 1989.— XX, 214 p.

4. GATT. Overview of the Uruguay Round of Trade Negotiations: May 26–27, 1994.— Washington, 1994.— 50 p.

5. The Strategic Guide to International Trade / Consultant Editor J. Reuvid.— London: Kogan Page, 1997.— 237 p.

6. Секарев О., Шкурупій К. Бухгалтерський облік компаній і податки // Український правовий часопис.— 2004.— № 5 (10).— С. 75–81.

7. Абрамова Т. Система оподаткування в Україні. Частина 2 // Дебет-Кредит.— 2002.— № 27.— С. 98–103.

8. Дорош Н. І. Податкова система України і розвинутих зарубіжних країн (порівняльний аналіз) // Фінанси України.— 1999.— № 6.— С. 75–83.

9. Бадида М. П. Україні потрібна ефективна система оподаткування // Фінанси України.— 1999.— № 8.— С. 120–124.

10. Науменко Н. С. Деякі пропозиції по вдосконаленню експортно-імпоротної політики сучасного зовнішньоторговельного режи-

му України та приведенню його у відповідність з пріоритетами розвитку зовнішньої торгівлі // Матеріали ІХ міжнародної науково-теоретичної конференції «Формування торговельних режимів у перехідних економіках в умовах глобалізації (приклад України)». – Київ, 2001. – С. 268–271.

11. Бакун О. Оцінка наслідків вступу України до СОТ і розширення ЄС // Вісник Національного банку України. – К. – 2003. – № 12. – С. 13–14.

12. Воротін В. Реалізація напрямів вступу України до СОТ в умовах глобальних ринкових трансформацій // Вісник Української Академії державного управління при Президентові України. – К. – 2002. – № 3. – С. 193–201.

13. Кравчук С. Й., Кравчук Н. С. Проблеми реформування податкової системи України для входження її в Європейський Союз // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 1–2 (9–10).

14. Case C-306/99 Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA (BIAO) v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg. – European Court reports 2003. – P. I-0000.

15. Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies // Official Journal. – 1978. – № 8. – P. 11–31.

16. Case C-397/98 Metallgesellschaft Ltd and Others, Case C-410/98 Hoechst UK Ltd European. – European Court reports. – 2003. – Page I–00001.

17. Case C-97/90 Lennartz v. Finanzamt Munchen III. – European Court reports. 1991. – Page I–03795.

18. Case C-263/98 Guarantee Section of the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) v Commission of the European Communities. – OJ 1998. – L163. – P. 28.

18. Case № C-130/99 Kingdom of Spain v Commission of the European Communities. – European Court reports. – 2002. – Page I–03005.

19. Щодо реалізації Стратегічних напрямів удосконалення бухгалтерського обліку в Україні: Лист Міністерства фінансів України від 03.06.2004 р. // Бухгалтер. – 2004. – № 23.

Представлена в редакцію 24.02.2006 г.

Б. В. Деревянко
канд. юрид. наук,
старший викладач Донецького
юридичного інституту

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ НАПРЯМІВ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОБ'ЄДНАННЯ ПІДПРИЄМСТВ В УКРАЇНІ

Розглянуто законодавчі акти і приклад з практики господарської діяльності великих суб'єктів господарювання у зарубіжних країнах і запропоновано напрями розвитку законодавства України про об'єднання підприємств щодо державної підтримки стратегічно важливих галузей виробництва і стимулювання створених власних потужних суб'єктів господарювання, здатних конкурувати із закордонними ТНК і захищати вітчизняні інтереси на світових ринках.

Сучасний розвиток тенденцій світової економіки свідчить про неможливість ефективної діяльності будь-якої держави або її суб'єктів господарювання самостійно без виходу на світові ринки. У зв'язку з цим виникає питання: забезпечувати співпрацю з іноземними контрагентами на рівні окремих суб'єктів господарювання чи інтегруватися Україні до СОТ, ЄС, НАТО та інших міжнародних організацій? Інше питання виникає з позитивної відповіді на другу частину попереднього: чого більше – позитивів чи негативів отримає вітчизняне виробництво, соціальна сфера та власне держава? Певна річ, будь-яке явище чи дія в сучасній економіці є двобоким. У випадку з глобалізацією це є найбільш очевидним. Істина повинна знаходитися десь посередині. Тобто на сучасному етапі розвитку Україна не має достатніх можливостей для самостійного розвитку і повинна інтегруватися у світове господарство. Однак це має бути не бездумна інтеграція до усіх можливих міжнародних структур у найкоротші терміни. Інтеграція України має бути планомірно поступальною, економічно обґрунтованою, такою, що передбачає майбутні складнощі і заздалегідь впроваджені заходи щодо захисту вітчизняного товаровиробника. Основні із цих заходів повинні бути спрямовані, у першу чергу,

© Б.В. Деревянко, 2006

на розвиток і захист інтересів великих суб'єктів господарювання – концернових та холдингових компаній, промислово-фінансових груп (далі – ПФГ) та транснаціональних корпорацій (далі – ТНК). Саме такі великі компанії є основними суб'єктами світового господарського простору. І саме на великі вітчизняні промислові та промислово-фінансові компанії припадає більше 90 % ВВП України. Цим зумовлюється актуальність дослідження і подолання проблем великих суб'єктів господарювання у контексті глобалізації. Правовий статус об'єднань підприємств, ПФГ та ТНК досліджувався вітчизняними вченими: О. М. Вінник [1; 2], С. М. Грудницькою [3; 4], О. Р. Кібенко [5], Н. Є. Косач [6] та іншими. Однак у контексті вступу України до міжнародних організацій та захисту інтересів великих вітчизняних об'єднань підприємств на основі розгляду іноземного законодавства та практики його засосування дослідження не здійснювалися.

Отже, можна визначити мету статті: на основі розгляду законодавчих актів і прикладів з господарської практики окремих розвинених країн визначити й запропонувати напрями розвитку господарського законодавства України, яким регулюється функціонування великих об'єднань підприємств, у бік сприяння підвищенню конкурентоспроможності таких об'єднань та економіки держави на світових ринках.

У багатьох розвинених країнах на позначення великих корпоративізованих суб'єктів господарювання зустрічаються поняття «пов'язані підприємства», «системи компаній», «організації організацій», «товариства товариств», «товариства другого ступеню», «групи компаній» або просто «групи» [7, с. 49]. Найбільш універсальним поняттям є «корпорація», що серед різних суб'єктів господарювання цих країн включає й господарські об'єднання у вигляді холдингів, концернів, синдикатів тощо. У законодавстві країн з англо-саксонською системою права взагалі перевага віддається не терміну «юридична особа», а терміну «корпорація». У США під цим терміном розуміються юридичні особи, учасники яких несуть обмежену відповідальність за зобов'язаннями. До їх назви обов'язково додається слово «корпорація» (corporation, incorporated) або його скорочення («Corp.» чи «Inc.»). Це ж поняття використовується і на позначення великих об'єднань підприємств, які можуть мати назву підприємницькі корпорації.

У США законодавство, що регулює процеси функціонування об'єднань підприємств, формується на рівні окремих штатів у на-

прямах, закладених федеральним законодавством. Зокрема, 1) Антимонопольним законом Шермана 1890 р.; 2) Єдинообразним законом про товариства (Uniform Partnership Act) 1914 р., який було рекомендовано Конференцією з уніфікації законодавства штатів та прийнято у 49 штатах й окрузі Коламбія, а нову редакцію якого було рекомендовано цією Конференцією у серпні 1992 р.; 3) Єдинообразним законом про командитні товариства (Uniform Limited Partnership Act) 1916 р., нову редакцію якого було схвалено у 1976 р., а в 1985 р. внесено зміни [8]; 4) Зразковим законом про підприємницькі корпорації 1969 р. (Model Business Corporation Act), прийнятим Американською Асоціацією юристів. Нову редакцію Зразкового закону (Revised Model Business Corporation Act) було затверджено Американською Асоціацією юристів у 1984 р., після чого до нього було внесено деякі зміни [9].

Американське корпоративне право розвивається у конкурентній боротьбі між штатами за створення корпорацій на їх території. Такі процеси отримали назву «змагання у несуровості» (*race in laxity*). У цій боротьбі більш ліберальне законодавство було прийнято у штаті Делавер. Держава здійснювала мінімальний контроль діяльності корпорацій, а судова практика цього штату сприяла створенню корпорацій. Тому половина з найбільш великих корпорацій США та приблизно сорок відсотків корпорацій, зареєстрованих на фондових біржах США, було засновано у штаті Делавер [10, р. 207]. Також велике значення мають закони штатів Нью-Йорк та Каліфорнія через значний обсяг комерційної діяльності у них.

Взагалі ж, корпорації США мають достатньо широкі права у порівнянні із загальноприйнятими у світі стандартами господарського, акціонерного та корпоративного права. Так, пункт 3.02. нової редакції Зразкового закону про підприємницькі корпорації встановлює, що якщо у статуті корпорації не передбачене інше, кожна корпорація має безтермінове існування та володіє такими ж правами, як і фізична особа. Вона може здійснювати усі дії, що необхідні чи прийнятні для ведення її діяльності, включаючи без будь-яких обмежень наступні правомочності: бути позивачем та відповідачем у суді; мати та змінювати печатку корпорації; приймати та вносити зміни до внутрішнього регламенту корпорації; будь-яким способом набувати, мати у власності, володіти, користуватися будь-яким рухомим та нерухомим май-

ном; будь-яким способом відчужувати, закладати, здавати в оренду та іншим чином розпоряджатися своїм майном; здійснювати різні операції з цінними паперами інших корпорацій; брати на себе зобов'язання та надавати гарантії або іншим чином забезпечувати зобов'язання; утримувати майно в якості забезпечення зобов'язань боржників; бути засновником, учасником або керувати діяльністю будь-якої іншої організації чи об'єднання; вести діяльність та відкривати контори у штаті реєстрації і за його кордонами; призначати та встановлювати пенсії і приймати різні соціальні плани для посадових осіб та службовців корпорацій; вести благодійницьку діяльність; проводити будь-яку правомірну діяльність, що сприяє здійсненню політики уряду; здійснювати всі інші правомірні дії для ведення діяльності корпорації [9]. Цей вибірковий перелік свідчить про достатньо широкі права, що надаються федеральним законодавством США та законодавством штатів корпоративним структурам.

У кінці 1982 р. було прийняте законодавство про «експортні торгові корпорації»: закон про експортні торгові корпорації, що зобов'язав міністерство торгівлі США сприяти створенню експортних торгових корпорацій та асоціацій; закон про експортні послуги банків, що дозволив банківським холдинговим корпораціям, центральним банкам («банкам банків») та корпораціям «Едж Ент» (створюваним національними банками для ведення міжнародних банківських операцій) вкладати капітали до експортних торгових корпорацій; норми, що регулюють видачу експортних торгових сертифікатів, і норми, що звільняють експортні торгові корпорації від дії ряду антирастрівських законів [11].

В Японії створення та діяльність корпоративних суб'єктів господарювання здійснюється на основі двох кодексів (Торгового та Господарського) а також спеціальних законів. Держава залишає за собою активне регулювання діяльності як всієї економічної системи, так і кожної окремої кейрецу (keiretsu) — великого промислово-фінансово-торгово-наукового об'єднання підприємств. Особливістю історико-економічного розвитку країни є наявність значної підтримки галузей, які належать до пріоритетних. Нормативною базою такої підтримки було прийняття Закону «Про розвиток видобутку природних ресурсів — газу і нафти» від 31 травня 1951 р. № 162; Закону «Про надзвичайні заходи щодо стимулювання електронної

промисловості» від 11 червня 1952 р. № 171; Закону «Про сприяння розвитку електроенергетичних ресурсів» від 31 липня 1952 р. № 283; Закону «Про Японську авіаційну акціонерну компанію» від 18 липня 1953 р. № 154; Закону «Про стимулювання експорту продукції морського і річкового промислу» від 2 червня 1954 р. № 154; Закону «Про нафтову акціонерну компанію» від 9 серпня 1955 р. № 152; Закону «Про надзвичайні заходи раціоналізації вуглевидобувної промисловості» від 10 серпня 1955 р. № 156; Закону «Про базу атомної енергетики» від 19 грудня 1955 р. № 186; Закону «Про надзвичайні заходи щодо технічного оснащення текстильної промисловості» від 6 липня 1956 р. № 130 (переглянутий 16 червня 1964 р.), Закону «Про надзвичайні заходи стимулювання машинобудівельного виробництва» від 15 липня 1956 р. № 154; Закону «Про надзвичайні заходи стабілізації металопромисловості» від 1 липня 1963 р. № 116 та ін. [12, с. 33, 34, 79, 80]. При цьому у випадку участі підприємств приватного капіталу у державних програмах останні користувалися значними дотаційними виплатами. Зокрема, це було передбачено Законом «Про особливі заходи щодо переоцінки майна» від 1 липня 1954 р. № 142, Законом «Про особливі заходи щодо оподаткування» від 31 березня 1956 р. [12, с. 33].

Зараз державне втручання в економіку Японії набуло системного характеру, тому здійснюється на різних рівнях. У межах промислової політики держава здійснює комплекс заходів, спрямованих на удосконалення галузевої структури, розміщення виробництва, регулювання та стимулювання інвестиційної діяльності, формування великих промислових груп і заохочення малого й середнього бізнесу, підтримання конкуренції, стимулювання певних галузей господарства, експорту та конкурентоспроможності японської економіки, реалізацію великомасштабних загальнонаціональних програм, розвиток науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт (далі – НДДКР). Стосовно депресивних галузей використовуються такі інструменти, як субсидії та кредити для перерозподілу ресурсів, модернізації виробництва, перенавчання кадрів, надання допомоги робітникам у пошуках нової роботи. Широко застосовується також заохочення і фінансова підтримка нових фірм і НДДКР, розробляються державні програми приватизації, використовуються протекціоністські заходи тощо. Конкретні заходи для

росту у відношенні молодих галузей з високим потенціалом включають у себе низькопроцентні кредити, імпортні квоти, податкові пільги, субсидії, тарифний захист, обмеження прямих зарубіжних інвестицій, підтримку фундаментальних досліджень тощо [13, с. 410]. Особливої уваги заслуговує протекціонізм у японському антимонопольно-конкурентному законодавстві, який у випадку наявності публічно-правових інтересів робить виключення щодо застосування антимонопольно-конкурентних заходів до великих корпорацій, що виконують державні завдання [12, с. 22, 39–40].

У Великій Британії після вступу до ЄС було прийнято кілька нових Актів про компанії: у 1976; 1980; 1981 роках. У 1985 р. їх було консолідовано до одного НПА – Акту про компанії (Companies Act), що налічує 747 статей з додатками. Але й цей НПА було доповнено Актом 1989 р., а в 1998 р. Департаментом торгівлі і промисловості було опубліковано програмний документ «Modern Company Law for a Competitive Economy», що передбачав необхідність повної ревізії законодавства про компанії.

У ФРН діяльність великих корпоративних структур регламентується Акціонерним законом (перша редакція 1937 р. і сучасна 1965 р.) із 410 статей, розділених на п'ять книг [5, с. 29–30]. Одним із головних джерел господарського права ФРН є Торговий кодекс 1966 р. Важливе значення має Закон про картелі. Ним серед іншого дається роз'яснення поняття об'єднання не як купівлі одного підприємства іншим, а створення концерну чи отримання іншим чином контролю над іншим підприємством (частина 2 та 3 § 23), а також регулюються питання контролю в об'єднаннях підприємств [14, с. 67–68].

У Франції в 1966 р. право товариств було зведено до джерел – Закону про торгові товариства з 509 статей та Декрету 1967 р. із 310 статей. Особливістю французького законодавства є дійова підтримка державою на підставі Закону про запобігання та полюбовне врегулювання труднощів підприємств від 1 березня 1984 р. великих об'єднань, що потрапили у тяжке становище.

Отже, в якості першого висновку можна відзначити наявність у розвинених капіталістичних країнах загального господарського законодавства у вигляді кодексів або загальних законів і спеціального законодавства, якими регулюється діяльність корпоративних суб'єктів господарювання. При цьому через відмінності у предметі,

меті та методах регулювання зазначене законодавство розходиться із загальним цивільним законодавством і ніякого колапсу в їхніх економіках, можливістю настання якого у випадку ухвалення, набрання чинності і подальшої дії ГК України кілька років тому лякали цивілісти [15, 16], не відбувається.

Другим висновком є наявність значної підтримки зарубіжними державами власного великого бізнесу. При цьому така підтримка здійснюється за відсутності або й всупереч чинному законодавству цих країн. Наприклад, ні у Великій Британії, ні у ФРН, ні у США закон прямо не передбачає пільг для великих підприємств (їх об'єднань), які знаходяться на межі фінансового краху. Проте у Великій Британії на початку 70-х років ХХ століття уряд виділив значні субсидії готувим припинити своє існування компаніям «Роллс-Ройс» та «Харланд і Вольф»; у ФРН у свій час за рахунок платників податків фінансувалося «оздоровлення» концерну «Крупп», у США один з трьох автомобілебудівних гігантів – концерн «Крайслер» потрапив до тяжкого фінансового стану і, якби не державна позика у 1,5 млрд дол. на надзвичайно пільгових умовах, повинен був би об'явити про свою неплатоспроможність [7, с. 55–56]. В Іспанії великі приватні підприємства так само, як і державні отримують державну допомогу у завуальованій формі (низькі транспортні та інші тарифи, помірні ціни на енергоносії тощо) шляхом діяльності підприємств, що належать до інфраструктури та являють собою у більшості своїй державні компанії [17, с. 126–130]. У Швейцарії законодавство передбачає можливість застосування особливих процедур надання підтримки і допомоги підприємствам, які «мають важливе значення для національної економіки». У Бельгії королівський указ від 10 листопада 1967 р. ввів спеціальну процедуру допомоги банківським установам, що потрапили у скрутне становище [7, с. 55]. В Італії у 1979 р. було прийнято закон, яким закріплювалася процедура надання допомоги великим підприємствам, що потрапили у скрутне фінансове становище за умови, що сума їхніх боргів досягає 20 млрд лір і вони отримували від держави субсидії на суму не менше 1 млрд лір, або якщо вони не видавали зарплату більше трьох місяців [7, с. 55]. У законодавстві Канади діє принцип захисту національного підприємництва (протекціонізму). Держава, ризикуючи іноземними інвесторами, встановлює контроль за іноземними підприємцями на національній території [18, с. 87–88].

До сказаного слід також додати, що більшість ТНК є американськими, а головні компанії більшості найвпливовіших світових ТНК розташовані у США, у радах директорів великих японських корпорацій майже відсутні іноземці, головним акціонером багатьох європейських компаній є держава [19, с. 617–619; 20, с. 34; 17, с. 122–130 та ін.],

У нас же складається враження, що часто політика деяких українських державних органів та посадових осіб спрямована на підтримку іноземних суб'єктів господарювання. Серед вітчизняних посадовців превалює думка, що краще контрольний пакет прибуткового стратегічного підприємства продати будь-якій іноземній компанії, ніж залишити у державній власності або продати вітчизняним представникам великого бізнесу, що симпатизують іншим політичним партіям. Особливого ж подиву викликало рішення Антимонопольного комітету України від 13 жовтня 2005 р., яким було заборонено об'єднання київських та харківських авіабудівельників. Мотивація такого рішення, мовляв, «конкуренція на внутрішньому ринку опиниться під загрозою» виглядає ще дивнішою. Невже в Україні у кожному великому місті є по кілька літакобудівних підприємств? А от російським, американським, британським та іншим літакобудівним компаніям таке об'єднання дійсно могло б скласти гідну конкуренцію...

Третім висновком є застосування розвиненими країнами та міжнародними організаціями подвійних стандартів до різних країн і їхніх суб'єктів господарювання. Так, СОТ та інші міжнародні економічні організації вимагають від усіх країн-членів скасування будь-якої підтримки власних великих компаній, проте реальний тиск чиниться до менш впливових та економічно розвинених країн, які не належать до «країн великої сімки» (більшість антидемпінгових розслідувань здійснюється у відношенні суб'єктів господарювання з КНР, РФ, України й інших країн Східної Європи, Азії та Південної Америки); уряд США здійснює постійні пошуки нових дешевих джерел енергоносіїв та інших корисних копалин, ринків збуту продукції ВПК та інших галузей шляхом вторгнення до «країн із недемократичними режимами», найвигідніші контракти на відбудову у яких достаються, знову ж таки, великим ТНК з головними компа-

ніями у США; виробники конкурентоздатної продукції з інших «неелітних» країн звинувачуються у скоєнні різних господарських правопорушень, а їхні керівники – кримінальних злочинів (згадаємо лише «кольчужний скандал», вимогу щодо демонополізації російського «Газпрому» [21, с. 36–37]), метою яких були витіснення з ринку неекономічними методами конкурентів своїм ТНК і вивідання для своїх компаній провідних технологій.

На основі трьох проміжних висновків можна підбити підсумкові висновки:

1. Україні необхідно інтегруватися до світових та європейських економічних організацій, однак надмірна поспішність непотрібна. У випадках передбачення очевидної дискримінації вітчизняних товаровиробників й експансії зарубіжних компаній можна призупинити інтеграційні процеси до СОТ, ЄС та інших євроатлантичних об'єднань на користь укладання двосторонніх угод з окремими країнами-учасниками цих організацій та входження до економічних об'єднань у межах СНД, співпраця із суб'єктами господарювання яких відпрацьована, або з азійськими країнами – КНР, Південною Кореєю, Індією, Іраном, Іраком, Пакістаном та ін.

2. Структура українського законодавства, яким регулюється діяльність корпоративних об'єднань підприємств, що складається із двох загальних законів – Цивільного та Господарського кодексу України та спеціальних актів господарського законодавства, задовільняє структурі корпоративного законодавства розвинених капіталістичних країн-учасників більшості світових та європейських організацій, узгодження вимагає лише зміст.

3. У розвинених країнах, незважаючи на наявність чи відсутність відповідних законодавчих норм, здійснюється пряма чи завуальована підтримка власних великих компаній, що має отримати поширення і в Україні, для чого розвиток корпоративного господарського законодавства, зміст НПА має бути спрямований на:

підтримку стратегічно важливих галузей виробництва шляхом надання пільг суб'єктам господарювання, які господарюють у них; розробку державних, галузевих та регіональних програм соціально-економічного розвитку, стимулювання їх виконання і контроль за цільовим використанням наданих пільг та державних позик;

стимулювання об'єднаних процесів між вітчизняними суб'єктами господарювання різних секторів та сфер виробництва (у першу чергу – банків, промислових підприємств та наукових установ) з метою утворення впливових вітчизняних ПФГ, ТНК, холдингів, консорціумів тощо як ефективних конкурентів закордонним ТНК і захисників вітчизняних інтересів на світових ринках.

Розвиток вітчизняного законодавства, яким регламентується діяльність великих об'єднань підприємств, у визначеному напрямі повинен сприяти більш активному створенню та діяльності ПФГ, холдингових і концернових промислово-фінансово-науково-торгових об'єднань підприємств, успішному їх виходу на міжнародні ринки і протистоянню негативному впливу входу України до міжнародних організацій. Проте для втілення цього у господарську практику найближчі дослідження мають бути спрямовані на вивчення і розробку конкретних змін до загального та спеціального законодавства.

Література

1. Винник О. Правовое положение хозяйственных организаций: пути усовершенствования законодательства // Предпринимательство, хозяйство и право.— 1997.— № 1.— С. 7—11.
2. Винник О. Характерні риси господарських організацій // Предпринимательство, хозяйство и право.— 1998.— № 6.— С. 9—11.
3. Грудницька С. Напрями розвитку законодавства про господарські об'єднання // Право України.— 1998.— № 5.— С. 60—63.
4. Грудницька С. Щодо питання про напрями розвитку законодавства про об'єднання // Право України.— 1998.— № 11.— С. 40—42.
5. Кибенко Е. Р. Корпоративное право: Учеб. пособие.— Х.: фирма «Эспада», 1999.— 480 с.
6. Косач Н. Е. Правовое регулирование классификации объединений предприятий // Вісник Донецького університету.— Сер. В: Економічні науки.— Вип. 1.— 1999.— С. 179—183.
7. Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада.— М.: Дело, 1992.— 144 с.
8. Uniform Limited Partnership Act of 1916; Revised Uniform Limited Partnership Act of 1976 with 1986 amendments (from: Reuschlein G. H. and Gregory W. A. The Law of Agency and Partnership, 1990).

9. Model Business Corporation Act Revised Through 1994 (official text). Prentice Hall Law & Business, 1994.

10. Macey J. R. Corporate Law and Corporate Governance, A Contractual Prospective // The Journal of Corporate Law.— 1993.— Vol. 18.— № 2.

11. A Reference Guide to Banking and Finance. Second, Revised Edition. Congressional Research Service, Library of Congress. GPO.— 1983.

12. Кузьмин Р. И. Антимонопольное регулирование в хозяйственном праве Японии: Дисс. ... канд. юрид. наук / НАН Украины. Ин-т экон.-правовых исслед.— Донецк, 1997.— 181 с.

13. Мировая экономика: Учеб. пособие для вузов / Под ред. проф. И. П. Николаевой.— 2-е изд., перераб. и доп.— М.: ЮНИТИ — ДАНА, 2000.— 575 с.

14. Основы немецкого торгового и хозяйственного права = Grundzüge des deutschen Handels- und Wirtschaftsrechts.— М.: БЕК, 1995.— 288 с.

15. Жуков В. Гражданский и Хозяйственный кодексы: проблемы начнутся с 1 января 2004 года // Юридическая практика.— 2003.— 20 мая (№ 20).— С. 10—11.

16. Спасибо-Фатеева И. ХК — теракт «хозяйственников»? // Юридическая практика.— 2004.— 24 февраля (№ 8).— С. 22.

17. Мамутов В. К., Чувпило О. О. Господарче право зарубіжних країн: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів.— К.: Ділова Україна, 1996.— 352 с.

18. Кирин А. В. Правовые основы отношений государства и инвесторов.— М.: ИНФРА-М, 1998.— 288 с.

19. Шишкин А. Ф. Экономическая теория: Учеб. пособие для вузов.— 2-е изд.: В 2 кн. Кн. 1.— М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 1996.— 656 с.

20. Гончаров В. В. Новые прогрессивные формы организации в промышленности.— М.: МНИИПУ, 1998.— 176 с.

21. Торкановский Е. Финансово-промышленные группы: перспективы и проблемы // Хозяйство и право.— 1996.— № 5.— С. 28—38.

Подано до редакції 13.02.2006 р.

Р. А. Джабраїлов
канд. юрид. наук,
науковий співробітник Інституту
економіко-правових досліджень
НАН України

ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Розглянуто проблеми імплементації норм міжнародних договорів СРСП у порядку їх правонаступництва у діюче законодавство України, а також колізійні питання застосування законодавства України про міжнародні договори. Запропоновано пропозиції щодо вдосконалення та усунення протиріч у чинному законодавстві України з питань імплементації міжнародних договорів.

Світове співтовариство увійшло в нове тисячоліття характерною ознакою якого є бурхливий розвиток інтеграційних процесів. Все більш важливу роль у вирішенні різноманітних проблем у політичній, економічній та культурній сферах міжнародного співробітництва покликані відігравати міжнародні договори.

Міжнародний договір є одним з найпоширеніших інструментів регулювання відносин між суб'єктами господарювання за умови належної ратифікації цього договору відповідною державою. При цьому міжнародне співтовариство не має у своїй структурі якогось представницького органу, центрального органу виконавчої влади або судового органу, які б мали право забезпечувати дотримання його суб'єктами положень міжнародних конвенційних документів. Тому імплементація міжнародно-правових норм повинна здійснюватися виключно через компетентні органи певної держави. З погляду на те, що у світі за останні десятиліття створено багато суверенних країн, відкритим залишається питання порядку трансформації міжнародних договорів, укладених цими країнами, зокрема Україною, до набуття незалежності. Це питання має як теоретичне, так і суто практичне значення, зокрема, для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які, здійснюючи господарську діяль-

© Р.А. Джабраїлов, 2006

ність, керуються безліччю міжнародних договорів, чинність яких для України до кінця не визначена. Вказане підкреслює актуальність та своєчасність здійснюваного дослідження.

Дослідженню питань статусу міжнародних договорів у національному законодавстві, перетворенню їх в норми національного права присвячені праці В. Н. Денисова, В. Ф. Опришка, Г. В. Галушенка тощо. Усі автори підкреслюють важливу роль норм міжнародних договорів у регулюванні відносин як на міждержавному, так і національному рівнях, необхідність гармонізації законодавства України з міжнародним правом, з чим, безумовно, можна погодитися.

Метою дослідження є визначення особливостей правонаступництва України щодо міжнародних договорів СРСР, їх імплементації у національне законодавство України та подолання суперечностей у законодавстві з міжнародних договорів.

Для досягнення поставленої мети були вирішені наступні завдання: проаналізовано чинне законодавство України стосовно укладення та дії міжнародних договорів;

проаналізовані міжнародно-правові акти, які присвячені питанням правонаступництва щодо міжнародних договорів;

надано пропозиції щодо вдосконалення та усунення протиріч у діючому законодавстві України з питань імплементації міжнародних договорів.

З моменту набуття Україною незалежності 24 серпня 1991 р. виникла необхідність вирішення долі міжнародних договорів, підписаних за часів існування СРСР. У зв'язку з цим Верховна Рада УРСР прийняла Закон України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р., де у ст. 6 було закріплено, що Україна підтверджує свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України. Одночасно у ст. 7 цього закону проголошено, що Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки [1].

Чинна Конституція України на відміну від Конституції 1978 р. [2] містить ст. 9, частина перша якої зазначає, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» [3].

Що треба розуміти під словосполученням «згода на обов'язковість»? Відповідь на це запитання можна отримати проаналізувавши Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. [4].

Згідно ч. 1 ст. 8 цього закону згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору. Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони (ч. 2 ст. 8). Ратифікація міжнародних договорів України відповідно до ч. 1 ст. 9 здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору. Законом України «Про міжнародні договори України» затверджений перелік міжнародних договорів України, які підлягають ратифікації, серед них, зокрема: а) політичні (про дружбу, взаємну допомогу і співробітництво, нейтралітет), територіальні і такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України, мирні; б) що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина; в) загальноекономічні (про економічне та науково-технічне співробітництво), з загальних фінансових питань, з питань надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав і міжнародних фінансових організацій позик, непередбачених Державним бюджетом України; г) про участь України у міждержавних союзах та інших міждержавних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки; д) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуску підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови тимчасового перебування в Україні іноземних військових формувань; ж) що стосуються питань передачі історичних та культурних цінностей Українського народу, а також об'єктів права державної власності України, виконання яких зумовлює зміну законів України або прийняття нових законів України.

Виходячи з детального аналізу Закону України «Про міжнародні договори України» можна дійти висновку, що згода Верховної Ради України на обов'язковість міжнародних договорів у контексті ч. 1 ст. 9 Конституції України може надаватися виключно у формі закону про ратифікацію. Вказаний Закон України не

містить жодних положень стосовно надання Верховною Радою згоди у формі, відмінній від ратифікації.

З приводу того, як треба розуміти ч. 1 ст. 9 Конституції України висловлювалась велика кількість видатних науковців України. Зокрема, В. Н. Денисов, один із співавторів видання «Коментар до Конституції України»¹ дотримується думки, що «...договір, який відповідним чином підписаний і ратифікований, стає нормою національного права...» [5, с. 33].

Слід зауважити, що надзвичайно важливе положення міститься у п. 1 «Перехідних положень» Конституції України, згідно з яким закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України. Це означає, що «...усі діючі в Україні закони і нормативні акти були підпорядковані принципу конституційності – тобто діяли тільки ті норми законів та інших нормативних актів, які не суперечать Конституції України» [6, с. 352].

Таким чином, ст. 6 та 7 Закону України «Про правонаступництво України» не відповідають положенням ч. 1 ст. 9 Конституції України в частині порядку імплементації норм міжнародних договорів у законодавство України. А самі міжнародні договори не мають для України юридичної сили як такі, що ратифіковані шляхом, не передбаченим діючим законодавством України. З цього приводу можна погодитися з думкою Г. В. Галушенко про те, що міжнародні угоди оформлені в порядку правонаступництва *не відносяться* до категорії договорів, на які надана згода Верховної Ради України щодо їх обов'язковості [7, с. 10].

З метою вирішення цієї проблеми Г. В. Галушенко пропонує внести зміни до Закону України «Про правонаступництво України» та вказати, що договори, правонаступництво щодо яких оформлено в установленому порядку, є частиною національного законодавства України. Так норма, на його думку, може розглядатись «...в якості особливої форми виразу «згоди» Верховної Ради України, в контексті ст. 9 Конституції України...» [7, с. 10]. Але навіть таке формулювання не вирішить вказаної проблеми, тому що такі зміни до Закону України «Про правонаступництво України» будуть скоріше

¹ Коментар до Конституції України / Авт.: В.Б. Авер'янов, В.Ф. Бойко, В.І. Борденюк ... В.Н. Денисов та ін. / Ін-т законодавства ВР України. – К., 1996. – 376 с.

визнані Конституційним судом України як неконституційні, що суперечать положенням ч. 1 ст. 9 Конституції України.

Для виходу з цієї тупикової ситуації існують, як здається, два можливих способи: або внести зміни до ст. 9 Конституції України щодо форми надання згоди Верховною Радою України на обов'язковість міжнародних договорів, або прийняти відповідні Закони України про ратифікацію міжнародних договорів, укладених за часів існування СРСР.

Другий спосіб здається більш реальнішим та таким, що цілком відповідає Конституції України. До того ж правовій практиці відомі випадки, коли саме Законом України було визнано правонаступництво України з міжнародних договорів СРСР та надано згоду на їх обов'язковість для України. Зокрема, це Закони України «Про участь України у Митній конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП 1975 року) «від 15 липня 1994 р. № 117/94-ВР [8] та «Про участь України в Конвенції про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення, головним чином як середовище існування водоплавних птахів» від 29 жовтня 1996 р. № 437/96-ВР [9].

Можна було б взяти за основу тексти цих законів та створити наступну уніфіковану формулу закону про приєднання або участь України у міжнародних договорах СРСР:

«Про участь України в _____
назва міжнародного договору

Верховна Рада України п о с т а н о в л я є :

1. Визнати Україну правонаступницею Союзу РСР щодо участі в _____, та вважати обов'язковим цей міжнародний договір для України.

2. Міністерству закордонних справ України повідомити _____
назва депозитарію
про участь України в зазначеному міжнародному договорі.

Президент України

підпис

м. Київ, дата і номер».

Це відповідатиме як національному законодавству України, так і міжнародно-правовим актам, зокрема, Віденській конвенції про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 р. Так, ст. 22 цієї Конвенції передбачає необхідність повідомлення новою незалежною державою депозитарію або договірних держав, якщо немає депозитарію, у письмовій формі [10].

Викликають зауваження деякі законодавчі акти, які прийнято після затвердження Конституції України 1996 р. Це, зокрема, стосується вже згаданого Закону України «Про міжнародні договори України».

Як уже було зазначено у ст. 8 цього закону перелічуються форми надання Україною згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору. При цьому підкреслюється, що згода може надаватися і іншим шляхом, про який домовилися сторони.

Виходячи з цієї норми, можна зробити висновок, що ратифікацію можна домовленістю сторін, так би мовити, «обійти» і дійти згоди шляхом обміну повідомленнями про обов'язковість для сторін міжнародного договору. Це, безсумнівно, суперечить Конституції України та положенням самого Закону України «Про міжнародні договори України».

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України та ч. 1 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» лише чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

Зазначений закон встановлює можливість затвердження міжнародних договорів, які не потребують ратифікації, Президентом України та урядом України відповідно у формі указу та постанови. Виходячи з вищенаведеного, цілком логічним є запитання: чи є такі міжнародні угоди частиною національного законодавства і чи повинні ними керуватися органи державної влади, місцевого самоврядування, судові органи, суб'єкти господарювання? Відповідь має бути негативною, але остаточну крапку у цьому питанні повинен поставити Конституційний суд України, до повноважень якого відноситься, зокрема, офіційне тлумачення Конституції та законів України [11].

На жаль, на сьогоднішній день не вирішеними є питання оприлюднення міжнародних договорів України, як це передбачено ст. 21

Закону України «Про міжнародні договори України». Згідно з ч. 1 ст. 21 цього Закону чинні міжнародні договори України публікуються українською мовою в «Зібранні діючих міжнародних договорів України» та інших офіційних друкованих виданнях України.

Більшість міжнародних договорів України не оприлюднені у вищенаведеному порядку, у зв'язку з чим виникає запитання щодо наслідків порушення вказаної вище вимоги. Згідно з положеннями Конституції України та Закону України «Про міжнародні договори України» на них повинен поширюватися той самий порядок набуття чинності, як і на закони та інші нормативно-правові акти України. Даний порядок закріплений у ст. 57 Основного Закону України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права й обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Тому вказана проблема потребує негайного вирішення.

Підсумовуючи усе вищенаведене, слід зазначити, що необхідно:

у встановленій Конституцією України формі та порядку надати згоду на обов'язковість для України міжнародних договорів з метою їх належної імплементації у законодавство України;

у контексті піднятої проблеми розробити рекомендації для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності щодо порядку та наслідків використання міжнародних договорів не ратифікованих відповідно до вимог ч. 1 ст. 9 Конституції України;

виключити ст. 6 та 7 Закону України «Про правонаступництво України», які не відповідають положенням ч. 1 ст. 9 Конституції України в частині порядку імплементації норм міжнародних договорів у законодавство України;

внести зміни до Закону України «Про міжнародні договори України» шляхом виключення ч. 2 ст. 8 як такої, що суперечить Конституції України;

визначити співвідношення міжнародних договорів, затверджених Президентом України та урядом України, з національною правовою системою, рівень їх обов'язковості для органів державної влади України та господарюючих суб'єктів;

забезпечити дотримання порядку оприлюднення чинних міжнародних договорів України згідно з діючим законодавством.

Література

1. Про правонаступництво: Закон України від 12 вересня 1991 р. № 1543-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР.— 1991.— № 46.— Ст. 617.
2. Конституція України: Прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. // Відомості Верховної Ради УРСР.— 1978.— № 18.— Ст. 268.
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96—ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 30.— Ст. 141.
4. Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // Відомості Верховної Ради України.— 2004.— № 50.— Ст. 540.
5. Денисов В. Н. Статус міжнародних договорів в Конституції України // Вісник Академії правових наук.— 1997.— № 1 (8).— С. 29—36.
6. Коментар до Конституції України / Авт.: В. Б. Авер'янов, В. Ф. Бойко, В. І. Борденюк ... В. Н. Денисов та ін. / Ін-т законодавства ВР України.— К., 1996.— 376 с.
7. Глущенко Г. В. Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка.— Київ, 2001.— 20 с.
8. Про участь України у Митній конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП 1975 р.): Закон України від 15 липня 1994 р. № 117/94-ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1994.— № 33.— Ст. 307.
9. Про участь України в Конвенції про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення, головним чином як середовище існування водоплавних птахів: Закон України від 29 жовтня 1996 р. № 437/96-ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 50.— Ст. 279.
10. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів 23.08.1978 р. // rada.dov.ua
11. Про Конституційний суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 49.— Ст. 272.

Подано до редакції 17.02.2006 р.

Р. В. Овчаренко

*младший научный сотрудник
Института экономико-правовых
исследований НАН Украины*

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ БЕЗОПАСНОСТИ ПРОДУКЦИИ В УСЛОВИЯХ РЕФОРМЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ СИСТЕМЫ ТЕХНИЧЕСКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Рассмотрены отдельные проблемы установления в технических регламентах обязательных требований к продукции. На основе международной и европейской практики проанализированы общие тенденции и перспективы построения национальной системы технических регламентов. Сформулированы ряд предложений по усовершенствованию правового регулирования отношений, складывающихся в процессе установления обязательных для соблюдения всеми участниками хозяйственной деятельности требований к продукции относительно ее безопасности.

Глобализация открывает огромные возможности в расширении обмена товарами, услугами, информацией, технологиями и капиталом. В то же время глобализация несет в себе и существенные угрозы, предопределяя разграничение стран на «цивилизационный центр» и «периферийную зону», углубляя их дифференциацию в социально-экономическом развитии. В последнее время одной из наиболее актуальных тем, активно обсуждаемых на страницах юридических и экономических изданий, является ожидаемые преимущества и возможные негативные последствия от интеграции Украины в ЕС и вступления в ВТО. Преимущества от региональной и международной интеграции очевидны, однако как показывает практика, выигрывают лишь те государства, которые очень тщательно готовятся к членству в указанных организациях. Вступление в ВТО позволит Украине компенсировать негативные последствия от расширения ЕС на восток. С обретением членства в ВТО Украина на равноправной основе, как и любой другой член этой организации, сможет использовать положения соглашений и правил ГАТТ/ВТО в целях защиты своих национальных экономических интересов, уп-

© Р.В. Овчаренко, 2006

рощения доступа продукции отечественного производства на международный рынок, разрешения торговых споров.

Свободная конкуренция в рамках ВТО фактически означает, что из двух одинаковых товаров конкурентоспособным является более дешевый, а при одинаковой цене – более качественный. В условиях интеграции в мировую хозяйственную систему ключевая роль в обеспечении и стимулировании повышения качества продукции отечественного производства, а так же в защите внутреннего рынка от проникновения низкокачественной и/или небезопасной продукции отводится национальному законодательству в сфере технического регулирования.

Основной предпосылкой успешного преодоления сложностей в процессе приведения данной сферы национального законодательства в соответствие с нормами и правилами ВТО является то, что данная деятельность практически полностью совпадает с адаптацией законодательства к директивам ЕС. Речь идет, прежде всего, о разработке технических регламентов и гармонизации национальных стандартов, призванных способствовать снижению нетарифных барьеров в международном обмене товарами и услугами, повышению качества и конкурентоспособности отечественной продукции и обеспечению безопасности жизни, здоровья, имущества граждан Украины, созданию безопасных условий труда и охране окружающей природной среды.

Реформа технического регулирования является одной из наиболее значимых реформ текущего десятилетия. Принятые 17 мая 2001 г. законы «О стандартизации» [1], «О подтверждении соответствия» [2] и «Аккредитации органов по оценке соответствия» [3] призваны кардинально изменить всю систему отношений между государством, производителями и потребителями в сфере обеспечения безопасности продукции и процессов производства. Одним из основных направлений активизации усилий всех участников треугольника «государство – субъекты хозяйствования – потребители» является разработка устанавливаемых техническими регламентами обязательных для соблюдения всеми участниками хозяйственной деятельности требований к продукции относительно ее безопасности.

К сожалению, в отечественной правовой науке не уделяется достаточного внимания проблематике разработки и применения технических регламентов. Обозначенные вопросы еще не стали предметом серьезных научных исследований украинских правоведов. В то

же время в Российской Федерации ведутся достаточно объемные исследования правовых аспектов реформы технического регулирования. Среди российских ученых следует выделить работы следующих авторов: И. З. Аронова [4, 5, 6], А. И. Иойрыша, В. Г. Терентьева, А. Б. Чопорняк [7], В. Яровского [8], Е. Сорокина [9] и С. Пугачева [10].

Принципиально новым положением реформы национальной системы технического регулирования является внедрение в отечественную практику принятого в ЕС подхода к обеспечению безопасности продукции, основывающегося на рациональном сочетании государственного регулирования и свободного предпринимательства. Государство на основе новой категории нормативно-правовых актов — *технических регламентов* — устанавливает приемлемые для всех участников рынка требования к продукции по безопасности и правила подтверждения соответствия этим требованиям. Регулирование же процессов повышения потребительских свойств (составляющих) качества продукции будет отнесено к рыночной, добровольной сфере, в которой действуют такие категории нормативных документов, как национальные стандарты, применяемые по общему правилу на добровольной основе. Связь между техническими регламентами и национальными стандартами может быть пояснена следующим образом. Технические регламенты должны содержать обязательные для применения и исполнения требования к продукции, обеспечивающие ее безопасность. Национальные же стандарты, разработанные на основе консенсуса, устанавливают предназначенные для общего и многоразового использования правила, инструкции или характеристики, которые касаются деятельности или ее результатов, включая продукцию, процессы или услуги, соблюдения которых является необязательным (ст. 1 закона «О стандартизации»). В результате приведенного подхода на предпринимателей ложится ответственность за соблюдение технических регламентов и обязанность доказывания того, что эти требования фактически выполняются путем прохождения процедур подтверждения соответствия.

Законодательство Украины до недавнего времени содержало лишь правовую основу для разработки, принятия и введения в действие технических регламентов в Украине. В процессе практического применения положений законов «О стандартизации»

и «О подтверждении соответствия» выявилось, что в правовом поле технического регулирования имеется целый ряд пробелов, преодоление которых требует внесения соответствующих изменений и дополнений в действующее законодательство. С целью обеспечения введения в обращение и размещения на рынке продукции, которая отвечает требованиям безопасности, Верховной Радой Украины 1 декабря 2005 г. был принят Закон Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» [11]. Детальный анализ вышеуказанного закона показывает, что на фоне установленных процедур разработки, применения национальных стандартов, технических регламентов и процедур оценки соответствия он восполняет далеко не все ранее не урегулированные законодательством пробелы. Прежде всего среди основных неразрешенных проблем следует выделить неопределенность законодателя в выборе подходов к форме установления обязательных технических требований, классификации технических регламентов, их структуре и т. д.

Целью данной статьи является совершенствование определения технического регламента, исследование подходов к форме установления в технических регламентах обязательных требований к продукции по безопасности, выявление взаимосвязи технических регламентов и национальных стандартов, раскрытие практического значения классификации технических регламентов, обоснование недопустимости практики законотворчества, в результате которой фрагменты обязательных требований к продукции устанавливаются вне целостного и системного регулирования, а также нецелесообразности принятия национальных технических регламентов на уровне законов Украины.

Привести единую легальную дефиницию технического регламента до принятия закона «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» не представлялось возможным в связи с тем, что в основных положениях законов «О стандартизации» и «О подтверждении соответствия» содержались несогласованные определения технического регламента, в основу которых была заложена специфика регулируемых ими отношений. Попытка объединить утратившие силу определения в единое делала его довольно громоздким и не позволяла исключить ряд существенных недостат-

ков. Новая редакция определения технического регламента¹ также не позволяет однозначно сформировать четкое представление о предназначении и месте технических регламентов в системе национального законодательства в целом и национальной системе технического регулирования в частности. Объяснить появление довольно пространного определения технического регламента в Законах «О стандартизации» и «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» можно лишь желанием законодателя как можно максимально приблизить национальное законодательство к действующему в рамках ВТО «Соглашению о технических барьерах в торговле» [12]. Подобный подход в условиях сложившейся национальной правовой системы и практики изложения в международных соглашениях определений в общем виде (с той целью, чтобы они могли быть детализированы в национальных законодательных актах с учетом сложившихся традиций и правил изложения правовых норм) вряд ли можно назвать приемлемым.

Вопрос об определении технического регламента в национальном законодательстве возможно и не имел бы столь важного теоретического и практического значения, если бы в законодательстве нашли отражение требования к содержанию и структуре технических регламентов, была приведена их классификация². Если до принятия 1 декабря 2005 г. Закона Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» и существовала хоть какая-то ясность о задачах и функциях, возлагаемых

¹ технический регламент — закон Украины или нормативно-правовой акт, принятый Кабинетом Министров Украины, в котором определены характеристики продукции или связанные с ней процессы или способы производства, а также требования к услугам, включая соответствующие положения, соблюдение которых является обязательным. Он может также содержать требования к терминологии, отметкам, упаковке, маркировке или этикетировке, которые применяются к определенной продукции, процессу или способу производства (ст. 1 Закона Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия»).

² Например, в законах России «О техническом регулировании», Республики Беларусь «О техническом нормировании и стандартизации» и Казахстана «О техническом регулировании» рассматриваемые вопросы нашли более полную регламентацию.

на технические регламенты в системе технического регулирования, модель которой избрала Украина, то и она была частично утрачена в связи с отменой вышеуказанным законом ст. 12, 13 Закона Украины «О стандартизации». Более того, новый закон, не привнеся ничего нового взамен отмененных ключевых статей, создал дополнительные проблемы в размежевании предметов регулирования технических регламентов и национальных стандартов. Формулировка³ ч. 5 ст. 5 Закона Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» фактически поставила между ними знак равенства, что полностью противоречит п. 2.8 Соглашения о технических барьерах в торговле, в котором речь идет исключительно о технических регламентах.

В соответствии со ст. 13 Закона Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» целью разработки и применения технических регламентов является защита жизни и здоровья человека, животных, растений, национальной безопасности, охраны окружающей среды и природных ресурсов, предотвращение недобросовестной конкуренции. Базовым принципом новой системы технического регулирования является ограничение обязательных требований исключительно параметрами, обеспечивающими безопасность (но не потребительские достоинства и т. п.). В руководстве ИСО/МЭК 51:1999 безопасность определяется как состояние, при котором отсутствует недопустимый риск причинения вреда [13]. В национальном законодательстве так же существуют нормы, предостерегающие от чрезмерно расширительного толкования понятия безопасности в отношении технического регулирования. Так, в ст. 1 новой редакции Закона Украины «О защите прав потребителей» [14] понятие безопасности продукции ограничивается отсутствием какого либо риска причинения вреда при обычных условиях использования продукции. Поскольку технические риски всегда присутствуют в той или иной степени, техническим регламентом определяются требования к безопасности с учетом такого уровня риска, который

³ «Стандарты и технические регламенты должны быть точными, четкими и структурно унифицированными, а требования, по возможности, должны касаться характеристик продукции, а не требований к ее конструкции или описанию».

признается государством допустимым (изготовить абсолютно безопасную продукцию или разработать абсолютно безопасный процесс производства или невозможно, или под силу немногим субъектам хозяйствования). При этом риск причинения вреда как таковой рассматривается как вероятностное событие. Именно поэтому техническое регулирование направлено на обеспечение безопасности в контексте снижения недопустимого риска.

Когда речь идет о безопасности, принято выделять два элемента отношений в процессе применения продукции: объект (продукция), обладающий определенными свойствами, и субъект (индивидуум, окружающая среда, имущество), на который воздействует объект. Говорить о безопасности объекта вне связи с субъектом нельзя, поскольку ущерб (вред) наносится субъекту только при потреблении, применении, эксплуатации объекта. Поскольку объективно риск причинения вреда зависит не только от характера и качества продукции и процессов, но также и от поведения человека, требования по безопасности не могут быть абсолютными, а должны обеспечивать минимально допустимую степень риска. Как следует из приведенных рассуждений, риск причинения вреда является некоторой функцией от характеристик безопасности, но при этом сам риск нельзя рассматривать как просто характеристику объекта, такую же как, например, мощность, масса и т. п. Как объекты технического регулирования продукцию в зависимости от присущих им рисков можно разделить на две категории.

К первой категории относится продукция, для которой можно идентифицировать риски и устранить их до приемлемого уровня на этапе разработки. При производстве их интенсивность может быть только увеличена, однако новые источники опасности, а следовательно и новые риски причинения вреда возникнуть не могут. В нее входят машиностроительная и электротехническая продукция, сосуды и оборудование, работающие под давлением, газоиспользующее оборудование, медицинская техника, средства индивидуальной защиты, игрушки и т. д.

Ко второй категории относится продукция, источники опасности которой могут возникать в равной степени как на стадии разработки, так и на стадии производства. При этом на этапе производства могут возникать новые риски, которые зависят и от условий производства

продукции. Она включает перерабатываемое сырье, материалы, готовую продукцию пищевой и сельскохозяйственной, парфюмерно-косметической, химической, фармацевтической промышленности и т. д.

В отличие от директив ЕС 85/ЕС 136/01 [15], 90/683/EWG [16] и 93/645/ЕЭС [17], закрепляющих принципы «нового» и «глобального» подходов [18, с. 33] и устанавливающих на какие из рассмотренных выше видов продукции должны распространяться директивы «нового подхода» и национальные технические регламенты, ст. 2 Закона Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» устанавливает сферы, на которые его действие не распространяется. Подобный подход оставляет без ответа вопрос о формах задания обязательных требований к продукции, охватываемых соответствующими техническими регламентами. Поводом к обсуждению различных подходов служат рамочные нормы закона, не позволяющие сформировать четкое представление о практических механизмах технического регулирования. В настоящее время вопрос задания обязательных требований к продукции остро не ставится. Отсутствие активного обсуждения связано прежде с тем, что в Украине пока не ведется разработка технических регламентов, обязательные требования которых устанавливаются к группам и видам продукции исключительно на уровне национального законодательства, т. е. не подлежащих гармонизации с принятыми на основе «нового» и «глобального» подходов директивами ЕС.

В европейской практике технической гармонизации сложились два основных подхода к форме закрепления требований к продукции в национальных технических регламентах: в виде конкретных численных значений или в виде существенных (минимально необходимых), качественно определяющих необходимый уровень безопасности. Иными словами, вопрос задания требований в технических регламентах можно поставить таким образом: целесообразно задавать показатели, от которых зависит безопасность или следует ли в них устанавливать риск причинения вреда в зависимости от различных источников опасности.

Как средство обеспечения безопасности продукции тот или иной подход к заданию обязательных требований в технических регламентах невозможно рассматривать вне взаимосвязи с социально-экономическими и политическими условиями. В Украине существенное

влияние на решение рассматриваемого вопроса оказывают такие факторы, как избранные приоритеты и принятые обязательства в интеграционной политике Украины, темпы обновления производственных фондов, внедрения на предприятиях международных стандартов, определяющих применение систем менеджмента качества серии ISO 9000:2000, и работ по гармонизации национальных стандартов с международными и европейскими. Кроме того, не менее важное влияние оказывают затянувшееся в рамках реформы технического регулирования преобразование государственной системы контроля и надзора за рынком [19] и внедрение абсолютно новых для украинского законодательства европейских принципов ответственности за продукт (product liability) [20, с. 610–611]. Необходимо подчеркнуть, что изложенные способы задания обязательных требований нельзя оценивать категориями «плохой» или «хороший», выбор должен основываться на реальном положении украинской экономики и обеспечивать необходимую защиту отечественных производителей и внутреннего рынка при сохранении адекватной конкурентной среды.

Способ задания требований к продукции в виде конкретных численных значений не представляет особых методологических трудностей и не является новым для украинской практики нормирования. Способ разработки характеристик по безопасности такого регламента достаточно прост: из соответствующего нормативного документа, устанавливающего требования к продукции, например национального стандарта или санитарных правил и норм, необходимо выписать указанные характеристики и требования к продукции, критически их проанализировать, исключив те показатели, которые заведомо характеризуют остальные качественные свойства продукции. Конкретные обязательные требования в технических регламентах можно, в свою очередь, изложить несколькими способами. Для продукции, безопасность которой устраняется на этапе разработки, и новые риски причинения вреда не появляются на последующих стадиях, разрабатываются технические регламенты, содержащие эксплуатационные требования безопасности, а для продукции, у которой новые риски появляются на последующих стадиях ее жизненного цикла, разрабатываются предписывающие технические регламенты. В технических регламентах, содержащих эксплуатационные требования безопасности, устанавливаются конкретные требования в виде

эксплуатационных (потребительских) свойств продукции. В предписывающих технических регламентах излагаются конкретные требования к составу продукции (тип, вид сырья, материалов, разрешенных (запрещенных) к применению при производстве продукции), при этом способы и методы достижения результатов, например конструкция, не нормируются. Такие технические регламенты должны непосредственно или путем ссылки на государственный стандарт содержать методы контроля (испытаний) нормируемых показателей, а также схемы подтверждения соответствия.

Приведенный подход к способу задания обязательных требований в технических регламентах представляет собой модернизированный аналог директив ЕС «старого» подхода. Установление требований к продукции в технических регламентах по безопасности в виде конкретных характеристик фактически означает, что это показатели с некоторыми минимальными значениями для данной группы продукции. На практике это может означать, что, во-первых, технический регламент должен содержать полный перечень требований, базирующихся на описании всех возможных показателей, характеризующих безопасность и всех возможных связей между ними. С точки зрения риска причинения вреда существуют разные наборы показателей и соответственно их численные значения, обуславливающие этот риск. Таким образом, вероятный пропуск какой-либо характеристики в техническом регламенте будет расцениваться как пробел правового регулирования, влекущий за собой вероятность введения в обращение на рынке небезопасной продукции. Во-вторых, может оказаться, что в силу необходимости задания конкретных значений показателей, характеризующих безопасность для широкой номенклатуры продукции, технический регламент будет значительно перегруженным деталями. В результате могут появляться «регламенты-гиганты» на 100–300 страниц с приложениями в виде схем, графиков таблиц и т. д.

Реформа технического регулирования закладывает основы для использования технических регламентов в качестве эффективного средства, регулирующего воздействия государства на экономику. Технические нормы только на первый взгляд являются исключительно техническими в узком смысле слова. В экономико-правовом аспекте это мощнейшие инструменты выработки и реализации конкурентной

политики. В ряде случаев использование конкретных характеристик в отношении некоторых видов продукции создаст реальную угрозу установления в неявном (скрытом) виде требований к методам и способам изготовления, т. е. при помощи буквально нескольких цифр можно закрыть отечественный рынок для импорта или, наоборот, приоткрыть его; стимулировать в той или иной сфере производства инновации или нет; вытеснить в какой-либо из отраслей, скажем, малый или средний бизнес и т. д. Кроме того, конкретные значения показателей очень уязвимы перед достижениями науки и техники или изменениями международных требований, обеспечивающих безопасность. В этом случае достаточно частое внесение изменений приведет к нестабильности данного вида нормативно правовых актов.

Опыт европейской и международной стандартизации показывает, что задание конкретных требований в технических регламентах может значительно усложнить взаимную гармонизацию и признание результатов оценки соответствия. Для экспортируемой продукции система показателей, характеризующих безопасность, может не совпадать с системой показателей, установленных техническими регламентами в Украине. В результате по формальному признаку такая продукция может быть признана несоответствующей требованиям технического регламента. Вследствие чего – возникновение новых нетарифных барьеров, процесс преодоления которых проходит достаточно сложно.

Технические регламенты, основывающиеся на принципах директив ЕС «нового» и «глобального» подходов, задают существенные (минимально необходимые) требования к продукции, тем самым качественно определяя необходимый уровень безопасности, находящийся в прямой зависимости от достижений науки и техники. В таких регламентах по результатам анализа рисков причинения вреда приводятся опасные факторы, характерные для объектов, на которые распространяется сфера их действия, а требования, выраженные количественно, как правило, отсутствуют. Изложенный способ задания обязательных требований к безопасности означает, что технические регламенты применяются только совместно с взаимосвязанными с ними национальными стандартами. Перечень таких стандартов определяется при разработке и утверждении технического регламента и может дополняться в процессе его действия. Инфор-

мация о взаимосвязанных стандартах должна публиковаться в официальных изданиях. Обязательная или возможные схемы подтверждения соответствия приводятся в техническом регламенте.

Оценивая рассматриваемый способ задания обязательных требований к продукции по безопасности, необходимо отметить, что технические регламенты не рассматриваются изолированно от национальных стандартов, поэтому очень важно раскрыть, как законодатель должен устанавливать связь между техническими регламентами и стандартами. Связь между техническими регламентами и стандартами обеспечивается ссылкой на стандарты в соответствующих регламентах. Руководство ИСО/МЭК 2 1996 определяет ссылку на стандарты в регламентах как ссылку на один или несколько стандартов вместо детального изложения положений в регламенте [9, с. 27]. В международной и европейской практике выработан достаточно четкий механизм ссылок на стандарты в директивах ЕС и национальных технических регламентах. Используются два вида ссылок на стандарты: прямые и косвенные. В связи с тем, что в настоящее время в национальном законодательстве ссылки на стандарты используются лишь в общем виде (т. е. «продукция должна соответствовать требованиям стандартов»), следует более детально остановиться на каждом из них.

Прямая датированная ссылка означает, что в техническом регламенте должен приводиться номер конкретного стандарта и дата, иногда название стандарта. Основной недостаток таких ссылок связан с тем, что каждая корректировка стандарта требует дополнительного анализа технического регламента. Прямая недатированная ссылка означает, что в техническом регламенте приводится только номер стандарта без даты. По сравнению с датированной ссылкой этот способ обладает некоторым преимуществом — можно не анализировать положения регламента при изменении даты стандарта. Однако остальные недостатки датированной ссылки остаются — необходимость внесения изменений в текст технического регламента при изменении номера стандарта или при внесении изменений в требования стандарта, что может затронуть правовые аспекты технического регламента. Например, в ЕС с целью упрощения процедуры внесения изменений в директивы с прямой датированной ссылкой на стандарты действует специальный механизм, позволя-

ющий избежать сложной процедуры внесения изменений в законодательный акт, которым является директива.

Косвенная ссылка означает отсутствие в тексте технического регламента ссылки на стандарт и наличие ее в специальном издании. Законодатель исходит из того, что стандарты по общему правилу являются добровольными для исполнения и применения. Перечень стандартов, гармонизированных с требованиями регламентов, публикуется в официальном журнале национального органа по стандартизации. Публикация номера стандарта в журнале и означает косвенную ссылку. Преимущества косвенных ссылок очевидны: нет необходимости пересматривать технические регламенты каждый раз, когда вносятся соответствующие изменения и дополнения в гармонизированные стандарты, законодатель сохраняет контроль за требованиями к продукции, так как ссылки на стандарты публикуются в официальном издании. Основной недостаток этого подхода связан с уровнем доверия законодателя к органам по стандартизации, ответственным за разработку гармонизированных стандартов. Законодатель доверяет национальной системе стандартизации формирование требований к продукции на основе применения принципа «презумпции соответствия»⁴: если изготовитель выпускает на рынок продукцию, соблюдая требования гармонизированного стандарта (на который имеется ссылка в техническом регламенте), тем самым обеспечивается соответствие продукции обязательным требованиям. Фактически таким способом законодатель определяет для изготовителя одно из возможных технических решений, установленных в стандарте, изготовитель же волен в выбо-

⁴ Несмотря на то, что приведенный принцип прямо не провозглашен в действующем законодательстве, его содержание отражено в ч. 2 ст. 9 Закона Украины «О подтверждении соответствия»: «С введением в действие технических регламентов по подтверждению соответствия специально уполномоченный центральный орган исполнительной власти в сфере оценки соответствия официально публикует перечень национальных стандартов, добровольное применение которых может восприниматься как доказательство соответствия продукции требованиям технических регламентов. Производитель или поставщик также имеют право подтвердить соответствие продукции требованиям технических регламентов другими, чем соответствие стандартам, путями, предусмотренными техническими регламентами».

ре технического решения. Наиболее сложной является ситуация, когда изготовитель не желает использовать гармонизированный стандарт или такого стандарта нет, В этом случае бремя доказательства соответствия требованиям технического регламента лежит на изготовителе, что потребует от него немалых усилий. Изготовитель с помощью третьей стороны должен доказать эквивалентность заявленных требований качественным требованиям технического регламента. При этом эквивалентность означает то, что заявленные требования обеспечивают не меньший уровень безопасности, чем требования гармонизированных стандартов. Если гармонизированных стандартов на эту продукцию нет, то заявленные требования подлежат анализу на соответствие существенным требованиям технического регламента. В первую очередь заявленные требования сопоставляются с аналогичными показателями и их численными значениями, установленными в международных и (или) региональных стандартах на аналогичную продукцию, допущенную к обращению на рынке, и в других документах, содержащих такие же показатели и не вызывающих сомнений в безопасности продукции.

Для ответа на вопрос о целесообразности применения ссылок на стандарты в национальных технических регламентах следует рассмотреть имеющийся международный опыт. В Германии насчитывается более 5600 ссылок на национальные стандарты, в Австрии – более 2400. Национальный институт стандартов США (NIST) идентифицировал более 9 тыс. ссылок на стандарты, включенных в Свод федеральных регламентов. Только под 22 европейские директивы «нового» подхода в Официальном журнале Европейской комиссии опубликован перечень из 2233 гармонизированных европейских стандартов [10, с. 10]. Поскольку технические регламенты по своему статусу – нормативно-правовые акты, то возникает вопрос о возможности использования в технических регламентах ссылок на национальные стандарты. Правомочность ссылок в технических регламентах на стандарты определена ч. 3 ст. 11 Закона «О стандартизации», устанавливающей обязательность их применения лишь в случаях, прямо предусмотренных техническими регламентами.

Закон Украины «О стандартизации» предполагает переходный период, в течение которого требования государственных и других стандартов являются действующими и обязательными до принятия

соответствующих технических регламентов. В свою очередь неправильная трактовка содержания переходных положений закона может вызвать ошибочное понимание принципа добровольности стандартов и мнение о снижении их роли в обеспечении качества и конкурентоспособности продукции, а следовательно – заведомо настроить против использования в технических регламентах способа установления обязательных требований в виде минимально необходимых. Принцип добровольности применения стандартов в международной практике означает отнюдь не ограничение свободы выбора, а именно, наоборот, право выбирать следовать ли стандартам, выполняя обязательные требования технических регламентов, если иное прямо не предусмотрено законодательством. Таким образом, субъекты хозяйствования получают право подтверждать соответствие продукции требованиям технических регламентов другими способами, кроме как соблюдение требований стандартов. При этом, конечно, стандарты не призваны «обслуживать» технические регламенты. Они в первую очередь направлены на обеспечение нужд общества, отражая наиболее отработанные технические решения и научный потенциал страны. Изложенное еще раз выступает подтверждением того, что цель реформы системы технического регулирования ни как не состоит в понижении статуса нормативных документов посредством установления обязательных требований к продукции по безопасности в технических регламентах.

Наиболее концентрировано роль механизма ссылок на стандарты в технических регламентах можно изложить в виде следующих преимуществ:

1. Законодатель освобождается от необходимости анализировать технические вопросы в техническом регламенте. Он может положиться на техническую экспертизу, проводимую разработчиками стандартов. Тем самым обеспечивается рост доверия к национальной системе стандартизации.

2. Учитывая, что в основу механизма разработки и принятия стандарта заложен принцип «консенсуса», можно ожидать более широкого признания технического регламента, ссылающегося на соответствующий стандарт.

3. Стандарты периодически пересматриваются и, таким образом, отражают самые последние требования в сфере своего дей-

ствия (в ЕС стандарты, разрабатываемые CEN, CENELEC и ETSI, пересматриваются каждые пять лет, аналогичное положение имеет место и для ряда международных стандартов, разрабатываемых, например, ИСО или МЭК).

В настоящее время Законы «О стандартизации» и «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия» позволяют реализовывать обе выше рассмотренные концепции способов задания обязательных требований в технических регламентах. К сожалению, проблема выбора приобретает затяжной характер и рискует остаться не разрешенной без внесения соответствующих изменений в законодательство. Приведенный анализ возможных способов задания обязательных требований позволяет утверждать, что в национальных технических регламентах целесообразно устанавливать минимально необходимые (существенные) требования к продукции, обеспечивающие ее безопасность. В качестве дополнительного способа задания требований безопасности в специальных технических регламентах в отдельных случаях, связанных с риском причинения вреда, следует устанавливать конкретные значения показателей. Обозначенный подход не только существенно ускорит реализацию переходных положений Законов Украины «О стандартизации», «О подтверждении соответствия» и «Об аккредитации органов по оценке соответствия», но и косвенно будет содействовать развитию инновационных процессов в стране.

Постоянно ускоряющиеся темпы развития науки и наукоемких технологий вызвали объективную необходимость включить в сферу действия технических регламентов не только продукцию и связанные с ней процессы или способы производства, но и физические явления. Стремительное развитие радиотехники и электротехники, насыщение производства и быта технологиями, основанными на достижениях этих сфер, привели к обострению проблемы электромагнитной совместимости (далее – ЭМС). За последнее десятилетие уровень концентрации электрооборудования возрос на столько, что без решения проблемы стандартизации ЭМС ее безопасная эксплуатация стала практически невозможной. В настоящее время проблема ЭМС довольно хорошо изучена, разработаны международные, европейские и национальные нормативные документы, которые регламентируют требования относительно ЭМС [21, с. 44].

Относительно недавно в ЕС была принята новая Директива Европейского Парламента и Совета № 2004/108/ЕС от 15.12.2004 «О сближении законодательства Государств-членов относительно электромагнитной совместимости и отмене Директивы № 89/336/ЕЭС [22]. Новая Директива, хотя существенно и расширена по сравнению со старой (она состоит из 18 статей и 7 Приложений), но по-прежнему осталась фактически рамочной для государств-членов ЕС. Она не содержит технических норм, которые сосредоточены в гармонизированных стандартах. Ее цель гарантировать функционирование внутреннего рынка, обеспечив предъявление к соответствующему оборудованию адекватного уровня электромагнитной совместимости. Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что сфера действия национальных технических регламентов должна распространяться не только на определенные группы или виды продукции (в том числе на процессы ее производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации), но и на физические явления, являющиеся следствием ее эксплуатации (далее – продукции).

На основе вышеизложенного предлагается следующее определение технического регламента – это нормативный правовой акт, утвержденный Кабинетом Министров Украины, в котором на основе оценки рисков причинения вреда устанавливаются непосредственно и (или) через ссылку на нормативные документы⁵ обязательные минимально необходимые требования к продукции, процессам, явлениям или методам производства. На основе предложенного определения и его обоснования можно четко обозначить сферу регулирования технических регламентов:

техническими регламентами регулируются не любые виды безопасности, а лишь связанные с возможностью непосредственного причинения вреда либо самой продукцией, либо в процессе ее производства;

техническими регламентами регулируются лишь те виды деятельности, к субъектам которых государством не могут быть предъявлены обязательные требования иначе, чем посредством технического законодательства;

⁵ В соответствии со ст. 1 Закона Украины «О стандартизации» термин нормативный документ охватывает такие понятия, как «стандарт», «кодекс установившейся практики» и «технические условия».

техническими регламентами регулируется исключительно сфера безопасности, но не качества продукции вообще.

При определении видов национальных технических регламентов следует обратиться к сложившейся в ЕС практике применения директив «нового» и «глобального» подходов, в соответствии с которой на конкретный вид продукции распространяются требования горизонтальных (общих) и вертикальных (специальных) директив. Общие технические регламенты должны задавать базовые требования для всех объектов стандартизации. В тоже время они не являются рамочными по отношению к специальным техническим регламентам, поскольку так же как и последние содержат минимально необходимые требования, т. е. являются общими в том смысле, что они устанавливают лишь общие, инвариантные требования, не зависящие от специфики того или иного вида продукции. Для тех объектов, в отношении которых требования общих технических регламентов являются достаточными и в установлении дополнительных или уточняющих требований нет необходимости, принятие специальных технических регламентов не требуется.

Специальные технические регламенты принимаются только в отношении конкретных групп и видов продукции или других объектов стандартизации в случаях, если для этих объектов в силу их специфики требуется установить особые или специфические требования, чем те, что установлены общими техническими регламентами. Кроме того, в специальных технических регламентах могут быть установлены дополнительные требования к соответствующим объектам, отсутствующие в общих технических регламентах.

Вопросы, связанные с отнесением той или иной продукции к определенному техническому регламенту или систематизации групп объектов, на которые могут быть разработаны специальные технические регламенты, являются достаточно сложными. В связи с чем среди специальных регламентов следует выделить особую группу межотраслевых специальных технических регламентов, которые распространяются на несколько групп однородных объектов. Можно сказать, что это своего рода общие регламенты второго порядка. Например, регламент, устанавливающий требования к пищевым добавкам или красителям для всех видов пищевой продукции, строго говоря, является специальным техническим регла-

ментом, поскольку его требования не могут быть обязательными для других объектов. Но он имеет признаки общего регламента, так как распространяется не на конкретную продукцию, а на все виды продукции, производимые пищевой отраслью.

В вопросе о масштабе деления общего множества требований между отдельными техническими регламентами и, соответственно, в вопросе о количестве технических регламентов представляется целесообразным исходить из принципа максимально возможного сокращения числа нормативно-правовых актов путем их группировки по определенным критериям. На данном этапе подготовки модельных проектов технических регламентов в ходе формирования системы технического законодательства в основу классификации могут быть положены, например, классификатор отраслей народного хозяйства или классификатор видов хозяйственной деятельности. Вместе с тем ни один из отдельных классификаторов не может быть полностью скопирован в систему технических регламентов, поскольку они содержат целый ряд позиций, не относящихся к техническому регулированию; не учитывают ряда позиций, которые в системе технических регламентов должны быть учтены; группировка их структуры основана на иных критериях, нежели критерии для общности требований технического регулирования, а именно – обеспечение безопасности. Ориентировочная привязка, например, к классификатору хозяйственной деятельности позволит с введением технических регламентов снять ряд проблем, связанных с пересечением товарами границы и осуществлением таможенного контроля. При этом конкретные границы того, что считается «видом деятельности» должны определяться с учетом особенностей именно технического регулирования.

Приведенная классификация технических регламентов в значительной степени предопределяет обязательные элементы структуры технических регламентов любого вида. В унифицированном виде структура технического регламента может быть представлена следующим образом:

1. Общие положения.
2. Обязательные требования к объектам технического регулирования.
3. Презумпция соответствия.
4. Подтверждение соответствия.

5. Уполномоченные органы.
6. Государственный надзор за рынком.
7. Переходные положения.

Предложенная общая модель структуры технических регламентов носит предварительный характер, так как отсутствует практика их применения. Безусловно, по мере реализации реформы технического регулирования модель может дополняться новыми как обязательными, так и факультативными элементами.

Указом Президента Украины [19] установлены довольно сжатые сроки (на протяжении 2006–2010 гг.) для завершения реформы национальной системы технического регулирования. Актуальность приведения национального законодательства в соответствие с международными соглашениями возрастает в связи с переходом в завершающую стадию переговоров о вступлении нашей страны в ВТО. Согласно пункту 2 статьи II Соглашения об учреждении ВТО [23] соглашения и связанные с ними правовые документы, включенные в Приложения 1, 2 и 3, составляют неотъемлемую часть указанного Соглашения и являются обязательными для всех членов ВТО. При этом необходимо отметить, что в соответствии со статьей XVI Соглашения об учреждении ВТО «каждый член должен обеспечить соответствие своих законов, нормативных актов и административных решений своим обязательствам, вытекающим из прилагаемых соглашений».

В рамках ВТО процесс гармонизации технической и законодательной базы в рассматриваемой сфере регулируется Соглашением о технических барьерах в торговле, одним из принципов которого является открытость и прозрачность процесса разработки и принятия национальных технических регламентов. С целью приведения в соответствие с положениями Соглашения о технических барьерах в торговле национальных правил разработки и утверждения технических регламентов был принят Закон Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия». Прозрачность и открытость для всех заинтересованных сторон процесса разработки и принятия технических регламентов обеспечивается согласованностью стадий их подготовки: разработка проектов регламентов, экспертная оценка, публичное обсуждение, официальное рассмотрение и утверждение Кабинетом Министров. Установленный на законодательном уровне порядок разработки и принятия техни-

ческих регламентов позволит: во-первых, в значительной степени снять в процессе формирования обязательных требований возможность лоббирования частных интересов отдельных субъектов хозяйствования и, во-вторых, повысить интерес промышленности к национальным стандартам и соответственно привлечь средства от промышленности к разработке стандартов. Так, по состоянию на ноябрь 2005 г. принято 2859 национальных стандартов, гармонизованных с международными и европейскими [24]. В текущем году гармонизованы 602 национальных стандарта [25]. В тоже время средний уровень гармонизации стандартов в Украине составляет свыше 20 % [26].

В процессе сближения национальной системы технического регулирования и потребительской политики с соответствующей европейской моделью в Украине ведется активная работа по подготовке технических регламентов, базирующихся на европейских директивах «нового» и «глобального» подходов. В настоящее время утверждены и поэтапно вводятся в действие 16 технических регламентов. Если обратиться к соответствующему опыту европейских стран, практика разработки нормативно-правовых актов, подобных национальным техническим регламентам, показывает, что основная роль в подготовке их проектов принадлежит органам исполнительной власти, ответственным за определенные секторы промышленности. Именно таким путем идет Украина. Постановлением Кабинета Министров от 13 марта 2002 г. № 288 [27] установлен перечень центральных органов исполнительной власти, на которые возложены обязанности разработки технических регламентов в определенных сферах деятельности. В то же время законодательная процедура позволяет внести на рассмотрение отдельные замечания или альтернативный технический регламент, подготовленный любой из заинтересованных сторон.

В соответствии с базовыми принципами реформы технического регулирования требования, обеспечивающие безопасность продукции, должны быть представлены в технических регламентах, утверждаемых Кабинетом Министров (в настоящее время эти полномочия делегированы Госпотребстандарту [28]). Вместе с тем в процессе реформы технического регулирования наметилась тенденция устанавливать в отдельных статьях и разделах законов или законопроектах требования, которые по критерию непосредственного обеспечения безопасности продукции должны регулироваться тех-

ническими регламентами. В качестве примеров можно привести ныне действующие или существующие на стадии проектов законы «О молоке и молочной продукции», «О мясе и мясопродуктах», «О государственном регулировании производства и оборота этилового, коньячного и плодового, алкогольных напитков и табачных изделий», «О хлебе и хлебобулочных изделиях», «О рыбе, морепродукции и пищевой продукции из них».

Как было отмечено ранее в статье, технический регламент — это нормативно-правовой акт, в котором изложен перечень требований, предъявляемых государством к той или иной продукции (группе продукции). В связи с чем отдельные обязательные технические требования не могут устанавливаться другими документами. Иными словами, фрагменты технического нормирования не могут устанавливаться вне целостного и системного регулирования требований к продукции. Это принципиально изменяет ситуацию. Единицей такого нормирования, его базовым модулем становится технический регламент, своего рода свод норм и правил (что удобно для предприятий и необходимо для добросовестного, эффективного контроля). Размывание этого принципа будет юридической ошибкой и приведет к сохранению и воспроизводству нынешней ситуации, когда в стране действует более 20 тысяч разного рода документов, содержащих обязательные требования и когда их полный объем в отдельных случаях не знают не только контролируемые, но и сами контролирующие.

Кроме того, техническим регламентом является не любой документ, устанавливающий обязательные требования, а только такой, который принят по специальной процедуре и изложен особым образом. Процедура разработки и принятия технических регламентов урегулирована разделом III закона «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия». В то же время в соответствии с ч. 2 ст. 2 указанного закона его требования не распространяются на процедурные вопросы относительно разработки, принятия, пересмотра, внесения изменений и отмены технических регламентов, которые принимаются законом. Предпосылкой для появления в национальном законодательстве особой группы законов послужила новая редакция определения технического регламента, допускающая его принятие не только нормативно-правовым актом Кабинета Министров Украины, но и законом Украины.

Основным законодательным актом, регулирующим порядок принятия экономически обоснованных нормативно-правовых актов, является Закон Украины «Об основах государственной регуляторной политики в сфере хозяйственной деятельности» [29]. В Законе нашли свое отражение вопросы прозрачности и учета общественного мнения при осуществлении государственной регуляторной политики на всех уровнях управления, закреплено право субъектов хозяйствования подавать в регуляторные органы предложения о необходимости подготовки проектов тех или иных регуляторных актов и принимать участие в подготовке проектов таких актов, а так же предусмотрено обязательное публичное обсуждение проектов регуляторных актов. Статья 1 приведенного закона содержит следующее определение регуляторного акта — это нормативно-правовой акт, направленный на правовое регулирование хозяйственных отношений и административных отношений между регуляторными органами или другими органами государственной власти и субъектами хозяйствования. Приведенная формулировка регуляторного акта позволяет вне всяких сомнений отнести к таковым и законы, которые по своему содержанию будут являться техническими регламентами. Изложенное выше фактически означает, что действующим законодательством установлены два разных порядка подготовки и принятия технических регламентов, применение которых находится в прямой зависимости от статуса нормативно-правового акта, которым устанавливаются обязательные требования к продукции.

Специфика технического регулирования и рассмотренные в статье особенности технических регламентов позволяют говорить о неприемлемости использования при их разработке установленного Законом «Об основах государственной регуляторной политики в сфере хозяйственной деятельности» инструментария правотворческой процедуры. Кроме того, наличие в национальном законодательстве двух порядков разработки и принятия национальных технических регламентов прямо противоречит Соглашению о технических барьерах в торговле.

Рассматривая обозначенную проблему с позиции принципов построения системы национального законодательства и сложившихся правовых традиций, следует отметить, что они ни как не предполагают закрепление на уровне закона требований по безопаснос-

ти в отношении отдельных видов и групп продукции или процессов ее производства. В случае развития подобной практики законотворчества (в перспективе уже через 3–4 года) только в отношении пищевой продукции будут приняты более десятка специальных законов. Целесообразность обозначенных законов если и может обосновываться, то только в нынешних условиях переходного периода национальной системы технического регулирования, когда требования ранее принятых нормативных документов (ГОСТов, СНиПов и пр.) остаются обязательными до введения в действие соответствующих технических регламентов. Дальнейшее развитие законодательства в обозначенном направлении ведет к нарушению системности законодательства в сфере технического регулирования в целом и создаст дополнительные трудности в распределении требований между общими и специальными техническими регламентами.

На основе изложенного выше можно сделать следующий вывод, что в условиях выполнения принятых Украиной обязательств относительно приведения национального законодательства в соответствие с действующими в рамках ВТО соглашениями и снижения в дальнейшем регулирующего воздействия государства на сферу технического регулирования в законодательстве Украины необходимо закрепить возможность утверждения технических регламентов исключительно постановлениями КМ Украины и соответственно руководствоваться при их подготовке и принятии специальной процедурой, предусмотренной Законом Украины «О стандартах, технических регламентах и процедурах оценки соответствия».

Несмотря на имеющиеся пробелы в правовом поле технического регулирования, новое законодательство в сфере стандартизации и подтверждении соответствия — это перспективный шаг в международной интеграции и развитии экономики государства. Идеи, которые в них заложены, претендуют на то, чтобы называться революционными. Именно посредством технического регулирования, дополняемого, где это необходимо, экономическим регулированием и мерами антимонопольной политики, может быть не только восполнено несовершенство рыночного механизма, но и созданы благоприятные условия для его формирования. Однако, как свидетельствует практика, существует опасность того, что после введения новых терминов (технический регламент, кодекс установленной практики и т. д.) в реальности ничего не

изменится. В частности, уже сейчас высказываются мнения о том, что положения прежних стандартов будут перенесены в технические регламенты [30, с. 3; 31, с. 8], хотя назначение последних состоит в том, чтобы в отличие от бывших обязательных стандартов предусмотреть лишь существенные (минимально необходимые) требования к безопасности продукции или процессам ее производства.

Международная теория и практика свидетельствуют, что создание и развитие рыночной экономики невозможно без проведения эффективной политики в сфере технического регулирования. В настоящее время отечественный рынок является достаточно привлекательным для иностранных производителей. В Украине выпускается целая группа товаров, которые не могут конкурировать с аналогами иностранных производителей. Если своевременно их безопасность не будет обеспечена соответствующими техническими регламентами и национальными стандартами, то после присоединения Украины к ВТО возникнет реальная угроза проникновения на внутренний рынок продукции не надлежащего качества. Следовательно, вхождение в такие надгосударственные организации, как ЕС и ВТО возможно лишь на паритетной основе с обеспечением приоритета национальных интересов и национальной безопасности, на основе ответственности государства перед украинскими гражданами и субъектами хозяйствования с целью обеспечения их интересов как на внутреннем, так и внешних рынках.

Реформа национальной системы технического регулирования не может быть осуществлена силами одной лишь исполнительной вертикали. Поставленные цели достигаются лишь при условии консолидации усилий всех заинтересованных сторон – государства, производителей и потребителей. Стратегия последующего периода должна быть максимально прагматичной, свободной от политизации, идеологических схем и стереотипов. Государство, обеспечивая развитие добросовестной конкуренции, одновременно должно не допустить наступление отрицательных последствий от принятия технических регламентов для потребителей и национальной экономики в целом. В связи с этим необходим некий объективный критерий, с помощью которого можно было бы точно рассчитать, какая величина является, с одной стороны, пороговой для обеспечения достаточного уровня безопасности про-

дукции, а с другой – может быть выполнена большинством участников экономического процесса. Можно предположить, что последствия введения того или иного технического требования должны оцениваться на основе комбинации результатов из двух величин: вероятности наступления опасного события и суммы затрат, необходимых для ликвидации его последствий.

Литература

1. Про стандартизацію: Закон України від 17 травня 2001 р. № 2408-III // Відомості Верховної Ради України.– 2001.– № 31.– Ст. 145.

2. Про підтвердження відповідності: Закон України від 17 травня 2001 р. № 2406-III // Відомості Верховної Ради України.– 2001.– № 32.– Ст. 169.

3. Про акредитацію органів з оцінки відповідності: Закон України від 17 травня 2001 р. № 2407-III // Відомості Верховної Ради України.– 2001.– № 32.– Ст. 170.

4. Аронов И.З. Основы технического регулирования // Инновации.– 2004.– № 9.– С. 100–114.

5. Аронов И., Рыбакова А., Теркель А. Процедуры обязательно подтверждения соответствия в технических регламентах // Стандарты и качество.– 2004.– № 3.– С. 32–35.

6. Аронов И., Версан В. Практические рекомендации по разработке технических регламентов на продукцию // Стандарты и качество.– 2004.– № 11.– С. 72–76.

7. Иойрыш А.И., Терентьев В.Г., Чопорняк А.Б. Вывести «мирный атом» из сферы действия федерального закона «О техническом регулировании» // Государство и право.– 2005.– № 9.– С. 29–34.

8. Яровский В. Разработка технических регламентов по безопасности продукции // Стандарты и качество.– 2004.– № 7.– С. 32–36.

9. Сорокин Е. О ссылках на стандарты в технических регламентах // Стандарты и качество.– 2004.– № 3.– С. 26–32.

10. Пугачев С. Стандартизация в рамках реформы технического регулирования // Стандарты и качество.– 2004.– № 10.– С. 8–11.

11. Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності: Закон України від 01 грудня 2005 р. № 3164-IV // Офіційний вісник України.– 2005.– № 52.– Ст. 3246.

12. Соглашение по техническим барьерам в торговле // <http://www.wto.ru/ru/content/documents/docs/tehbarier.doc>

13. Руководство ИСО/МЭК 51:1999 Общие требования к изложению вопросов безопасности при подготовке стандартов // http://gosstandart.gov.by/eng/tech/pdf/stb_ruk_51.pdf

14. Про захист прав споживачів: Закон України від 1 грудня 2005 р. № 3161-IV // Офіційний вісник України.— 2006.— № 1–2.— Ст. 1.

15. The Council Of The European Communities, Recalling its resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards // Official Journal.— 1985.— № 136.— P. 1.

16. Council Decision 90/683/EEC of 13 December 1990 concerning the modules for the various phases of the conformity assesment procedures which are intended to be used in the technical harmonization directives // Official Journal.— 1990.— № 380.— P. 0013–0026.

17. Council Decision 93/465/EEC of 22 July 1993 concerning the modules for the various phases of the conformity assessment procedures and the rules for the affixing and use of the CE conformity marking, which are intended to be used in the technical harmonization directives // Official Journal.— 1993.— № 220.— P. 0023–0039.

18. Аронов И., Версан В., Пугачев С. Модели технического регулирования // Стандарты и качество.— № 9.— 2004.— С. 32–35.

19. Про заходи щодо вдосконалення діяльності у сфері технічного регулювання та споживчої політики: Указ Президента України від 13 липня 2005 р. № 1105/2005 // Урядовий кур'єр.— 2005.— 2 серпня (№ 141).

20. Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, В.В. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К.— К.: Юринком Интер, 2002.— 912 с.

21. Беліков М., Мельник С. Електромагнітна сумісність технічних засобів у сучасних умовах України // Стандартизація, сертифікація, якість.— 2003.— № 4.— С. 44–46.

22. Directive 2004/108/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the approximation of the laws of the Member States relating to electromagnetic compatibility and repealing Directive 89/336/ EEC // Official Journal.— 2004.— № L 390.— P. 24–37.

23. Марракешское Соглашение об учреждении Всемирной Торговой Организации // <http://www.wto.ru/ru/content/documents/docs/marakesh.doc>.

24. Информация о результатах работы Госпотребстандарта Украины с апреля 2005 г. по ноябрь 2005 г. представлена пресс-службой Госпотребстандарта на официальном сайте // http://www.dssu.gov.ua/control/uk/publish/article/system?art_id=85551&cat_id=80276.

25. Информация о результатах совместного заседания Комитета по вопросам сотрудничества между Украиной и ЕС представлена пресс-службой Госпотребстандарта на официальном сайте // http://www.dssu.gov.ua/control/uk/publish/article/system?art_id=85056&cat_id=80276.

26. Информация представлена на официальном сайте ГП «Черкасыстандартметрология» // <http://www.chdcsmc.neocm.com/fond.html>.

27. Про затвердження переліків центральних органів виконавчої влади, на які покладаються функції технічного регулювання у визначених сферах діяльності та розроблення технічних регламентів: Постанова Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 288 // Офіційний вісник України.— 2002.— № 11.— С. 121.

28. Про делегування Державному комітету з питань технічного регулювання та споживчої політики повноважень на затвердження нормативно-правових актів: Постанова Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2003 р. № 2022 // Офіційний вісник України.— 2003.— № 52 (частина 1).— Ст. 2797.

29. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України.— 2004.— № 9.— Ст. 79.

30. Школьник Л., Московская Н. Технічне регулювання, як інструмент захисту прав споживачів // Стандартизація, сертифікація, якість.— 2003.— № 5.— С. 3–6.

31. Мухаровський М., Московская Н. Реформування системи технічного регулювання в Україні триває // Стандартизація, сертифікація, якість.— 2003.— № 1.— С. 8–11.

Представлена в редакцію 15.03.2006 г.

Д. Е. Высоцкий
юрист 1 категории
Института экономико-правовых
исследований НАН Украины

СТАНОВЛЕНИЕ ИННОВАЦИОННОЙ МОДЕЛИ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ КАК УСЛОВИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ИНТЕГРАЦИИ УКРАИНЫ (ЮРИДИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

Проанализированы основные направления зарубежного хозяйственного законодательства, нацеленные на правовое обеспечение инновационной модели экономического развития. Выявлено, что особое место в каждом из этих направлений занимают институты государственной поддержки малого инновационного предпринимательства. Сформулированы основные направления реформирования национального инновационного законодательства в контексте возможности его трансформации в процесс правового обеспечения становления инновационной модели последующего развития, которая должна быть основой международной интеграции Украины и ее внешнеэкономической конкурентоспособности.

Наблюдающиеся в последние десятилетия темпы глобализации международных экономических отношений, сопровождающиеся возрастанием количества и роли институциональных межгосударственных объединений и международных организаций, не могут не коснуться процесса и уровня национального экономического развития каждого из государств. На сегодняшний день это особенно актуально для Украины, которая официально провозгласила курс на интеграцию в Европейское Сообщество. Сама интеграция – процесс весьма непростой, прежде всего в экономическом смысле. Вполне очевидно, что войти в Европу вовсе не означает только то, что появляется возможность что-либо от нее взять. Видимо, необходимо и дать что-то существенное Европе.

Украина, унаследовавшая достаточно мощный научно-технический и производственный потенциал от бывшего СССР, сориентированный, в основном, на создание продукции отраслей военно-про-

© Д.Е. Высоцкий, 2006

мышленного комплекса, которые на сегодняшний день остались практически не востребованными, занимает далеко не самое привилегированное положение на международном рынке. Особенно, это касается структуры национального экспорта, который, преимущественно, состоит из низкотехнологичной продукции сырьевых отраслей экономики. Так, с 2002 по 2004 г. в Украине на группу отраслей, которые по методологии Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) принадлежат к высокотехнологичным, приходилось 4,5 % производства продукции. Для группы среднетехнологичных отраслей этот показатель составил 20 %, а для низкотехнологичных – 75,4 % [1]. В структуре национального экспорта доля *инновационной наукоемкой продукции* составляет всего лишь 0,1 %, что на порядок меньше, чем в Польше, и на несколько порядков меньше, чем в других странах Западной Европы (Германии, Франции, Великобритании и др.), которые 85–90 % прироста ВВП обеспечивают посредством производства и экспорта наукоемкой продукции [2].

Важнейшим условием международной интеграции является сближение национальных хозяйственных систем (моделей экономического развития). На сегодняшний день во всех высокоразвитых государствах основой таких систем является *инновационная модель* экономического развития, позволяющая перейти от индустриального к постиндустриальному обществу. Формирование инновационной экономики, или как ее еще называют экономики знаний (*economics of knowledge*), является первоочередной задачей крупнейших межгосударственных структур, и прежде всего ЕС, в число членов которого стремится попасть и Украина. Такой вывод следует из содержания юридических норм первичного европейского права, к числу которых относится и Договор о Европейском Сообществе (далее – Договор). В соответствии с ч. 1 ст. 163 данного Договора, Европейское Сообщество ставит своей целью укрепить *научную* и технологическую базу европейской промышленности и способствовать повышению ее международной конкурентоспособности [3].

Высказывания о необходимости скорейшего переведения экономики Украины на инновационную модель последующего развития получили свое отображение как в многочисленных научных публикациях, так и в официальных документах, в частности, в Указе Президента О решении Совета национальной безопасности и обо-

роны Украины от 3 июля 2001 г. «О неотложных мероприятиях по выведению из кризисного состояния научно-технологической сферы Украины и созданию реальных условий для перехода экономики на инновационную модель развития» от 20 августа 2001 г. Однако большая часть норм вышеназванного указа не получила своего развития и реализации на законодательном уровне. Так, например, в соответствии со ст. 1 указа на Кабинет Министров Украины (КМУ) возлагается обязанность, начиная с 2002 г. в проектах Государственного бюджета Украины предусматривать средства на финансирование научной и научно-технической деятельности в соответствии с Законом «О научной и научно-технической деятельности» [4]. Исходя из ч. 1 ст. 34 Закона «О научной и научно-технической деятельности», размер такого финансирования должен быть не менее 1,7 % ВВП [5]. По данным официальных источников этот показатель не превышает 0,4 % ВВП. Общая доля финансирования научной и научно-технической деятельности из всех источников в настоящее время не превышает 1,13 % ВВП [6]. По Евросоюзу (для сравнения) последний показатель составляет более 2 % ВВП, при условии, что общеинтегральный показатель ВВП на душу населения в ЕС по сравнению с Украиной на несколько порядков выше. При этом институциональными структурами ЕС было принято решение о необходимости увеличения доли финансового обеспечения европейского научно-технического комплекса. В соответствии с утвержденным Еврокомиссией в 2003 г. планом «Инвестирования в исследования», общий уровень инвестиций в научно-исследовательскую сферу к 2010 г. должен составить 3 % ВВП [7].

Но все же основная проблема состоит даже не в этом. Как справедливо отмечает академик В. К. Макутов, на сегодняшний день, когда идет речь не просто об инновационной деятельности, а об инновационной модели развития страны, возникает острая необходимость в ее *правовом* обеспечении [8]. Однако проблема создания правовых механизмов для перевода национальной экономики на инновационную модель дальнейшего развития значительно осложняется отсутствием единого системного подхода к пониманию сущности и глубины концептуального содержания такой модели.

Проблемам становления и развития инновационной модели национальной экономики посвящено немалое количество моногра-

фических работ отечественных авторов [9–12]. В последние десять лет инновационная деятельность стала объектом пристального внимания всего академического сектора экономической науки. Не утруждая читателя детальным анализом высказываемых в научной литературе позиций относительно возможных путей перевода экономики Украины на инновационную модель развития, хотелось бы отметить, что большая часть из них представляет из себя некий набор организационно-экономических направлений реформирования национального научно-технического комплекса (например, повышение уровня бюджетного финансирования академического, отраслевого и вузовского секторов науки, формирование и усиление роли инновационной инфраструктуры и пр.).

Не дает однозначных ответов на решение обсуждаемой проблемы и «Стратегия экономического и социального развития Украины путем европейской интеграции (2004–2015 годы)», раздел 5 которой посвящен стратегии утверждения инновационной модели развития [13]. Данный раздел включает в себя лишь общие стратегические ориентиры по переводению национальной экономики на инновационную модель развития. Однако единого *системного* подхода к пониманию сущности такой модели вышеуказанная стратегия не содержит. Аналогичная точка зрения высказывается и некоторыми представителями органов государственной власти, в частности, В. Демехиным – первым заместителем председателя Комитета Верховной Рады по экономической политике [14].

В результате, на «плечи» юридической науки «ложится» решение весьма непростой задачи – разработать предложения по законодательному обеспечению несформировавшейся, дезорганизованной, бессистемной государственной «политики», направленной на переход к инновационной модели экономического развития.

Вышеизложенные проблемы определили цель настоящей статьи – *проведение комплексного сравнительно-правового анализа некоторых направлений зарубежного хозяйственного законодательства, нацеленного на правовое обеспечение инновационной модели экономического развития как основного фактора международной интеграции и национальной конкурентоспособности на внешнем рынке в контексте возможности адаптации законодательства Украины к концептуальному содержанию таких направлений.*

Примечательно, что инновационное законодательство, которое уже сейчас можно достаточно смело назвать как «законодательство об экономическом, социальном и интеллектуальном развитии государства», в разряд приоритетных направлений, подлежащих первоочередной адаптации к законодательству ЕС, в «чистом» виде не входит. К такому выводу можно прийти исходя из Раздела Y Общегосударственной программы адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС, утвержденной Законом Украины от 18 марта 2004 г., где содержится перечень направлений законодательства Украины, которые должны подлежать адаптации к законодательству ЕС. К числу таких направлений, которые достаточно тесно соприкасаются с инновационным законодательством, но все же не образуют его «ядро», относится законодательство об интеллектуальной собственности [15]. Наряду с законодательством о промышленной собственности, нацеленным на охрану прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и топографии интегральных микросхем, относящихся в большинстве случаев к объектам инновационной деятельности, законодательство об интеллектуальной собственности регулирует ряд других отношений, которые вряд ли могут войти в предмет правового регулирования инновационной деятельности (к примеру, отношения в сфере авторского права на произведения литературы и искусства и т. д.).

Видимо то, что инновационное законодательство не вошло в перечень вышеуказанных приоритетов как *самостоятельное* направление адаптации, объясняется его достаточно «молодым возрастом» по сравнению с многими другими видами хозяйственного законодательства, активно развивающихся в Украине на протяжении 15 лет. Достаточно привести один пример, базовый нормативно-правовой акт, регулирующий отношения в сфере инновационной деятельности, — Закон Украины «Об инновационной деятельности» — был принят лишь в 2002 г. (4 июля), в отличие, например, от Закона Украины «О хозяйственных обществах», принятого 13 сентября 1991 г. Не столь велик и опыт зарубежных стран по правовому регулированию инновационных отношений, тем более опыт ЕС. В отличие от многих других хозяйственно-правовых институтов (законодательства об акционерных обществах, о банках и т. д.), «всплеск» в развитии зарубежного инновационного законодательства, впрочем как и советского за-

конодательства о научно-техническом прогрессе (см., например, работу [16]), можно наблюдать лишь в последние 3–4 десятилетия.

Не бесполезно отметить, что в системе инновационного законодательства многих зарубежных стран и ЕС особое место занимает законодательство, нацеленное на создание условий для развития *малого инновационного предпринимательства* как основного «двигателя» научно-технического прогресса. Факт того, что малое предпринимательство является основным «звеном» инновационного развития экономики многих зарубежных стран, составляющих «золотой» миллиард населения планеты, подтверждается многочисленными международными и отечественными научными исследованиями. Об этом «красноречиво» свидетельствует весомое количество международных статистических показателей, исходя из которых на долю малых и средних предприятий в экономически развитых странах приходится более 50 % всех нововведений. В США, например, малые инновационные фирмы с численностью занятых до 500 человек, дают в 24 раза больше нововведений на каждый доллар, вложенный в НИОКР, чем крупные корпорации (с численностью занятых свыше 10 тыс. человек) и в 2,5 раза больше нововведений на одного занятого. Завершающий внедренческий процесс в малых фирмах осуществляется в среднем на год быстрее, чем в крупных предприятиях [17–20]. Такое явление в научной литературе получило наименование «эффекта Ерроу» — лауреата Нобелевской премии [21–23].

Наличие такой инновационной «прыти» в малых предприятиях, с одной стороны, обусловлено отсутствием бюрократических барьеров, которые необходимо преодолевать в крупных хозяйственных структурах и, с другой стороны, сложнейшими условиями рыночной среды, вынуждающей представителей малого бизнеса, действовать на пределе своих возможностей. В противном случае шансы «выжить» в рынке остаются минимальными. Аналогичной точки зрения в своей работе «Международная конкуренция» придерживается и известный американский экономист — Майкл Портер [24].

Вопрос об эффективности инновационного функционирования малых и крупных предпринимательских структур стал предметом длительной полемики во многих научных кругах. Автор же данной статьи не ставит перед собой задачи проводить детальный экономический анализ основных приоритетов их инновационной деятель-

ности. Между тем следует заметить, что весомая часть отечественных и зарубежных авторов склоняется к тому, что успешное функционирование малого и среднего бизнеса является не столько средством, сколько результатом экономического развития, достигаемого с помощью увеличения роли крупных промышленных объединений – транснациональных корпораций (ТНК) [25].

Хотелось бы обратить внимание на особенности «строения» ТНК мирового значения, принципиально отличающегося от структуры крупных промышленных объединений Украины. Его суть состоит в максимальном приближении руководителя предприятия к непосредственному управлению инновационным процессом. Как правило, это достигается посредством «дробления» всей ТНК на мелкие хозяйственные «единицы» (предприятия), обладающие достаточно большой экономической самостоятельностью и выполняющие весьма узкий круг работ.

Эффективность использования такого принципа достаточно хорошо просматривается в деятельности многих преуспевающих зарубежных компаний. Ярким примером тому является небезызвестная японская фирма «ТОУОТА» – один из мировых лидеров по *качеству* выпускаемых автомобилей. Ее главный сборочный конвейер объединяет 168 предприятий – сборщиков узлов, 47 тыс. предприятий – изготовителей деталей, более 1 тыс. дилеров – оптовиков и 6500 предприятий розничной торговли и техобслуживания [26]. Несомненным приоритетом такого хозяйственного комплекса, работающего на основе тесных производственно-технических связей, является наличие в структуре его корпоративного управления достаточно жесткой конкуренции. Каждое из небольших предприятий – участников корпорации в борьбе за право на свое существование вынуждено работать на пределе собственных возможностей, постоянно внедряя в свой производственно-хозяйственный цикл новые технологии. В противном случае его легко заменить другим предприятием, чего практически невозможно сделать в рамках корпоративной структуры, участниками которой являются преимущественно крупные предприятия. В результате использования такого подхода к корпоративному управлению фирма «ТОУОТА» ежегодно вкладывает около 4 млрд дол. США в научные исследования и разработки [27] (для сравнения: в 6 раз больше, чем финансирование научных исследований из всех источников в Украине).

Велика доля малого бизнеса в ВВП и занятости населения. По Евросоюзу она составляет 67 и 72 % [28]. Достаточно большая роль малых предприятий в высокотехнологичных отраслях экономики. К примеру, в США мелкие инновационные структуры в таких отраслях, как фотоника и оптика, а также программное обеспечение, производят более 90 % всей продукции [17]. Примечательно, что повышение роли таких структур на начальном этапе было связано не столько с интенсивным развитием крупных производственных объединений, сколько с наличием их усиленной государственной поддержки. Достаточно вспомнить процесс зарождения в США рынка венчурного капитала в середине 50-х годов прошлого столетия, который в последствии был взят за основу всеми странами Западной Европы.

Развитие малого бизнеса в Украине, в том числе и инновационного, по всем макроэкономическим показателям в 6–7 раз ниже по сравнению с многими высокоразвитыми государствами, в том числе членами ЕС [29–31]. Учитывая такое положение дел, украинскому законодателю, очевидно, следовало бы задаться вопросом: можно ли осуществлять интеграцию экономических систем, основные элементы развития которых грубо противоречат друг другу? Думается, что такая интеграция противоречит не только законам экономики, но и законам синергизма.

То, что развитие малого бизнеса имеет важнейшее интеграционное значение в мировую экономическую систему, достаточно хорошо просматривается на примерах многих «молодых» государств-членов ЕС. К примеру, Польши, которая до вступления в ЕС максимизировала свои усилия по развитию малого бизнеса [32].

Определив стратегические ориентиры международного научно-технического развития, представляется целесообразным перейти к непосредственному анализу основных направлений зарубежного законодательства, нацеленных на правовое обеспечение инновационной модели экономического развития.

К числу таких направлений относится:

формирование государственных научно-технических и инновационных программ;

предоставление финансово-кредитных льгот субъектам инновационной деятельности различного типа;

льготное налогообложение субъектов инновационной деятельности и пр.

Формирование государственных научно-технических и инновационных программ осуществляется посредством использования конкурентных механизмов их реализации. Прежде всего это достигается с помощью включения в соответствующие законодательные нормы юридических императивов, касающихся предоставления первоочередной финансовой поддержки в ходе конкурсного отбора инновационных проектов, необходимых для реализации научно-технической программы, субъектам малого предпринимательства.

Наряду с этим зарубежное хозяйственное законодательство предусматривает обязательное формирование *специальных* государственных научно-технических программ для субъектов малого инновационного предпринимательства. Одним из ярких примеров формирования таких программ является Закон США о развитии инноваций в малом бизнесе 1987 г. (*Small Business Innovation Development*), на основе которого была принята программа инноваций и исследований в малом бизнесе (*Small Business Innovation Research – SBIR*). Примечательно, что нормы данного закона в дальнейшем были взяты за основу при формировании аналогичных программ поддержки малого инновационного бизнеса во многих западноевропейских государствах. Основные положения программы *SBIR* определили малый инновационный бизнес как движущую силу экономического прогресса. Реализация программы осуществляется в 3 этапа, на двух первых этапах государство берет на себя обязательство по финансированию инновационных проектов малых предприятий, прошедших конкурсный отбор. Длительность первого этапа не может превышать 6 месяцев, а финансирование 100 тыс. дол. США. В ходе данного этапа проводятся первичные научные исследования с целью выявления основных преимуществ будущей инновации. Второй этап включает в себя изготовление и исследование опытных образцов или партий изделий, планируемых к массовому производству. Он не должен превышать 3 лет, а финансирование — 750 тыс. дол. США. И, наконец, третий этап охватывает процесс массового производства и коммерциализации инновационной продукции. На этом этапе финансирование, как правило, отсутствует, за исключением случаев, когда производство инновационной продукции осуществляется по непосредственному заказу федерального ведомства. В период с 1987 по 1992 г. в рамках программы *SBIR*

было просубсидировано 3 млрд дол. США на реализацию 18874 инновационных проектов [28, 33].

Вышеизложенные положения Закона США о развитии инноваций в малом бизнесе позволяют констатировать достаточно глубокую концептуальную экономическую основу его правовых норм. На сегодняшний день мировой экономической статистике известно, что 50 % инновационных разработок дают знать о невозможности их дальнейшей реализации уже на стадии научных исследований, 25 % «отсеивается» на стадии внедрения таких разработок в производство и только 10 % воспринимается рынком [17]. Видимо, именно из этого исходил и законодатель, разбивая финансирование инновационного проекта по стадиям, на двух первых из которых государство должно покрыть большую часть инновационных рисков, делая, таким образом, данный проект наиболее привлекательным для частного инвестора. Овеществление инновационных идей в конкретные технические объекты (опытные образцы или исследовательские партии) также позволяет малому предпринимателю получить еще один «козырь» в переговорах с инвестором в части уравнивания своих прав по распределению корпоративных долей в инвестируемом предприятии. Как показывает мировая практика, сотрудничество малых предприятий, имеющих одни инновационные идеи, с крупными инвесторами зачастую лишает их всяческой самостоятельности в своих управленческих действиях. В результате генератор инновационной идеи становится обыкновенным финансовым «реципиентом» и исполнителем проекта. Успешное прохождение стадии НИОКР, а, следовательно, и наличие всей технологии производства инновационного продукта (особенно конструкторской и иной технической документации, включая ноу-хау, которая имеет самую большую цену в инновационном процессе) позволяет малому предпринимателю иметь намного более солидный статус в глазах инвестора, в какой-то мере «диктовать» ему свои условия. Имея на «руках» всю отработанную технологию производства инновационного продукта, гораздо проще получить и кредит в коммерческом банке путем задействования соответствующих поручителей.

Формирование смежных программ по поддержке малого инновационного бизнеса, как одного из приоритетных направлений становления и развития инновационной экономики, предусматривается и в

законодательстве других высокоразвитых государств (Великобритании, Германии, Нидерландов, Франции, Южной Кореи, Японии и т. д.).

Думается, что аналогичный подход следует перенять и украинскому законодателю, особенно, при «наращивании» соответствующих норм ХК, в частности ст. 11, определяющей правовые основы политики экономического программирования и прогнозирования [34]. Требуют модернизации и нормы Закона Украины «О государственных целевых программах» от 18 марта 2004 г., в ст. 3 которого предусматривается один из таких видов государственных целевых программ, как научно-технические программы [35]. Учитывая мировой опыт, свидетельствующий о несомненной приоритетности малого бизнеса в инновационном секторе экономики, и наблюдающуюся тенденцию зарубежного законодателя по поддержке субъектов малого инновационного предпринимательства путем формирования для них специальных научно-технических программ, представляется целесообразным в Законе Украины «О государственных целевых программах» предусмотреть такой вид программ, как специальные программы инновационного развития субъектов малого предпринимательства. Нуждаются в «насыщении» и нормы Закона Украины «Об инновационной деятельности», которые абсолютно не предусматривают особенности правового режима реализации такого вида государственного регулирования инновационной деятельности, как общие научно-технические программы и специальные программы для субъектов малого инновационного предпринимательства. Законодатель лишь ограничился общим использованием в тексте закона, к примеру в ст. 4, термина «инновационные программы», не развивая его в остальных правовых нормах.

Хозяйственным законодательством Украины, в частности Законом Украины «О государственной поддержке малого предпринимательства» от 19 октября 2000 г., предусматривается общий механизм формирования государственных программ поддержки всех субъектов малого предпринимательства (ст. 7 закона) [36]. Однако для полноценного развития малого *инновационного* предпринимательства этого крайне недостаточно. Вполне очевидно, что инновационная деятельность имеет гораздо большую степень специфики и сложности ее ведения по сравнению с остальными видами хозяйственной деятельности (особенно торговой), что, в свою очередь,

предопределяет «многоклеточный» характер строения самих инновационных отношений, требующих особых подходов к их правовому регулированию, чего сделать в рамках общего хозяйственного законодательства, в частности посредством формирования институтов государственной поддержки всех субъектов малого предпринимательства, практически невозможно.

Предоставление финансово-кредитных льгот субъектам инновационной деятельности различного типа в законодательстве многих высокоразвитых государств представляет из себя правовую регламентацию деятельности специализированных государственных финансово-кредитных учреждений, осуществляющих усиленную финансовую поддержку инновационных предпринимателей (преимущественно малых). Зарубежным законодательством предусмотрено достаточно большое количество правовых форм осуществления такой финансовой поддержки, начиная от льготного инновационного кредитования (долгосрочного и беспроцентного), в особенности венчурного, которое не требует его обеспечения со стороны заемщика, что делает такие кредиты наиболее доступными для малых предпринимателей, и заканчивая предоставлением государственных гарантий коммерческим банкам по выдаваемым ими субъектам инновационной деятельности кредитам. Одним из ярких примеров зарубежных финансово-кредитных учреждений, предоставляющих различные виды материальной поддержки субъектам малого инновационного предпринимательства, является Администрация малого бизнеса США. Данная структура предоставляет финансово-кредитным учреждениям, кредитующим инновационные проекты малых предприятий, государственные гарантии по возвращению таких кредитов до 90 % общей суммы кредита, но не более 500 тыс. дол. США [37]. Аналогичные виды финансовой поддержки предоставляет и французское государственное агентство по развитию малых и средних инновационных предприятий — ANVAR [38].

Правовое регулирование хозяйственной деятельности специализированных государственных инновационных финансово-кредитных учреждений, осуществляющих материальную поддержку субъектов малого предпринимательства, получило свое отображение и в законодательстве Китая, которым предусматривается создание специального Фонда малых и средних предприятий научно-технического про-

филя, осуществляющего финансовую поддержку таких предприятий (в 1998 г. им было профинансировано 1 млрд юаней) [39].

Достаточно интересным является опыт российского законодателя по созданию таких фондов. Так, в соответствии с постановлением Правительства РФ «О фонде содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере» от 3 февраля 1994 г., с целью развития малого инновационного предпринимательства в России был создан Фонд содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере. Одной из основных задач Фонда является кредитование инновационных проектов малого предпринимательства с оплатой за использование средств федерального бюджета в размере до $\frac{1}{2}$ действующей учетной ставки Центрального банка РФ. Фонд также может выступать залогодателем, поручителем, гарантом по обязательствам юридических и физических лиц. Источниками формирования средств Фонда для осуществления кредитования инновационных проектов малых предприятий являются бюджетные ассигнования в размере 1,5 % средств, предусматриваемых ежегодно в федеральном бюджете на финансирование науки. Поддержка проектов за счет средств федерального бюджета может осуществляться как на безвозвратной, так и на возвратной основе. В последнем случае предприятия не должны предоставлять Фонду гарантии и залоги в обеспечение возврата заемных средств.

За 10 лет существования Фонда им было профинансировано более 2000 проектов на сумму 1700 млн рублей. Средний уровень возврата кредитов составил 66 %, что является очень высоким показателем для высокорискового предпринимательства, да еще в нестабильной экономической ситуации в стране. Предприятия освоили в производстве свыше 1000 запатентованных изобретений, выпустили на их основе продукции на десятки миллиардов рублей, их отчисления государству в виде налогов превысили в 2,4 раза сумму полученных ими бюджетных средств, стоимость их основных фондов увеличилась в 11,3 раза, а выработка на одного работающего – в 12,7 раза, на фирмах созданы тысячи новых рабочих мест. Заработная плата на предприятиях выросла в 20 раз, обеспечивая сохранение части российского научно-технического потенциала не столько за счет его бюджетного финансирования, сколько за счет коммерциализации интеллектуальной собственности [38, 40].

Действующее законодательство Украины предусматривает различные виды финансовой поддержки инновационной деятельности, основные из которых содержатся в ч. 1 ст. 17 Закона «Об инновационной деятельности». К их числу относится полное или частичное беспроцентное кредитование инновационных проектов, предоставление государственных гарантий по выдаваемым кредитам, субсидирование банковских процентов из бюджетных средств и имущественное страхование реализации инновационных проектов [41]. Однако несмотря на присутствие данных финансовых льгот в действующем законодательстве Украины, следует отметить, что доступ к их получению у субъектов инновационной деятельности, особенно малого предпринимательства, весьма ограничен. Это объясняется многими причинами. Во-первых, содержанием ч. 10 ст. 13 Закона «Об инновационной деятельности», исходя из которой государственная регистрация инновационного проекта не предусматривает каких-либо обязательств по бюджетному кредитованию его выполнения или другой государственной финансовой поддержки. Во-вторых, содержанием ч. 8 ст. 19 Закона «Об инновационной деятельности», предусматривающей в качестве обязательного условия получения государственного кредита по инновационному проекту его обеспечение в виде поручительства, залога или иной формы, что особенно затруднительно для начинающих инновационных предпринимателей, не имеющих достаточного количества имущества, которое может быть объектом залога и устойчивых деловых контактов с крупными предпринимательскими структурами, способных за них поручиться.

Проблема реализации вышеперечисленных финансовых инновационных льгот состоит не только в необходимости преодоления субъектом хозяйствования большого количества бюрократических барьеров в процессе получения таких льгот, но и в высокой степени декларативности норм Закона «Об инновационной деятельности». Ввиду того, что уже упомянутая ст. 17 Закона является нормой непрямого действия, т. е. не определяет конкретные механизмы получения предусмотренных в ней видов финансовой поддержки инновационной деятельности, законодателем (в заключительных положениях) было принято решение о необходимости ее детализации посредством имплементации соответствующих нормативно-правовых актов на уровне КМ Украины. Результатом такой детализации

стало принятие постановлений правительства, грубо противоречащих основным положениям ст. 17 Закона. Так, например, в соответствии с п. 2 постановления КМ Украины «Об утверждении Порядка использования средств специального фонда Государственного бюджета Украины, которые направляются на финансовую поддержку инновационной деятельности субъектов предпринимательства» от 5 октября 2004 г. № 1316, предусматривается максимальный объем кредитования инновационных проектов из бюджетных средств, который не должен превышать 70 % от общей стоимости кредита, что грубо противоречит ч. 1 п. а ст. 17 закона, предусматривающей в том числе и полное (стопроцентное) кредитование инновационных проектов.

Определенные несоответствия присутствуют и в объектном составе по предоставлению государственных инновационных кредитов. Исходя из п. 6 указанного постановления, кредиты могут выдаваться только под приоритетные инновационные проекты [42], что противоречит ч. 1 п. б ст. 17 закона, предоставляющей право получения кредитов под все инновационные проекты, в том числе и не имеющие статуса приоритетных. Существует и ряд других противоречий между ст. 17 Закона «Об инновационной деятельности» и нормативными актами КМ Украины, являющихся механизмами ее реализации, которые наиболее детально описаны в предыдущих статьях автора (см., например, работу [43]).

Такое состояние законодательного обеспечения финансовой поддержки субъектов инновационной деятельности из бюджетных средств не выдерживает никакой критики. Помимо того, что Закон Украины «Об инновационной деятельности» устанавливает достаточно жесткие условия для получения такой финансовой поддержки, его нормы еще и подвергаются постоянному «разрушению» посредством принятия соответствующих постановлений правительства, идейно противоречащих отдельным положениям закона. При такой постановке вопроса надеяться на ускорение темпов инновационного развития национальной экономики было бы, по меньшей мере, наивно. Устранение вышеизложенных правовых коллизий видится в наибольшем юридическом «наполнении» норм Закона Украины «Об инновационной деятельности» «регулирующим материалом», который должен детализировать их основные положения и, прежде всего в сфере финансовой поддержки инновацион-

ной деятельности. Подобная детализация поможет не только избежать возможных противоречий, но и обеспечить логическую «стройность» и прогнозируемость процесса дальнейшего инновационного правотворчества, а, проще говоря, перейти от деклараций к конкретным юридическим действиям по правовому обеспечению инновационной модели экономического развития.

Отсутствие в действующем национальном законодательстве специальных институтов финансовой поддержки субъектов малого инновационного предпринимательства проявляется не только в жесткости правовых критериев для получения бюджетных инновационных кредитов, но и в игнорировании законодателем зарубежного опыта осуществления такой поддержки, сущность которого сведена к необходимости формирования *специализированных* государственных финансово-кредитных учреждений содействия развитию малого инновационного предпринимательства во всей стране. Украинским законодательством в настоящее время не предусмотрено создание таких учреждений. На сегодняшний день в Украине действует лишь одно постоянное специализированное государственное инновационное финансово-кредитное учреждение — Украинская государственная инновационная компания (далее — УГИК). Детальный анализ основных законодательных актов, регламентирующих деятельность УГИК, в частности, постановлений КМ «О создании Украинской государственной инновационной компании» от 13 апреля 2002 г., «Об утверждении Положения о формировании и использовании средств Украинской государственной инновационной компании» от 28 мая 2001 г., «Вопросы Украинской государственной инновационной компании» от 15 июня 2000 г., который был проведен автором данной статьи в монографической работе [44], позволяет утверждать, что поддержка субъектов малого инновационного предпринимательства не входит в разряд основных целей УГИК. В результате «правила игры» для субъектов крупного и малого инновационного бизнеса уравниваются, что не способствует развитию последнего, который требует особых подходов законодателя к созданию условий для его государственного стимулирования. Думается, что неплохим подспорьем для решения данной проблемы может послужить использование положительного опыта российского законодателя по созданию специализированных финансово-кредитных учреждений содействия развитию

малого инновационного предпринимательства. Приоритетность в использовании именно такого опыта проявляется в достаточно большом сходстве структуры инновационных секторов экономики России и Украины, которые в недавнем прошлом были составной частью научно-технического комплекса СССР.

Льготное налогообложение субъектов инновационной деятельности. В настоящее время зарубежное законодательство содержит достаточно большой набор налоговых льгот, предоставляемых субъектам инновационной деятельности различного типа. Большая часть из них выражается в предоставлении предприятиям различных видов налоговых кредитов. Одним из самых распространенных видов таких кредитов является налоговый кредит на проведение НИОКР, сущность которого состоит в полном или частичном освобождении предприятия от оплаты налога на прибыль на сумму затрат по НИОКР. Различают несколько видов налоговых кредитов на НИОКР, а именно: объемный, приростный и смешанный.

Объемный — дает льготы пропорционально размерам затрат по проведенным НИОКР. Получил широкое распространение во многих государствах-членах ЕС, в частности, в Австрии, Бельгии, Великобритании, Италии, Испании, Нидерландах, Норвегии, Швеции, Швейцарии [45, 46]. *Приростный* — определяется исходя из достигнутого компанией увеличения затрат на НИОКР по сравнению с уровнем базового года или среднего за какой-либо период. Максимальный размер такого кредита имеет место во Франции — 50 %. В Канаде, США и Японии он составляет 20 %. *Смешанный* — одновременное использование объемного и приростного налогового кредита. Например, в налоговом законодательстве США общая приростная ставка кредита дополнена объемной в размере 20 % для затрат частного сектора на финансирование фундаментальных исследований.

Как показывает мировая практика, использование в национальном законодательстве ряда государств институтов налогового кредита позволяет укрепить систему государственных стимулов, способствующих развитию инновационной деятельности. Так, по оценкам экспертов, за счет действия механизма налогового кредита американская промышленность только с 1988 по 1994 г. дополнительно получила 24 млрд дол. [47–49].

Использование объемного налогового кредита имело место и в законодательстве Украины, в частности, в Законе Украины «О налогообложении доходов предприятий и организаций» от 21 февраля 1992 г., предусматривающим право предприятия уменьшать налогооблагаемую прибыль на сумму затрат по проведенным НИОКР, которые направлены на создание производства новой продукции и технологий. Однако эксперимент с использованием такого налогового кредита в Украине, откровенно говоря, не получился, что обусловило необходимость его юридической ликвидации. Видимо, на тот период «развития» национальной экономики (начало — середина 90-х годов) это было вполне закономерно. В условиях, когда еще не сформировалась система «тенизации» капитала предпринимателей (отсутствовала мощная инфраструктура «обналичивающих» фирм, еще не были отработаны механизмы возможного ухода от налогообложения и пр.), появление в действующем законодательстве достаточно больших налоговых льгот стало хорошим подспорьем для удовлетворения собственных материальных интересов недобросовестных предпринимателей.

В период, когда не только «разрушался» весь хозяйственный комплекс страны, но и «развеивались» иллюзии о чудодейственной силе рынка, трудно себе было представить, что кто-то стремится заниматься инновационной деятельностью. Отношения «разработай — произведи» подменялись отношениями «купи — продай». Словом, ни о каком инновационном развитии экономики страны и нации в целом в данный период не могло идти и речи. И вполне очевидно, что появление на тот момент каких-либо налоговых льгот не воспринималось иначе, чем возможность «тенизации» капитала.

Воспринять инновационные налоговые льготы не готовы были не только субъекты хозяйствования, но и действующее законодательство, находившееся на стадии своего формирования. Отсутствовал единый понятийный аппарат в сфере инновационной деятельности, который появился лишь 10 лет спустя (в Законе Украины «Об инновационной деятельности»), в бессистемном состоянии находилось все налоговое законодательство (впрочем, как и сейчас).

Наряду с налоговым кредитом зарубежное экономическое законодательство предусматривает достаточно большой «арсенал» *специальных* налоговых льгот для субъектов малого инновационного предпринимательства. К примеру, законодательством Великобрита-

тании для стартующих (малых) инновационных предприятий налог на прибыль снижен с 20 до 1 %, а во Франции такой налог уплачивается по следующей схеме: первые два года малые инновационные предприятия полностью освобождены от налогообложения, за третий год налогообложению подлежит лишь 25 % прибыли от общей ставки налогообложения, за четвертый – 50 %, за пятый – 75 % и только начиная с шестого года доход налогооблагается по установленной для остальных предприятий ставке [50, 51].

Политика предоставления специальных налоговых льгот для субъектов малого инновационного предпринимательства декларируется и институциональными структурами ЕС. В частности, в соответствии со ст. 2 Рекомендации Еврокомиссии о налогообложении малых и средних предприятий, Еврокомиссия рекомендует государствам-членам ЕС принимать соответствующие меры по устранению для малых и средних предприятий налоговых препятствий. Такая рекомендация базируется на некоторых положениях Белой книги Еврокомиссии, где немалый акцент при рассмотрении вопроса о конкурентоспособности и занятости был сделан на ответственности правительства государств-членов и Сообщества по созданию благоприятной среды для работы малых и средних предприятий, поскольку их динамизм, продуктивность, гибкость и *инновационный характер* являются жизненно важными для Европейской экономики. Выбор процедур и схем налогового стимулирования малых и средних предприятий остается за государствами-членами ЕС [52].

Украинское законодательство на сегодняшний день (после принятия Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Украины «О государственном бюджете Украины на 2005 год» от 25 марта 2005 г.) не предусматривает ни одного вида специальных инновационных налоговых льгот. Думается, что такой подход противоречит не только основным законам инновационной экономики высокоразвитых государств, но и некоторым концептуальным положениям норм первичного европейского права, что особенно актуально при адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС. Так, исходя из ч. 2 ст. 163 Договора о Европейском Сообществе, Сообщество с целью укрепления научной и технологической базы европейской промышленности поощряет деятельность предприятий, включая *малые и средние*, исследовательских центров и университетов в сфере науч-

ных исследований и высокоточных разработок, устраняя юридические и налоговые барьеры при их взаимном сотрудничестве [3].

Необходимо отметить, что содержащиеся ранее в ст. 21, 22 Закона Украины «Об инновационной деятельности» налоговые льготы не являлись «панацеей» от всех проблем, а для многих предпринимательских структур, в особенности малых предприятий, были недостаточно привлекательными. В соответствии со ст. 21 Закона Украины «Об инновационной деятельности», субъекты хозяйствования, зарегистрировавшие свои инновационные проекты, могли освобождаться от оплаты налога на прибыль и НДС, объекты которых были получены в ходе реализации проектов, в размере 50 % от действующей ставки налогообложения и использовать данные средства на инновационную и научно-техническую деятельность. Наряду с этим для инновационных предприятий, каковыми являются предприятия, объемы инновационной продукции которых за отчетный налоговый период (в денежном выражении) составляют не менее 70 % от общих объемов продукции, предусматривалась льготная ставка оплаты земельного налога в размере 50 % от действующей ставки налогообложения и ускоренная амортизация основных фондов [41].

Низкая степень привлекательности изложенных выше инновационных налоговых льгот для субъектов малого предпринимательства объясняется несколькими причинами.

Первая и, пожалуй, самая главная причина состоит в достаточно высоких ставках налогообложения, которые все равно остаются даже в случае использования таких льгот. Пятидесятипроцентная ставка налогообложения (от ее общей ставки), т. е. оплата налога на прибыль по ставке — 12,5 % и НДС — 10 % приемлема далеко не для всех малых инновационных предпринимателей. По неофициальным данным, полученным в результате анонимного анкетирования предпринимателей, цена, которую берут так называемые «обналичивающие фирмы» за предоставление «услуг» по уходу от налогообложения, в среднем, не превышает 4–6 % от общей суммы «тенизации» (налога на прибыль, а зачастую и НДС). Таким образом, сумма «тенизации», как минимум в 2 раза меньше льготной ставки налогообложения.

Наряду с этим для получения вышеназванных налоговых льгот малому предпринимателю необходимо было зарегистрировать свой инновационный проект. Системный юридический анализ ст. 13 За-

кона Украины «Об инновационной деятельности» и постановления КМ Украины «Об утверждении Порядка государственной регистрации инновационных проектов и ведения Государственного реестра инновационных проектов» от 17 сентября 2003 г. (далее — Порядок) позволяет утверждать о несовершенстве процедуры государственной регистрации инновационных проектов. Такое несовершенство проявляется как в достаточно больших сроках регистрации, которые в соответствии с ч. 11 ст. 13 Закона «Об инновационной деятельности» не должны превышать 6 месяцев с момента подачи документов, так и в иных процедурных особенностях и возможных юридических последствиях государственной регистрации. К их числу относится цена экспертизы инновационного проекта, составляющая, по оценкам сотрудников Украинского государственного центра научно-технической и инновационной экспертизы при МОН Украины, на который в соответствии с приказом МОН от 20.12.2002 г. № 733 возложена обязанность по проведению экспертизы инновационных проектов, поданных для их государственной регистрации, 6 тыс. грн [53]. При этом у малого предпринимателя нет никаких гарантий получения положительного вывода экспертизы, а, следовательно, и регистрации своего проекта.

Весьма примечательным является и п. 21 Порядка, в соответствии с которым орган, регистрирующий инновационный проект, т. е. МОН Украины, имеет право аннулировать свидетельство о госрегистрации в случае невыполнения субъектом инновационной деятельности запланированных показателей инновационного проекта [54] (к примеру, в случае задержки производства инновационного продукта, что для инновационной деятельности, которая отличается высокой степенью непрогнозируемости получаемых результатов, весьма характерно). При этом, как уже было отмечено, никаких обязательств по финансированию проекта, в котором особенно нуждаются малые инновационные предприниматели, исходя из ч. 10 ст. 13 Закона «Об инновационной деятельности», государство на себя не берет.

Оригинальность ситуации, в которую попадает малый предприниматель при выборе наиболее оптимального пути собственного инновационного развития, в частности при решении проблемы уменьшения налогового давления, состоит в следующем. С одной стороны, у предпринимателя имеется возможность относительно

беспроблемного ухода от налогообложения, количество способов которого в настоящее время можно измерить не одним десятком (к примеру, вступить в фиктивные договорные отношения с «обналичивающей фирмой» и заплатить ей *n*-ый процент за «тенизацию»), с другой стороны, пойти по пути использования специальных инновационных налоговых льгот (в случае их восстановления), привлекая, таким образом, «государево око» чиновников органов налоговой службы, как правило, не отличающихся бескорыстностью своих намерений, а также работников МОН Украины, берущих под свой контроль реализацию инновационного проекта путем его мониторинга. В последнем случае предприниматель имеет все шансы потерять собственные финансовые ресурсы, затраченные им на экспертизу инновационного проекта, в случае отказа в его регистрации, либо в любой момент лишиться полученного им с большим трудом регистрационного свидетельства. Выбор пути, по которому пойдет малый предприниматель, вполне очевиден.

Весьма отдаленными для малых инновационных предпринимателей были и таможенные льготы, предусмотренные ранее ст. 22 Закона «Об инновационной деятельности», в соответствии с которой субъекты инновационной деятельности, зарегистрировавшие приоритетные инновационные проекты, могли освобождаться от уплаты таможенной пошлины и НДС по товарам, ввозимым на таможенную территорию Украины для реализации таких проектов. Отдаленность вышеизложенных льгот для малых инновационных предпринимателей проявляется в следующем. Во-первых, для их получения необходимо, чтобы в отношении инновационного продукта, который планируется производить в ходе реализации инновационного проекта, было принято постановление КМ Украины о его особой важности (ч. 1 ст. 22). Не трудно предположить, что количество таких постановлений может быть крайне ограничено, в особенности для малых предпринимателей, которые не имеют возможности лоббировать свои инновационные направления на уровне правительства. Во-вторых, доступ к предусмотренным ранее инновационным таможенным льготам осложнялся и процедурой их получения. Исходя из ч. 1 ст. 22 Закона «Об инновационной деятельности», таможенная пошлина и НДС могли не уплачиваться лишь по тем видам товаров (необходимых для реализации иннова-

ционных проектов), которые не производятся в Украине или производятся, но не отвечают требованиям проекта. Для этого в соответствии с п. 2 п.п. 6 Порядка субъекты инновационной деятельности должны были получать заключения центральных органов исполнительной власти в соответствующих отраслях о том, что товары, необходимые для выполнения приоритетных инновационных проектов, не производятся в Украине или производятся, но не соответствуют требованиям проекта, а также подать в МОН Украины номенклатуру таких товаров, которая должна быть согласована с Государственной таможенной службой, и копии внешнеэкономических контрактов и спецификаций к ним о закупке данных товаров.

Вышеизложенные процедурные требования, предъявляемые к субъектам инновационной деятельности, практически сводили на нет возможность получения ими предусмотренных ст. 22 Закона «Об инновационной деятельности» таможенных льгот (легитимным путем). Одним из основных «камней преткновения», который значительно усложнял процедуру получения таких льгот, проявлялся в обязанности инноватора получить экспертное заключение у соответствующего юрисдикционного органа, подтверждающее необходимость импортирования различных видов товаров для реализации инновационного проекта. Не трудно предположить, какое количество требований чиновников необходимо было бы удовлетворить для того, чтобы получить такое заключение. При этом субъекту инновационной деятельности, в особенности малому предпринимателю, достаточно тяжело оспорить свое нарушенное право в судебном порядке, поскольку законодатель не дает конкретных правовых критериев для придания импортируемому товару особого статуса, сущность которого выражается в специфическом наборе его качеств, необходимых для реализации инновационного проекта, отличающих данный товар от многих других товаров национального происхождения. Одним из примеров таких качеств для оборудования может быть скорость точного резания металлопроката. Думается, что чиновникам государственного органа, выдающего экспертное заключение, не составит особого труда «убедить» малого предпринимателя в том, что аналогичное оборудование можно приобрести и в Украине по приблизительно такой же цене, которая не повлияет на ход реализации инновационного проекта, и тем самым

поддержать отечественного товаропроизводителя или лица, осуществляющего продажу такого оборудования на территории Украины.

Однако даже если предположить практически нереальный для малого предпринимателя вариант, при котором он преодолевает все вышеизложенные бюрократические препятствия и лоббирует принятие отдельного постановления на уровне КМ об особой важности инновационного продукта, доступ к вышеизложенным таможенным льготам все равно остается весьма ограниченным. Еще одним барьером, который необходимо преодолеть предпринимателю, является определение перечня товаров, подлежащих импортированию, для реализации инновационного проекта лишь на стадии его регистрации. Сложность такого определения состоит в непредсказуемости инновационного процесса (в особенности, если проект находится на стадии НИОКР), на начальных этапах которого инноватору весьма затруднительно сформулировать четкий перечень товаров, необходимых для реализации проекта путем их импортирования. В этой связи как-то невольно вспоминается одно из высказываний лауреата Нобелевской премии академика П. Л. Капицы: «Никто Вам заранее не скажет: в науке создастся такая-то ситуация, и понадобится то-то ...» [55].

Вышепроведенный анализ основных тенденций зарубежного инновационного налогового законодательства позволяет утверждать, что практически в каждом из высокоразвитых государств действует свой специфический набор налоговых льгот, стимулирующих инновационную активность многих субъектов хозяйствования, который зависит от особенностей строения финансовой системы таких государств и их экономического уклада. А это, в свою очередь, означает, что единых «рецептов» для Украины здесь быть не может. Однако вполне очевидно одно, что отказ от использования инновационных налоговых льгот как таковых является большой ошибкой украинского законодателя.

Действующее зарубежное инновационное законодательство содержит в себе и ряд других направлений, нацеленных на правовое обеспечение инновационной модели экономического развития, на анализе которых остановиться в рамках одной статьи не представляется возможным. Однако в каждом из этих направлений особое место занимает малое инновационное предпринимательство как основная движущая сила научно-технического прогресса всего мирового сообщества. Особенно это проявляется в законодательстве о технопарках, которые

создаются исключительно с целью поддержки начинающих инновационных предпринимателей, чего к сожалению не наблюдается в Законе Украины «О специальном режиме инновационной деятельности технологических парков». В структуре каждого из таких технопарков обязательно действует бизнес-инкубатор, а также и венчурное финансово-кредитное учреждение. Особого места для крупных предпринимательских структур здесь нет [56]. Малое инновационное предпринимательство занимает особое место и в зарубежном законодательстве о трансфере технологий. Ярким примером тому может служить Закон США о трансфере технологий в малом бизнесе (1992 г.) и т. д.

Анализ вышеизложенных направлений зарубежного инновационного законодательства позволяет утверждать, что сущность инновационной модели экономического развития, которая подлежит правовому обеспечению, проявляется в создании условий для реализации собственного потенциала конкретного инноватора. Выстраивание законодательства вокруг творца инновационной идеи, а не корпоративно-го клана, является основой правового обеспечения такой модели.

Развитие малого инновационного предпринимательства имеет не только большое экономическое, но и социальное (общественное) значение. Максимальное привлечение в деятельность мелких инновационных структур большого количества работников способно повысить не только их материальный уровень, но и изменить моральный облик. Приходя в малое инновационное предприятие и начиная сопереживать за его дальнейшую судьбу, работник меняется как личность. А ведь именно гармония человеческого ресурса (образа мышления) является первоочередным условием международной интеграции. Проходя сложный путь от создания малого до среднего или крупного предприятия, у трудового коллектива абсолютно меняется отношение к собственности, что особенно актуально для Украины в условиях разгосударствления национального хозяйственного комплекса. Вполне очевидно, что результаты экономического развития Украины за годы ее независимости были бы совсем другие, если бы государство на начальном этапе не прибегнуло к массовой приватизации крупных промышленных предприятий, а акцентировало свое внимание на воспитании «нового поколения» собственников путем поддержки субъектов малого предпринимательства, в особенности инновационного. Передавать же государ-

ственную собственность в последующем можно было бы именно «новому поколению», которое по своим моральным качествам не смогло бы прибегнуть к ее массовому «уничтожению», как это случилось в 90-е годы и продолжается сейчас. Именно по такому пути пошли все высокоразвитые государства, «оттенок» которого просматривается во многих институтах зарубежного хозяйственного законодательства, в том числе и инновационного.

Деятельность малых инновационных предприятий имеет гораздо большее значение, чем принято обычно понимать в экономической литературе. Малые инновационные структуры – это не просто мощный «двигатель» научно-технического прогресса, но и «школы» по воспитанию национальной элиты, представители которой обладают высоким уровнем экономической культуры – основой конкурентоспособности всей страны.

Формирование «экономики инновационного энтузиазма», как это имеет место во всех высокоразвитых государствах, и ее законодательное обеспечение должно основываться на принципе создания условий для работы конкретного инноватора, позволяя ему становиться собственником предприятия и быть ответственным за себя и своих подопечных. Именно этот принцип «проникает» во все правовые «ткани» зарубежного инновационного законодательства. Определенную разницу можно лишь наблюдать в юридических инструментах, с помощью которых он реализуется. Думается, что эффективность данных инструментов в контексте возможности их адаптации к экономической и правовой системе – это и есть одна из основных задач украинского законодателя в ближайшие годы. Становление инновационной модели национальной экономики и его синхронное правовое обеспечение поможет Украине «заявить» о возможности конкурировать на внешнем рынке не только с собственными технологиями, но и знаниями – основой международной интеграции.

Литература

1. Онищенко В. П. Україна на світовому ринку високотехнологічної продукції // Міжнародна торгівля у контексті європейської інтеграції: проблеми теорії і практики: Збірник матеріалів VIII Міжнародної науково-практичної конференції 27 травня 2005 р. – К.: Українська академія зовнішньої торгівлі, 2005. – С. 59–60.

2. Ніколаєнко С. Національна інноваційна система – дорога в майбутнє // Урядовий кур'єр.– 2005.– 9 серпня (№ 146).

3. Договір, учреждаючий Європейське Сообщество // Європейське право: Учебник для вузів / Под общ. ред. проф., Л. М. Энтина.– М.: Норма, 2004.– С. 553–699.

4. О решении Совета национальной безопасности и обороны Украины от 3 июля 2001 г. «О неотложных мероприятиях по выведению из кризисного состояния научно-технологической сферы Украины и создания реальных условий для перехода на инновационную модель развития»: Указ Президента Украины от 20 августа 2001 г. // www.rada.gov.ua

5. О научной и научно-технической деятельности: Закон Украины от 1 декабря 1998 г. № 284-XIV // Ведомости Верховного Совета Украины.– 1999.– № 2–3.– Ст. 20.

6. О соблюдении законодательства о развитии научно-технического потенциала и инновационной деятельности в Украине: Постановление Верховной Рады Украины от 16 июня 2004 г. // www.rada.gov.ua

7. Притикина О. Л., Стасюк Ю. М., Щипакова О. В. Інноваційна політика України та інтеграція до ЄС // Фінанси України.– 2005.– № 5.– С. 36–43.

8. Мамутов В. К. Развитие хозяйственного законодательства и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: Науч. доклад / Ин-т економіко-правових досліджень НАН України.– Донецьк, 2004.– 40 с.

9. Гальчинський А. С., Геєць В. М., Кінах А. К., Семиноженко В. П. Інноваційна стратегія українських реформ.– К.: Знання України, 2002.– 336 с.

10. Економіка знань та її перспективи для України / За ред. акад. НАН України В. М. Гейця.– К.: Ін-т екон. прогноз., 2005.– 168 с.

11. Механізми переходу економіки на інноваційну модель розвитку / О. І. Амоша, С. М. Кацура, Т. В. Щетілова та ін. / НАН України. Ін-т економіки пром-сті.– Донецьк, 2002.– 108 с.

12. Соловьев В. П. Инновационная деятельность как системный процесс в конкурентной экономике (Синергетические эффекты инноваций).– Киев: Феникс, 2004.– 560 с.

13. Стратегія економічного і соціального розвитку України (2004–2015 рр.) «Шляхом Європейської інтеграції» / Авт. кол.: А. С. Галь-

чинський, В. М. Геєць та ін.: Нац. ін-т стратег. дослідж., Ін-т екон. прогнозування НАН України, Мін-во економіки та з питань європейської інтеграції.— К., ІВЦ Держкомстату України, 2004.— 452 с.

14. Демехин В. Некоторые проблемы усовершенствования системы деятельности в сфере государственного управления в условиях конституционной реформы // Голос Украины.— 2005.— № 89 (18 мая).— С. 8–9.

15. Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского союза: Закон Украины от 18 марта 2004 г. // Ведомости Верховного Совета Украины.— 2004.— № 29.— Ст. 367.

16. Подопригора А. А. Проблемы правового регулирования научно-технического прогресса в СССР.— К.: Вища школа, 1985.— 169 с.

17. Осыка А. П. Экономические и организационно-правовые проблемы инновационной деятельности: Монография.— Донецк: ИЭПИ НАН Украины, 1999.— 368 с.

18. Мильнер Б. З. Кризис управления // Вопросы экономики.— 1993.— № 1.— С. 79–92.

19. Завлин П. Н. Инновационное предпринимательство // Инновации.— 2001.— № 9–10.— С. 18–19.

20. Акконеро А. Гибкие трудовые отношения: что лежит в их основе? // Международная экономика и международные отношения.— 1991.— № 5.— С. 49–64.

21. Соколов Г. В. Инновационные фонды и венчурное предпринимательство в развитии старопромышленных регионов // Старопромислові регіони Західної і Східної Європи в умовах інтеграції: Зб. наук. пр.— Донецьк: ДонНУ, 2003.— С. 157–161.

22. Дзяд О. В. Фінансові аспекти інноваційної політики ЄС // Фінанси України.— 2005.— № 5.— С. 140–146.

23. Arrow K. Economic welfare and the allocation of resources to invention//The rate and direction of inventive activity. National Bureau of Economic Research.— Princeton: Princeton University Press.— 1962.

24. Портер Майкл, Э. Международная конкуренция: Пер. с англ.— М.: Изд. дом «Вильямс», 2000.— 495 с.

25. Высоцкий Д. Концептуальные подходы к формированию оптимальной модели инновационного развития экономики Украины // Підприємництво, господарство і право.— 2004.— № 2.— С. 52–57.

26. Золотарев А. Н. Экономические проблемы стабилизации промышленности Украины // Вісник Східноукраїнського державного університету.— 1997.— № 5 (9).— С. 52—54.

27. Трефилов В. «Нам нужен сплав энергии, дисциплины и героизма»: Тезисы концепции использования научно-технического потенциала для экономического возрождения Украины // Деловая Украина.— 1997.— № 1.— С. 4—6.

28. Корчагин А. Д., Смирнов Ю. Г. Значение и роль малого бизнеса в инновационном процессе // Инновации.— 2002.— № 5 (52).— С. 23—29.

29. Коваленко Г., Пономаренко А., Семенцева Г. Российские предприниматели в инновационном бизнесе // Российский экономический журнал.— 1997.— № 4.— С. 110—112.

30. Ляшенко В. І. Шляхи вдосконалення нормативного забезпечення формування сприятливих режимів розвитку малого бізнесу в Україні // Вісник академії економічних наук.— 2003.— № 2.— С. 76—86.

31. О национальной программе содействия развитию малого предпринимательства: Закон Украины от 21 декабря 2000 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2001.— № 7.— Ст. 35.

32. Ляшенко В. І. Формирование специальных режимов развития предпринимательства в старопромышленных регионах (опыт Польши для Украины) // Старопромислові регіони Західної і Східної Європи в умовах інтеграції: Зб. наук. пр.— Донецьк: ДонНУ, 2003.— С. 297—300.

33. Кірюхін М. Захист інтелектуальної власності та малий бізнес // Інтелектуальна власність.— 2005.— № 3.— С. 45—47.

34. Господарський кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради України.— 2003.— № 18, № 19—20, № 21—22.— Ст. 144.

35. О государственных целевых программах: Закон Украины от 18 марта 2004 г. // www.rada.gov.ua

36. О государственной поддержке малого предпринимательства: Закон Украины от 19 октября 2000 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2000.— № 51—52.— Ст. 447.

37. Андрощук Г. Фінансування інновацій і роль венчурного капіталу: бізнес-ангели // Інтелектуальна власність.— 2003.— № 9.— С. 25—29.

38. Бортник И. М. 10 лет развития малого инновационного предпринимательства в России // Инновации.— 2004.— № 1 (68).— С. 2—13.

39. Солоіденко В. Б. Григорьев В. М. Система державного управління науково-технічною та інноваційною діяльністю в КНР // Проблеми науки.— 2003.— № 10.— С. 44–49.

40. О фонде содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере: Постановление Правительства Российской Федерации от 3 февраля 1994 г. // www.duma.gov.ru

41. Об инновационной деятельности: Закон Украины от 4 июля 2002 г. // Голос Украины.— 2002.— 9 августа (№ 144).

42. Об утверждении Порядка использования средств специального фонда Государственного бюджета Украины, которые направляются на финансовую поддержку инновационной деятельности субъектов предпринимательства: Постановление Кабинета Министров Украины от 5 октября 2004 г. № 1316 // www.rada.gov.ua

43. Высоцкий Д. Е. Основные тенденции законодательного обеспечения инновационной деятельности в России и на Украине (сравнительно-правовой анализ) // Инновации.— 2005.— № 5 (82).— С. 7–14.

44. Смеричевский С. Ф., Высоцкий Д. Е. Состояние и перспективы законодательного обеспечения инновационной деятельности в Украине: экономико-правовой аспект / Монография.— Донецк: Донецкий государственный университет управления, 2004.— 124 с.

45. Медынский В. Г. Инновационный менеджмент: Учебник.— М.: Инфра-М, 2005.— 295 с.

46. Андрощук Г. Зарубежный опыт стимулирования инновационной деятельности // Бизнес Информ.— 1996.— № 1.— С. 19–22.

47. Китова Г. А., Черкасов В. В. Государственная политика в сфере науки и технологий: новые задачи и старые решения // Инновации.— 2004.— № 3 (70).— С. 3–15.

48. Андрощук Г., Денисюк В. Государственная инновационная политика в США // Бизнес Информ.— 1998.— № 17–18.— С. 33–40.

49. Андрощук Г. План действий по инновациям в Европе // Бизнес Информ.— 1999.— № 19–20.— С. 28–32.

50. Гусакова М. Формирование потенциала инновационного развития // Экономист.— 1999.— № 2.— С. 33–38.

51. Крупка М. І. Фінансові інструменти державного регулювання та підтримки інноваційної сфери // Фінанси України.— 2001.— № 4.— С. 77–84.

52. Вовк Т., Водянніков О., Коноваленко І. Податкові аспекти права СОТ та *acquis* ЄС. Орієнтири податкової реформи в Україні. – Харків: Консум, 2004. – 960 с.

53. Борисов А. Инновации – зеркало украинской коррупции // Зеркало недели. – 2005. – 9 февраля (№ 6).

54. Про затвердження Порядку державної реєстрації інноваційних проектів і ведення Державного реєстру інноваційних проектів: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2003 р. № 1474 // www.rada.gov.ua

55. Мнухин А. Г. Новая элементная база для разрядно-импульсных технологий // Новые технологии – путь в будущее: Сборник научных трудов и разработок / Институт экономико-правовых исследований НАН Украины. – Вып. 2. – Донецк: ООО «Юго-Восток, ЛТД», 2003. – С. 157–167.

56. Современные инновационные структуры и коммерциализация науки: Моногр. / Под ред. А. А. Мазура. – Харьков: Институт монокристаллов НАН Украины, 2003. – 351 с.

Представлена в редакцию 16.02.2006 г.

О. Г. Страх

*Старший преподаватель
Донецкого национального университета*

КОНТРОЛЬ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ НОРМ ПРАВА ЕС (СБЛИЖЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ О ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПКАХ С ПРАВОМ ЕС)

Определяются сущность и методы международного контроля, контроля за соблюдением норм европейского права и его соотношение с контролем на международном и национальном уровнях, а также механизм контроля за соблюдением норм права ЕС в области государственных закупок, пути сближения законодательства Украины с правом ЕС в отношении обеспечения контроля за соблюдением процедуры размещения государственного заказа.

© О.Г. Страх, 2006

Контроль — один из важных институтов, призванных обеспечить эффективность правовых норм. Фундаментальная разработка общей теории контрольной деятельности, как разновидности правовой формы, а также рассмотрение данной проблемы в отдельных отраслях права имеют важное значение для правоприменительной деятельности государства, его органов, должностных лиц и граждан.

Контроль в современной международно-правовой доктрине трактуется неоднозначно. Кроме того, необходимо отметить, что межгосударственная договорная практика в какой-то степени опережает теоретические исследования по данному вопросу. В доктрине международного права вопросы международного контроля в основном рассматривались лишь применительно к проблеме разоружения и ограничения вооружений. Теоретические и практические аспекты контроля в праве ЕС как самостоятельного института в системном порядке ни зарубежными, ни отечественными учеными не рассматривались.

Отдельные аспекты международного контроля затрагивались в трудах Г. В. Игнатенко, И. И. Котлярова, Л. А. Лазутина, С. А. Малинина, Ю. С. Марочкина, Г. А. Осипова, Р. М. Тимербаева, О. И. Тиунова, Б. Р. Тузмухамедова, О. Н. Хлестова и др. При этом сущность контроля за соблюдением норм европейского права не была предметом отдельного комплексного исследования.

Целью данной статьи является определение сущности, методов контроля за соблюдением норм европейского права, его соотношение с контролем на международном и национальном уровнях (на примере государственных закупок), определение путей сближения законодательства Украины с правом ЕС в данной сфере.

Как отметил И. И. Лукашук, контроль — необходимое условие функционирования всего международного права [1, с. 175].

Подавляющее большинство юристов-международников рассматривают международный контроль как проверку выполнения принятых по договору обязательств, т. е. установление фактических обстоятельств и их оценку с точки зрения соответствия требованиям норм права.

С. А. Малинин, И. Г. Усачев, Л. Буса подчеркивают, что контроль должен прежде всего гарантировать выполнение обязательств государств [2, с. 48–49; 3, с. 51; 4, с. 46–47].

И. И. Котляров определяет международный контроль «как действия субъектов международного права или органов, ими созданных,

которые осуществляются на основе международных договоров и заключаются в проверке соответствия деятельности государств принятым ими на себя обязательствам в целях обеспечения их соблюдения» [5, с. 49]. Р. М. Валеев понимает под ним основанную на общепризнанных принципах и нормах современного международного права деятельность субъектов международного права или созданных ими органов, заключающуюся в проверке соблюдения государством международно-правовых обязательств и в принятии мер по их выполнению [6, с. 288]. А. Н. Талалаев указывает на согласованную деятельность государств или международных организаций по проверке соблюдения государствами принятых на себя договорных обязательств с целью обеспечения их точного и неукоснительного выполнения [7, с. 117].

Как представляется, необходимо согласиться с Е. Н. Васильевой и под контролем в международном праве понимать основанную на общепризнанных принципах и нормах современного международного права деятельность субъектов международного права или созданных ими органов, заключающуюся в проверке соблюдения государствами международно-правовых обязательств и в принятии мер по их выполнению.

Что касается методов осуществления контроля, то как отмечает Р. М. Валеев, контроль же в международном праве — это прежде всего исследование, анализ, наблюдение с целью привлечения внимания заинтересованных лиц к изучаемому объекту [6, с. 283–284]. Поэтому никаких иных мер к объекту контроля применять нельзя. Так, контроль в практике Международного валютного фонда выражается в системе «надзора», которая предусматривает ежегодные консультации государств-членов и фонда, в ходе которых и даются рекомендации фонда по поводу валютной политики государств-членов.

Анализ методов осуществления международного контроля и правовые последствия, наступающие от его результатов, свидетельствуют о разных уровнях, степени и интенсивности совершения субъектами контроля данной контрольно-процессуальной деятельности.

Если обмен информацией, консультации, представление отчетов, докладов, наблюдения как способы контроля применяются, как правило, на ранних стадиях контроля, и контроль, в основном, завершается рекомендациями, предложениями объектам контроля по устранению выявленных нарушений, то проведение международ-

ных инспекций, расследований, рассмотрение нарушений международных обязательств международными судебными учреждениями могут повлечь соответствующую ответственность государств.

В связи с этим по методам осуществления проверки соблюдения государством международных обязательств следует классифицировать на две группы:

международный контроль, проводимый путем обмена информацией, консультации, представления отчетов и докладов;

международный контроль, осуществляемый путем инспектирования, расследования, судебного рассмотрения [8, с. 46].

Что касается контроля в национальном праве, то национальный контроль не ограничивается только проверкой фактического положения вещей и их соответствия юридическим актам. Контрольные органы или должностные лица применяют меры по устранению объектом контроля выявленных нарушений и выполнению соответствующих правовых предписаний [9, с. 54].

Таким образом, в национальном праве контроль соотносится, в отличие от надзора, с властными полномочиями. Поэтому контроль осуществляется государствами в первую очередь в отношении своих органов, и органами контроля, как правило, являются органы власти. Хотя в некоторых странах наблюдается обратная ситуация: органы надзора имеют властные полномочия, а органы контроля — нет [10, с. 66].

Кроме того, часто в международных соглашениях указывается лишь общая обязанность государств контролировать свои органы. В этих случаях формы и методы национального контроля устанавливаются самими суверенными государствами. Некоторые формы и методы такого контроля прямо названы в соглашениях.

Что касается права ЕС, то исходя из того, что, во-первых, директивы имеют обязательную силу лишь в отношении результата, которого должны достичь государства-члены, которым эти директивы адресованы. Кроме того, согласно ст. 249 Римского Договора (далее — Договора) за национальными инстанциями сохраняется право выбора форм и способов выполнения предписаний, содержащихся в директивах. Во-вторых, физические и юридические лица могут обращаться к праву ЕС на национальном уровне для прекращения действия положений национального права в случае, если они противоречат праву ЕС.

Можно сделать вывод, что контроль за соблюдением норм права ЕС будет содержать признаки как международного контроля, так и национального. Проследим механизм осуществления контроля за соблюдением норм права ЕС на примере государственных закупок.

Объявление конкурсов на получение публичных заказов требует одновременно и проведения мероприятий, обеспечивающих лицам, участвующим в конкурсе, возможность применения эффективной процедуры обжалования в случае нарушения норм права Сообщества либо соответствующих норм национального законодательства.

При этом установление лишь правил проведения конкурсов, правил размещения публичных заказов недостаточно, необходимо усиление гарантий в сфере конкуренции и недискриминации. Для достижения ощутимого действия необходимо введение действенного и быстрого механизма контроля за возможными нарушениями норм о заказах.

В самом общем виде нарушения, имеющие место в процессе размещения публичных заказов, можно представить следующим образом: невыполнение требования об объявлении контракта; отказ от публикации сведений о рынках в «Ведомостях ЕС», например, под предлогом срочности; предоставление неполной или недостоверной информации предприятиям; введение дискриминационных статей в список подрядных условий; несоблюдение сроков; использование недопустимых методов оценки заявок; использование критериев, не указанных в объявлении о конкурсе; необоснованное предоставление льгот; нарушение заказчиками основных принципов торгов – открытости, равноправия, экономичности, эффективности; формирование конкурсной документации под конкретного поставщика.

Для введения эффективных гарантий прозрачности и принципов недискриминации были приняты две Директивы ЕС (далее – Директива), которые стали основными инструментами обеспечения надлежащего функционирования Общего рынка:

Директива 89/665 (ЕС) о координации законов и административных актов, связанных с применением процедуры проверок в отношении предоставления контрактов на государственные поставки, общественные работы и коммунальные услуги, так называемая Директива о средствах судебной защиты в государственном секторе [11].

Директива 92/13 (ЕС) о согласовании законов, правил и административных предписаний, связанных с применением норм Сообщества к процедурам заказа соответствующих заказчиков, которые действуют в сфере водо- и энергоснабжения, транспорта и телекоммуникаций, так называемая Директива о средствах судебной защиты в коммунальном секторе [12].

На уровне ЕС действует многоступенчатый механизм контроля. Общий контроль за состоянием государственных рынков возложен на Комиссию ЕС (далее – Комиссия), которая выступает в роли защитника интересов ЕС в целом. Так, согласно ст. 211 Договора Комиссия призвана обеспечить применение положений Договора и мер, принимаемых институтами ЕС для этого.

В распоряжении Комиссии имеются следующие методы проверок.

Если имеются явно выраженные нарушения Директивы, то Комиссия имеет право запросить объяснения у государства-члена ЕС. При этом в обязанность государства входит дача ответа в течение 21 дня, в котором либо подтвердить факт нарушения и сообщить о его устранении, либо указать причины неустранения, либо сообщить о том, что процедура размещения контракта приостановлена государственным органом-заказчиком по его инициативе или по решению контролирующего органа в соответствии с национальным законодательством (ст. 3(3) Директивы 89/665 (ЕС), ст. 8(3) Директивы 92/13 (ЕС)).

При этом причиной неустранения нарушений может служить то, что указанное нарушение является предметом судебного разбирательства. В этом случае Комиссия должна быть уведомлена сразу же после окончания процесса.

В соответствии со ст. 12(2) Директивы 92/13 (ЕС) и ст. 4(2) Директивы 89/665 (ЕС) государства-члены обязаны ежегодно 1 марта предоставлять отчет об общей стоимости правительственных и федеральных заказов по каждому виду продукции, категории работ и услуг с указанием подрядчика. Форма такого отчета утверждается самой Комиссией.

Кроме того, Комиссия в случае необходимости может затребовать любую дополнительную информацию. Например, при проведении закрытых торгов по требованию Комиссии должны быть предоставлены протоколы, в которых содержатся полные сведения о кандидатах, об организаторах конкурса, о качественном составе заказа и т. д.

При этом Комиссия лишена права напрямую вмешиваться в процесс проведения конкурса, применения санкции к нарушителям. В том случае, если государство-член оставляет без внимания заключение Комиссии в течение установленного срока, то Комиссия может обратиться в Европейский суд (далее – Суд). При этом для такого обращения не требуется предварительного согласия нарушителя.

На первый взгляд может сложиться мнение, что роль Комиссии не велика и является вспомогательной по отношению к Суду. В опровержение такого мнения можно привести тот факт, что обращению одного государства-члена с иском к другому государству в Суд обязательно должно предшествовать предварительное обращение в Комиссию по данному вопросу. При этом именно Комиссия определяет единовременную сумму или размер штрафа, подлежащие уплате государством-членом в случае невыполнения им необходимых мер, отвечающих решению Суда (ст. 228 Римского Договора).

В свою очередь власть Комиссии не безгранична. Договором предусмотрен ряд положений, позволяющих проконтролировать деятельность Комиссии. Во-первых, если Комиссия не предоставила своего заключения в течение 3 месяцев с даты обращения к ней, то факт отсутствия такого заключения не может служить препятствием для обращения в Суд (ст. 227 Римского Договора), во-вторых, противоправные действия Комиссии могут быть обжалованы государствами-членами и другими органами Сообщества в Суд (ст. 232 Римского Договора). При этом устанавливается правило, по которому предварительно необходимо обратиться в саму Комиссию с целью побудить ее предпринять необходимые действия, и только, если в течение двух месяцев с момента подобного обращения она не отреагирует каким-либо образом, то в течение последующих 2 месяцев может быть предъявлен иск.

Поскольку право ЕС, как правило, не обеспечивается средствами судебной защиты от нарушений норм, то это остается в компетенции национального права, которое устанавливает систему доказательств и процедур, максимально приближенных к праву ЕС. При этом в задачи Суда входит предоставление национальным судьям средств устранения трудностей в целях обеспечения полной силы праву ЕС, т. е. одновременно обеспечивается охрана норм права ЕС от нарушений. При этом иногда Суду ЕС отдается роль Верховного суда.

Но ст. 234 Римского Договора касается лишь преюдициальной юрисдикции Суда, она не дает Суду право разрешать какие-либо вопросы факта. Это относится к компетенции национальных судов.

Что касается юридической силы решений Суда, то Договор четко определил, что если решения затрагивают права и обязанности индивидуумов, они подлежат принудительному исполнению согласно правилам исполнительного производства, установленным национальным законодательством.

Если же речь идет о действиях либо бездействиях государств-членов или институтов ЕС, то они обязаны предпринять необходимые меры для выполнения решения Суда (ст. 227, 233 Римского Договора). Все органы государств-членов всех ветвей власти обязаны обеспечивать выполнение решения Суда в пределах своих полномочий.

На сегодняшний день механизм судебной защиты остается плохо адаптированным к национальным рынкам. Процесс вынесения окончательного решения длителен (в среднем 1,5–2 года). К этому времени восстановить нарушенное право уже практически невозможно. Поэтому до сих пор остается наиболее эффективным средством вынесение временных постановлений.

Например, постановление Суда от 31 января 1992 г. о продаже итальянским правительством концессии на поставку автоматизированных систем для проведения национальной лотереи. К торгам были допущены лишь те предприятия, большая часть капитала которых принадлежала итальянскому правительству, т. е. нарушались предписания Договора и Директивы ЕС от 21.12.1976 г. Европейский суд обязал итальянские власти отменить свое решение. Аналогичное решение было принято, когда фирма «Боинг» пыталась заключить контракт на строительство моста в Дании. При этом в условия были включены требования, обязывающие подрядчика использовать исключительно датские конструкционные материалы [13, с. 131].

Государства-члены должны обеспечить принятие мер для проведения эффективного контроля за принятыми государственными органами-заказчиками решениями для пересмотра решений, принятых с нарушением права ЕС в сфере публичного заказа или национальных норм об имплементации этих норм. Полномочия по контролю могут делегироваться любой инстанции, которая имеет соответствующую компетенцию.

Например, немецкое Положение о порядке осуществления контроля за размещением публичных заказов от 22.02.1994 г. предусматривает двухступенчатую систему контроля за размещением заказов: первой (низовой) инстанцией является Служба по проверке размещения заказов, осуществляющая административный контроль. Как правило, такой инстанцией является администрация по месту нахождения заказчика или его органа, осуществляющего размещение заказа. При этом возможен вариант передачи полномочий несколькими администрациями одной службе по проверке размещения заказов.

Второй инстанцией является комитет по надзору за размещением заказов, представляющий собой независимую надзорную инстанцию, сходную по своим функциям с судебным органом (зачастую таковым является государственный орган при земельном Министерстве экономики). При этом этот орган в своей деятельности полностью независим и подчиняется исключительно закону. В его компетенцию входит проверка законности решений первой контрольной инстанции. Он вправе отменить его, направить дело на новое рассмотрение, однако он не вправе рассматривать дело по существу, т. е. его компетенция сходна с компетенцией судебного органа.

Кроме того, допускается подача жалобы в саму комиссию, которая размещает заказы. Эти жалобы вместе с объяснениями комиссии направляются в вышестоящий орган, осуществляющий административный контроль в данной сфере [14]. Споры, связанные с поставкой, оказанием иных услуг государству в Германии, как и во Франции, находятся в ведении административных судов. В общем, за рубежом, как правило, для государственных контрактов применяется особая подсудность.

Аналогичные положения содержатся и в Законе Украины от 22.02.2000 г. «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства» (ст. 36–37¹) [15]. Кроме того, в реализацию раздела VII Закона Украины «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства» от 22.02.2000 г. и п. 8 Постановления Кабинета Министров Украины от 27.09.2000 г. № 1469 «О системе государственных закупок» был разработан Порядок рассмотрения жалоб поставщиков (исполнителей) по вопросам организации и осуществления процедур закупок товаров, работ и услуг за государственные средства, утвержденный Приказом Министерства экономики Украины № 264 от 4.12.2000 г. [16], который

определяет порядок подачи, принятия к рассмотрению и рассмотрения жалоб Министерством экономики Украины.

Так, до заключения договора о закупке по вопросам нарушения заказчиком процедуры закупок или принятых решений, действий или бездействия возможно подать жалобу заказчику или уполномоченному органу и комиссии по рассмотрению жалоб при Тендерной палате Украины, на основе вывода которой уполномоченный орган (Минэкономики Украины) принимает решение.

Кроме того, согласно ст. 37¹ Минэкономики Украины органы Контрольно-ревизионной службы Украины, счетная палата имеют право проведения проверок (ревизий) в отношении соблюдения распорядителями государственных средств требований законодательства в сфере государственных закупок на всех стадиях государственных закупок.

Как отмечалось выше, в обязанности государств-членов входит обеспечение возможности проведения проверки принимаемых государственными органами-заказчиками решений.

С этой целью государства-члены должны включить в процедуру контроля положения, во-первых, о временных мерах по устранению возможных нарушений или предупреждению причинения убытков их интересам в будущем, включая приостановление процедуры размещения публичных заказов или имплементации любого решения государственного органа-заказчика (ст. 2(1,а) Директивы о средствах судебной защиты в государственном секторе); во-вторых, об отмене (отсрочке) незаконных решений, включая устранение дискриминационных технических, экономических или финансовых требований в условиях тендера, в регулярных сообщениях и в иных документах, относящихся к процедуре размещения заказа (ст. 2(1,в) Директивы о средствах судебной защиты в государственном секторе).

Аналогичные требования содержатся и в Директиве о средствах судебной защиты в коммунальном секторе (ст. 2(1,а) и 2(1, б) соответственно). Однако в этой Директиве предусматриваются и дополнительные процедуры.

Во-первых, в случае, если государства-члены не в состоянии предупредить либо устранить последствия нарушений, то они должны выдать распоряжение об уплате конкретной денежной суммы (ст. 2(1,с)) в размере, достаточном для устранения последствий нарушения. Размер суммы может зависеть и от окончательного реше-

ния, из которого вытекает, что нарушение фактически устранено (ст. 2(5)). В любом случае сумма должна быть адекватна причиненным убыткам, т. е. традиционно возмещаются реальные убытки (*damnum emergens*), неполученные доходы (*lucrum cessans*), нематериальные убытки и убытки, причиненные в связи с просрочкой выполнения взятых обязательств. По правилу ст. 2(7) Директивы о средствах судебной защиты в коммунальном секторе возмещение ущерба происходит за счет средств за участие в процедуре размещения публичного заказа, если потерпевшая сторона докажет, что имеет место нарушение норм права Сообщества или норм национального законодательства об имплементации этих норм и что нарушение лишило сторону реального шанса на получение заказа.

Названное положение предусматривает лишь возмещение убытков, причиненных во время процедуры размещения заказов. При этом в национальных законодательствах предусмотрены штрафные санкции не только в указанной сфере, но и за ненадлежащее исполнение государственного контракта, за отказ от продолжения контракта в одностороннем порядке и т. д.

Так, во Франции, Италии, Германии установлено правило, согласно которому подлежат возмещению в полном объеме убытки, включая и упущенную выгоду, причиненные государственным заказчиком полным или частичным отказом. При этом исполнитель не вправе требовать от государства через суд исполнения договора в натуре.

Аналогичное требование было установлено в Законе Российской Федерации от 28 мая 1992 г. «О поставках продукции для федеральных нужд» (п. 3 ст. 3; п. 4 ст. 8). Федеральный Закон РФ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ подобных положений не содержит.

Во-вторых, свидетельства (ст. 3–7 Директивы о средствах судебной защиты в коммунальном секторе). Государственные органы-заказчики могут периодически контролировать процедуру предоставления контрактов по вопросу соответствия ее нормам права ЕС и национальным нормам об имплементации этих норм.

В качестве свидетелей могут выступать лица, обладающие соответствующей профессионально квалификацией и опытом (с этой целью государства-члены могут предусмотреть в качестве обязатель-

ного требования предметную квалификацию, которая соответствовала бы окончанию вуза в сфере действия Директивы 89/48 (ЕС) либо подтверждалась определенным государственным или признаваемым государством квалификационным экзаменом), при этом они должны быть независимы от заказчика и объективны при исследовании.

Об итогах проверки в письменной форме сообщается заказчику, который при желании может дать соответствующее сообщение в Официальном вестнике ЕС.

В-третьих, согласительная процедура (ст. 9–11 Директивы о средствах судебной защиты в коммунальном секторе), которая вводится с согласия сторон. Любое лицо, заинтересованное в получении государственного заказа, которое считает, что ему причинены или могут быть причинены убытки от возможного нарушения норм о публичных заказах, может предложить введение такой процедуры.

Комиссия по согласованию с Совещательным комитетом по публичным заказам либо с государственным органом-заказчиком составляет список кандидатов в независимые посредники, который утверждается сторонами.

Посредник предоставляет лицу, предложившему введение процедуры, заказчику либо любому заинтересованному кандидату либо офференту, принимающим участие в соответствующей процедуре размещения заказов, возможность дать объяснение (письменно или устно) по существу дела. Стороны могут в любое время прекратить процедуру.

Обо всех полученных результатах и сделанных выводах посредники уведомляют Комиссию, на которую возложен общий контроль за порядком размещения публичных (государственных) заказов.

Если иное не установлено, то процедура проводится за счет средств сторон (по $1/2$), за исключением приглашенных сторон.

Посредник может принять решение о прекращении согласительной процедуры, если имеет место судебный контроль и потерпевшая сторона отказывается принять участие в согласительной процедуре, о чем уведомляет Комиссию.

Как видно из анализа директив, специального контролирующего органа проверки процедур размещения публичного заказа не создается. Единственно постоянно действующим контролирующим органом является Комиссия ЕС, в обязанность которой входит обеспечение применения положений Договора и мер, предпринимаемых институ-

тами для этого. Следовательно, в государствах-членах должна быть создана действенная система контроля на основе стандартной.

Государства, стремящиеся к ассоциированному членству в ЕС, должны приблизить свое национальное законодательство к праву ЕС до уровня, позволившего бы применять метод взаимного признания норм и стандартов ЕС. Такое сближение невозможно без создания соответствующей нормативной базы, конкурентной среды внутри государства.

На сегодняшний день в Украине действительно действенного механизма контроля за размещением государственного заказа не существует. Хотя законодательство Украины предусматривает два вида контроля – государственный (в порядке ст. 37¹ Закона Украины «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства») и общественный (в порядке ст. 37 этого же закона).

Желание получить государственный контракт порождает проявление коррупции в виде взяточничества, превышения служебных полномочий со стороны должностных лиц государственных органов, организации конкурса (тендера) под конкретного поставщика.

При этом необходимо отметить в целом тенденцию по уменьшению количества нарушений и увеличению процентного соотношения нарушений по (не) применению соответствующей процедуры. Так, если в течение 1 квартала 2002 г. Главным контрольно-ревизионным управлением при участии Министерства экономики и по вопросам европейской интеграции Украины из проверенных 2447 предприятий, учреждений и организаций, которыми на закупку товаров, оплату работ и услуг было затрачено 622,6 *млн грн* бюджетных средств, было выявлено 432 предприятия и организации, которые произвели закупку без проведения тендера (на общую сумму 42,9 *млн грн*), то в 1 квартале 2005 г. из проверенных 2153 предприятий, учреждений и организаций всех форм собственности на 191 объекте на общую сумму 25,0 *млн грн* не применялись соответствующие процедуры, что составило почти 94 % от общей суммы выявленных нарушений.

При этом, если по результатам проверки в течение 1 квартала 2002 г. 108 должностных лиц были привлечены к материальной и дисциплинарной ответственности, то в течение 1 квартала 2005 г. к дисциплинарной и материальной ответственности привлечено 3 должностных лица, к административной – 96. правоохранительным органам переданы материалы 57 проверок, по которым возбуждено 6 уголовных дел.

В нормативных актах, регулирующих государственные закупки, не содержится норм, устанавливающих ответственность заказчика за совершенные в отношении поставщиков дискриминационные действия.

Так, Закон Украины «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства» лишь содержит норму (ст. 7), согласно которой заказчик по согласованию с уполномоченным органом обязан отклонить тендерное предложение, если имеются неопровержимые доказательства того, что исполнитель дает, предлагает или соглашается дать прямо или опосредованно какому-либо должностному лицу заказчика, другого государственного органа вознаграждение в любой форме с целью повлиять на принятие решения об определении победителя процедуры или об определении вида процедуры закупки.

Кроме того, одним из важнейших экономических обстоятельств, порождающих весь комплекс проблем управления государственными заказами, является ограничение возможностей действия в полном объеме механизма стимулирования, основанного на конкуренции. В большинстве стран закон обязывает заказчика выбрать того участника, который предлагает наилучшие условия и цену контракта, при этом ко всем потенциальным исполнителям (поставщикам) должны предъявляться одинаковые требования. Недопустимо установление каких-либо дискриминационных критериев в отношении отдельных групп исполнителей (поставщиков), в частности в отношении национальных и иностранных производителей.

Однако во многих из них существуют нормы, устанавливающие требования предоставлять привилегии определенным категориям лиц, прежде всего преференции национальным производителям (так, по статистике лишь 3–4 % государственных контрактов попадают в руки производителей не тех стран, правительства которых их распределяют). В наибольшей степени рынок государственных закупок закрыт в Италии, где только 1 % стоимости контрактов достается иностранцам. И в то же время на относительно открытом британском рынке их доля составляет лишь 5 %).

Любое государство заинтересованно в поддержании и развитии прежде всего национального производителя. Учитывая стимулирующую роль государственного заказа, вполне объяснимо желание государства обеспечить преимущественное положение по сравнению с другими субъектами отечественному производителю.

В этой связи стоит отметить прогрессивные положения Закона Украины «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства» от 22.02.2000 г. по сравнению с Законом Украины «О поставке продукции для государственных нужд» от 22.12.1995 г. — «выбор исполнителей заказа производится, исходя из государственных интересов» — неясно, когда преимущественное участие украинского предприятия будет считаться государственным интересом, а когда нет. Кроме того, сложно проверить будет ли преимущественное участие украинского исполнителя государственным интересом именно в понимании того или иного органа, являющегося заказчиком [17, с. 13].

В Законе 2000 г. же предусмотрены условия защиты отечественного рынка (ст. 6), установлена преференциальная поправка — способ предоставления заказчиком преимущества отечественному производителю, т. е. резиденту, осуществляющему производство товаров, выполняющему работы или оказывающему услугу на территории Украины, путем применения процентного предела к цене его тендерного предложения по сравнению с наиболее выгодным среди поданных.

Необходимо отметить, что украинский закон предусматривает больший размер преференциальной поправки, чем Директива ЕС (10 % и 3 % соответственно).

Закон Украины предусматривает также дополнительные льготы для предприятий общественных организаций инвалидов, для предприятий, на которых количество инвалидов, имеющих основное место работы, составляет не менее 50 % от среднеучетной численности штатных работников учетного состава за год, независимо от суммы ожидаемой стоимости закупки, если данные предприятия являются производителями закупаемых товаров, работ, услуг, в виде повышенного размера преференциальной поправки — 15 %, даже в случае участия в процедуре только отечественных производителей.

Во всех остальных случаях преференциальные поправки применяются в зависимости от суммы ожидаемой стоимости закупки: для товаров — 200 тыс. евро; для услуг — 300 тыс. евро; для работ — 4 млн евро.

Кроме того, заказчик может потребовать от иностранного исполнителя, принимающего участие в процедуре закупки, выполнение работ и услуг, являющихся предметом закупки, с использованием отечественного сырья, материалов и рабочей силы в случае, если они осуществляются на территории Украины.

Базовые Директивы ЕС не предусматривают подобных положений, но в национальных законодательствах стран-членов ЕС предусматриваются дополнительные льготы.

Выводы. Представляется, что для обеспечения функционирования действенного механизма контроля необходимо: создание целостной нормативно-правовой базы, включающей согласованные блоки законодательства, актов органов местного самоуправления и норм международных договоров; четкое разграничение и взаимодействие функций всех органов в сфере обеспечения контроля за соблюдением норм в области закупок для государственных нужд.

В свете вышеуказанного было бы целесообразно внести в Закон Украины «О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства» в раздел VII «Обжалование относительно применения процедуры закупок» следующие дополнения:

установить обязанность государственного заказчика возместить причиненные его неправомерными действиями во время процедуры закупок убытки, размер которых определяется в соответствии с законодательством Украины;

предусмотреть возможность рассмотрения жалобы исполнителя не только заказчиком или уполномоченным им органом, но и независимым органом, решение которого было бы обязательным и для исполнителя.

Литература

1. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть.— М.: Наука, 1996.— 389 с.
2. Малинин С. А. Мирное использование атомной энергии.— М.: Наука, 1971.— 270 с.
3. Усачев И. Г. Советский Союз и проблема разоружения.— М.: Наука, 1976.— 431 с.
4. Busa L. International Control as a Safeguard of Legality in International Life // Questions of International Law.— Budapest, 1966.— 250 s.
5. Котляров И. И. Правовые вопросы контроля за соблюдением международных обязательств // Международное сотрудничество и международное право.— М., 1977.— С. 75–79.

6. Валеев Р. М. Понятие международного контроля в международно-правовой литературе // Советский ежегодник международного права / Под ред. Е. Т. Усенко.— М.: Наука, 1981.— 459 с.

7. Талалаев А. Н. Право международных договоров. Действие и применение договоров.— М.: Наука, 1985.— 315 с.

8. Валеев Р. М. Контроль в современном международном праве: Монография.— 2-е изд., перераб. и доп.— Казань: Центр инновационных технологий, 2003.— 390 с.

9. Горшенев В. М., Шахов И. Б. Контроль как правовая форма деятельности.— М.: Наука, 1982.— 250 с.

10. Sarosciak J. Prawo administracyjne.— W-wa, 1966.— 320 с.

11. Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge // Amtsblatt.— 1989.— № L 395 (30.12).— S. 0033—0035.

12. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor // Amtsblatt.— 1992.— № L 076 (23.03).— S. 0014—0020.

13. Улыбышева Е. Либерализация рынков государственных заказов в ЕС // Мировая экономика и международные отношения.— 1995.— № 12.— С. 128—134.

14. Маркварт Э, Исупова С. Размещение публичных — государственных, муниципальных — заказов. Система муниципального заказа: Модельные разработки и практические примеры // <http://rels.obninsk.com/ПРОЕКТ/Rasdel-6/7-et-2.htm>

15. О закупке товаров, работ и услуг за государственные средства: Закон Украины от 22.02.2000 г. № 1490-III // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2000.— № 20.— Ст. 148.

16. Порядок розгляду скарг постачальників (виконавців) щодо організації та здійснення процедур закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, затверджений Наказом Міністерства України від 04.12.2000 р. № 264 // Вісник державних закупівель.— 2000.— № 30.— С. 26—28.

17. Загнитко О. Государственный заказ как средство поддержки отечественного товаропроизводителя // Предпринимательство, хозяйство и право.— 1999.— № 5.— С. 11—18.

Представлена в редакцию 07.02.2006 г.

Е. Л. Косяк

соискатель

Института экономико-правовых исследований НАН Украины

ПРОБЛЕМЫ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ КОНТРАБАНДНЫХ ПРОЯВЛЕНИЙ МЕТОДАМИ ХОЗЯЙСТВЕННО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Дана количественная и качественная характеристика контрабандных проявлений, имевших место в Донецкой области в 2003—2005 гг. На её основе, а также с учётом анализа законодательства ЕС сделана попытка сформулировать основные причины, побуждающие субъектов ВЭД нарушать действующее законодательство, и выработать предложения по предупреждению контрабанды хозяйственно-правовыми методами. Основной акцент сделан на изменение действующего порядка получения бюджетного возмещения НДС по экспортным операциям как основной причины совершения контрабанды при осуществлении экспортных операций.

В условиях рыночной экономики и дальнейшей либерализации внешнеэкономической деятельности вопрос предупреждения деликтного поведения субъектов ВЭД и минимизации его последствий является крайне актуальным.

Не последнюю роль в этом должны играть хозяйственно-правовые средства, поскольку, согласно ст. 380 Хозяйственного кодекса Украины [1], основными задачами государственного регулирования ВЭД являются защита экономических интересов Украины, прав и законных интересов субъектов ВЭД, создание равных усло-

© Е.Л. Косяк, 2006

вий для развития всех видов предпринимательства в сфере ВЭД и использования субъектами ВЭД доходов и инвестиций, поощрение конкуренции и ограничение монополизма субъектов хозяйствования в сфере ВЭД. *Целью исследования является анализ причин, побуждающих выработку предложений по совершенствованию действующего законодательства Украины о внешнеэкономической деятельности, направленных на минимизацию контрабанды.*

По данным Главного управления статистики Донецкой областной государственной администрации, за 8 месяцев 2005 г. в Донецкой области наблюдается существенная активизация ВЭД, несмотря на ухудшение на мировых рынках ценовой конъюнктуры в отношении продукции чёрной металлургии и химии, обострение конкуренции в отношении традиционных экспортных товаров и снижение спроса на импорт продукции предприятий области со стороны основных торговых партнёров.

За указанный период внешнеторговый оборот товаров и услуг в области составил более *5591,08 млн дол. США* (рост в сравнении с аналогичным периодом 2004 г. — на 17,3 %) и имеет положительное сальдо примерно *3 млрд дол.*, в том числе экспорт — *4295,49 млн дол.* (прирост 10,5 %), импорт *1295,59 млн дол.* (прирост 47,5 %). Общий прирост экспорта обеспечен за счёт наращивания поставок металлопродукции (23,6 %), машин и механизмов (12,4 %), полимерных материалов (26,8 %), продукции АПК (4,4 %). Как и в прошлые годы, основную долю экспорта в отчётном периоде составила продукция с низкой степенью переработки, в частности, чёрные металлы и изделия из них (87,8 %) [2].

Однако такое внешне благополучное положение в сфере ВЭД в области вовсе не свидетельствует об отсутствии нарушений действующего законодательства, допускаемых субъектами ВЭД. Одно из ведущих мест среди таких правонарушений занимают контрабандные проявления.

Пограничное географическое положение области, наличие протяжённой морской (150 км) и сухопутной (115 км) границы с Российской Федерацией, мощного индустриального потенциала, большое количество населения, развитая городская и сельская инфраструктура, наличие разветвлённой сети транспортных магистралей и Мариупольского государственного морского торгового порта,

имеющего международное значение, делают Донецкую область особенно привлекательной для лиц, занимающихся контрабандой.

Правоохранительная практика за период 2003—2005 гг. свидетельствует о всё более широкомасштабном и организованном характере контрабандных проявлений. В последнее время наблюдается тенденция к переходу от «традиционной» контрабанды, совершаемой «челноками»-одиночками к так называемой «экономической» или «интеллектуальной» контрабанде, совершаемой субъектами предпринимательской деятельности и зачастую продиктованной целями минимизации таможенных и налоговых платежей, подлежащих уплате в Государственный бюджет Украины при таможенном оформлении товаров (контрабанда «на ввозе» товарно-материальных ценностей в Украину), или незаконного получения бюджетного возмещения НДС (контрабанда «на вывозе» товарно-материальных ценностей из Украины).

Так в 2003 г. правоохранительными органами Донецкой области выявлено и пресечено 32 факта контрабанды, в результате чего изъято товаров-предметов контрабанды на сумму около *5 млн грн*. В 2004 г. количество выявленных и пресечённых фактов контрабанды уменьшилось до 16, однако стоимость предметов контрабанды возросла до *22 млн 600 тыс. грн*. За истекший период 2005 г. выявлено 6 фактов контрабанды товаров, стоимость предметов контрабанды превысила *50 млн грн*.

Таким образом, налицо явная криминализация внешнеэкономической деятельности, когда «инициатива» в совершении контрабанды переходит от физических лиц к лицам юридическим.

Действительно, если в 2003 г. основными субъектами совершения выявленных фактов контрабанды были или частные предприниматели, или просто граждане, задерживавшиеся при перемещении контрабандных товаров через таможенную границу Украины вне таможенного контроля (т. е. по объездным от таможенных постов дорогам) в среднем на сумму от *30 до 40 тыс. грн*, то в 2004 г. (особенно — в 2005 г.) выявлялись преимущественно факты контрабанды, совершённой субъектами предпринимательства в сфере ВЭД, и стоимость предметов контрабанды по отдельно взятым эпизодам составляла от *200 тыс. грн* и выше.

В последнее время наиболее распространёнными способами совершения контрабанды стали: использование фиктивных товаро-

сопроводительных и таможенных документов, сокрытие от таможенных органов фактических сведений о грузах, противоправные манипуляции с таможенной стоимостью товаров, перемещаемых через таможенную границу Украины (от её занижения при ввозе товаров в Украину путём использования «двойного» пакета таможенных документов до завышения стоимости перемещаемых через границу товарно-материальных ценностей при вывозе за пределы таможенной территории Украины товаров с целью последующего получения незаконного возмещения НДС).

Естественно, что в ограниченных рамках настоящей статьи невозможно даже в общих чертах охарактеризовать основные схемы совершения контрабанды юридическими лицами. Однако, по мнению автора, наиболее пристального внимания заслуживают существующие схемы противоправного получения бюджетного возмещения НДС путём осуществления вывоза за пределы Украины товаров (а зачастую – просто отходов) с указанием в таможенных документах их стоимости, завышенной в десятки, а то и сотни раз.

Так, в августе 2002 г. должностными лицами ООО «ДХП» г. Донецка по предварительному сговору с сотрудниками Донбасской региональной таможни было осуществлено таможенное оформление в режиме «экспорт» под видом микроскопа оптического сложного «Установка АЛА-ТОО» разукomплектованного и непригодного к эксплуатации оборудования. Фактическая стоимость груза при его таможенном оформлении была завышена в сотни раз, а вывозимое оборудование оказалось разрозненными составными частями прибора «масс-спектрографа», которые были оценены товароведческой экспертизой как металлолом. При фактической стоимости вывозимого «товара» в 50 тыс. грн его стоимость, указанная в таможенной декларации, составила более 15 млн грн. Общая сумма бюджетного возмещения НДС, которое намеревались получить участники преступной схемы, составила свыше 3 млн грн.

В конце июня-начале июля 2004 г. на таможенном посту «Азов-сталь» Мариупольской таможни Дочерним предприятием «Торговый Дом «ДПЗ» и декларантом ООО «Агропромэкспорт» был оформлен вывоз из Украины в адрес фирмы «Элина Трейдинг» (Греция) партии труб, задекларированных как «труба нержавеющая, бесшовная, тонкостенная» производства ДП «Никопольский завод особо

тонкостенных труб» ОАО «Никопольский южнотрубный завод» на сумму свыше *60 млн грн.* Впоследствии данный груз при его возврате из Эстонской Республики в Украину транзитом через РФ был задержан на Глуховской таможне Сумской области по подозрению в несоответствии наименования и цены перемещаемых через таможенную границу Украины товарно-материальных ценностей. Согласно экспертному заключению Центральной таможенной лаборатории ГТСУ, фактическая стоимость перемещаемых через таможенную границу Украины партии труб составила не более *3 млн грн.*

В 2005 г. сотрудниками правоохранительных органов пресечена попытка контрабандного вывоза должностными лицами одного из предприятий г. Донецка за пределы Украины партии нержавеющей стали в чушках под видом ферросплавов на сумму, превышающую *3 млн грн.*

Приведённые примеры – это только видимая часть преступных махинаций с получением бюджетного возмещения НДС.

Естественно, что борьба с такими проявлениями исключительно уголовно-правовыми методами может пресечь лишь отдельные преступные факты, не устраняя первопричину таких деяний. Причины же, которые их порождают, кроются в несовершенстве законодательства о внешнеэкономической деятельности и, соответственно, налогового законодательства.

Как справедливо отмечал Н. И. Мычко, «принятый в период рыночного романтизма Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» не соответствует существующим реалиям» [3, с. 80].

Так, ст. 11 данного закона [4] предусмотрен льготный порядок налогообложения экспортных операций, согласно которому налоговые льготы предоставляются субъектам ВЭД, экспорт которых превышает импорт за финансовый год, а также экспорт которых составляет не менее 5 % от объёма товаров, реализованных за финансовый год. Эти законодательные положения получили дальнейшее развитие в Хозяйственном кодексе Украины, ст. 385 которого закреплён принцип поощрения экспорта продукции отечественного производства, а также в Законе Украины «О налоге на добавленную стоимость» [5, с. 31], согласно п. 6.2.2. ст. 6 которого при исчислении НДС в случае продажи товаров, работ, услуг на экспорт применяется нулевая ставка налога, в результате чего экспортёры (а также налогоплательщики, передающие товары для экспорта на условиях комиссии, консигнации, поручения

или других видов договоров, не предусматривающих перехода права собственности на экспортируемые товары) приобретают право на возврат из бюджета сумм НДС, уплаченных ими при приобретении товара (либо сырья, материалов, полуфабрикатов, комплектующих, использованных для изготовления товара) [6, с. 246–247].

Возникновение такого права налогоплательщика-экспортёра (или иных налогоплательщиков, указанных выше), согласно ст. 8 Закона Украины «О налоге на добавленную стоимость», связано исключительно с предоставлением им в налоговые органы таможенной декларации, подтверждающей факт вывоза товаров за пределы таможенной территории Украины, а также копий платёжных поручений, заверенных банком, о перечислении плательщиком налога средств в пользу другого плательщика налога в оплату приобретённых товаров (работ, услуг) с учётом налогов, начисленных на цену такого приобретения [7, с. 830]. Такое бюджетное возмещение может быть осуществлено по желанию налогоплательщика, отображаемому в налоговой декларации, или наличными денежными средствами, или путём зачисления в счёт будущих платежей по НДС. Решение о способе возмещения НДС принимается должностными лицами органов ГНАУ.

Правоприменительная практика свидетельствует, что эта законодательная конструкция, изначально принятая с благой целью поддержания отечественного экспортера, фактически создаёт предпосылки для незаконного получения бюджетного возмещения НДС в денежной форме. Во всех приведенных выше примерах экспортируемые товарно-материальные ценности вывозились за пределы таможенной территории Украины субъектами предпринимательства, не являющимися их производителями. До их вывоза из Украины право собственности на них неоднократно переходило от одних юридических лиц к другим с постепенным ростом цены передаваемого товара в несколько десятков, а то и сотен раз. Среди таких «передаточных звеньев» рано или поздно оказывалось предприятие с признаками фиктивности (зарегистрированное на подставное лицо, отсутствующее по юридическому адресу и не предоставляющее налоговую отчётность в налоговые органы). Экспортируемые товарно-материальные ценности являлись фактически или отходами производства, или иными предметами, заведомо непригодными к использованию по целевому назначению. Как результат таких «схем», предприятие, яв-

ляющееся первым собственником экспортируемого товара (по документам), будучи или зарегистрированным на имя лиц, фактически не имевших отношения к его регистрации, или ликвидированным на момент осуществления экспорта товара, не формировало налоговые обязательства по уплате НДС в своей налоговой отчётности и, соответственно, не уплачивало его в доход Государственного бюджета Украины. Зачастую при передаче товарно-материальных ценностей от одного предприятия к другому денежные расчёты за передаваемый товар не осуществлялись, а основанием для формирования налогового кредита являлась выписка налоговой накладной. Следовательно, бюджетное возмещение НДС, поступающее на расчётный счёт предприятия – «собственника» экспортируемого «товара», фактически оказывалось суммой налогового кредита, которому не соответствовали налоговые обязательства, что является грубым нарушением Закона Украины «О налоге на добавленную стоимость».

Эта проблема, достаточно актуальная для Украины, не является новой и для Российской Федерации. Так, согласно Отчёту Счётной палаты РФ о результатах тематической проверки вопросов возмещения НДС, уплаченного поставщиками материальных ресурсов, использованных при производстве экспортной продукции, в Министерстве РФ по налогам и сборам и Государственном таможенном комитете РФ за 1999–2000 г. и январь–май 2001 г., было установлено, что за 1999–2001 г. налоговыми органами РФ предприятиям-экспортёрам было возмещено НДС на сумму *182,2 млн руб.*, в том числе возвращено на расчётные счета налогоплательщиков *62,2 млн руб.* По сведениям правоохранительных и налоговых органов, из года в год росло количество нарушений действующего законодательства, допускаемых при получении бюджетного возмещения НДС. Наиболее типичными схемами незаконного или необоснованного изъятия из федерального бюджета сумм налога были: завышение таможенной стоимости экспортируемых товаров, в том числе путём завышения цены, по которым организация-экспортёр приобретала материальные ресурсы у предприятий-поставщиков (контрабанда); псевдоэкспортные отправки продукции путём подделки штампов таможенных органов; приобретение экспортёрами товаров у организаций (посредников), не встававших на налоговый учёт или не предоставлявших налоговую отчётность и не уплачивающих в федеральный бюджет налоги.

Счётная палата РФ констатировала, что предусмотренный Инструкцией Госналогслужбы России от 11.10.1995 г. № 39 перечень документов, которые предприятия-экспортёры должны были предоставлять в налоговые органы (контракт российского юридического лица-налогоплательщика с иностранными лицами на поставку товаров (выполнение работ и услуг), выписки банка, подтверждающие поступление выручки от реализации товаров (выполнения работ и услуг), грузовые таможенные декларации с оттисками штампа таможни «выпуск разрешён», копии товаросопроводительных, таможенных либо других документов, подтверждающих вывоз экспортируемых товаров за пределы территорий государств-участников СНГ), не обеспечивал должного контроля за законностью возмещения НДС предприятиям-экспортёрам.

В качестве недостатка законодательного регулирования вопроса возмещения НДС было отмечено, что Закон РФ «О налоге на добавленную стоимость» не установил зависимость между правоммерностью предъявления к возмещению из федерального бюджета сумм НДС и подтверждением факта уплаты налога в бюджет поставщиками товаров, использованных при экспорте [8].

Эта же проблема с возмещением НДС существует во всех странах, где функционирует НДС. В Евросоюзе этот вопрос урегулирован Тринадцатой директивой (86–560ЕЭС) Совета Европейского Содружества о гармонизации законодательства государств-членов от 17 ноября 1986 г. При взимании НДС европейцы придерживаются принципа «страны назначения», – если товары не потребляются в стране-производителе, то НДС, включённый в их стоимость, подлежит возмещению нерезиденту, потребившему товар или услугу. Критерии возврата НДС следующие: нижний предел суммы НДС, которую можно вернуть, устанавливается на уровне EUR 100–200; претендент на возврат НДС не должен иметь постоянного места осуществления предпринимательской деятельности на территории Содружества; необходимо доказать, что украинское предприятие на протяжении определённого периода не осуществляло продажу товаров (работ, услуг) на территории конкретной страны; украинское предприятие, претендующее на возврат НДС, должно быть зарегистрировано плательщиком НДС в Украине [9].

Заслуживает внимания и тот факт, что законодательство государств-членов ЕС не предусматривает неограниченного права на по-

лучение возмещения НДС. Так, в государствах-членах ЕС возмещению подлежит только НДС, уплачиваемый на ресурсы, приобретаемые в рамках производственной деятельности [10]. При этом указанные в декларациях суммы НДС возмещаются, исходя из установленного для каждого налогоплательщика утверждённого уровня возврата налогов (определяется с учётом размера его налогооблагаемой базы, который регулярно пересматривается). Вопрос о возмещении НДС налогоплательщикам в государствах-членах ЕС решается преимущественно после соответствующих проверок (аудита) субъектов предпринимательской деятельности налоговыми органами. При проведении аудита изучается и проверяется система бухгалтерского учёта налогоплательщика с целью проверки точности приводимой в ней информации. Данная информация сопоставляется с информацией, содержащейся в налоговой отчётности и, выборочно, с оправдательными документами от поставщиков. Решение о возмещении НДС принимается лишь при отсутствии каких-либо нарушений и если суммы продаж и расходов, указанные в декларациях по НДС, совпадают с данными налоговой декларации по подоходному налогу [11].

Приведенный анализ нормативных актов Украины, РФ и ЕС, регламентирующих порядок возмещения НДС при осуществлении экспортных операций, позволяет сформулировать ряд предложений по внесению изменений в действующие нормативные акты Украины, посвящённые регулированию возмещения НДС.

Прежде всего это отказ от предусмотренной законодательством возможности возмещения НДС предприятию-экспортёру денежными средствами и законодательное закрепление возмещения НДС только путём зачёта данных сумм в счёт будущих платежей.

Во-вторых, это законодательное предоставление права получения бюджетного возмещения НДС только предприятию-производителю экспортируемого товара, зарегистрированному в качестве плательщика НДС.

В третьих, это закрепление на законодательном уровне положения, предусматривающего обязательное проведение налоговыми органами перед решением вопроса о возмещении НДС проверок соблюдения налогового законодательства предприятием, заявляющим НДС к возмещению по приведенной выше схеме, действующей в государствах-членах ЕС.

Наконец, это введение обязательных специальных банковских счетов предприятий, через которые будут осуществляться расчёты по уплате и возврату НДС.

Данные законодательные предложения позволят минимизировать причины, способствующие совершению контрабанды товаров на вывоз из Украины с целью последующего незаконного получения бюджетного возмещения НДС.

Литература

1. Хозяйственный кодекс Украины: Закон Украины от 16 января 2003 г. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України.— 2003.— № 18—22.— Ст. 144.

2. Основні показники економічного і соціального розвитку Донецької області за 8 міс. 2005 р. / Донецьке обласне управління статистики.— Донецьк.— С. 19.

3. Мычко Н. И. Причины и условия совершения правонарушений и преступлений в сфере внешнеэкономической хозяйственной деятельности // Совершенствование правового регулирования внешнеэкономической деятельности: Сб. науч. тр.— Донецьк: Ин-т економіко-правових досліджень НАН України, 1998.— С. 80.

4. О внешнеэкономической деятельности: Закон Украины от 16 апреля 1991 г. № 959-XII // Відомості Верховної Ради України.— 1991.— № 29.— Ст. 377.

5. Закон о НДС. Редакция, действующая с 01.01.2004 г. Энциклопедия бухгалтера и экономиста.— Харьков: ООО Центр «Консульт», 2004.— С. 31.

6. Основы налогового права: Учеб. пособие / Под ред. Н. П. Кучерявенко.— Харьков: Легас, 2003.— С. 246—247.

7. Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий.— Харьков: Одиссей, 2004.— С. 830.

8. Отчёт о результатах тематической проверки возмещения налога на добавленную стоимость, уплаченного поставщикам материальных ресурсов, использованных при производстве экспортной продукции, в Министерстве Российской Федерации по налогам и сборам и Государственном таможенном комитете Российской Федерации за 1999—2000 годы и январь—май 2001 года. Бюллетень Счётной палаты Российской Федерации № 7/8 (43/44) 2001 г. // <http://budgetrf.nsu.ru/Publications/Schpalata/2001/bulletin/schpal1782001bull7—6.htm>.

9. Андриенко С. НДС из ЕС? YES! – //http://kontrakty.com.ua/show/rus/print_article/2/1220055090.html.

10. Владимиров М., Кусков Е. Реформа НДС: Движение в сторону европейского законодательства. – // http://www.kuzbassinvest.ru/digest/2.

11. Кузьменкова Н. НДС: хороший опыт можно использовать. – http://belpages.com/news/wmview.php?ArtID=3629.

Представлена в редакцию 09.03.2006 г.

С. А. Кожемякин

соискатель

Института экономико-правовых исследований НАН Украины

ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ СИСТЕМ

Рассмотрены внешнеэкономические аспекты правосубъектности хозяйственных систем (корпораций, концернов и т. д.). Проанализировано право Украины, ЕС и ВТО с позиций особенностей правосубъектности хозяйственных систем во внешнеэкономических отношениях. Предложены пути развития хозяйственного законодательства Украины, регулирующего деятельность хозяйственных систем.

Впервые понятие «хозяйственная система» было закреплено в «Общем положении о министерствах СССР» от 10 июля 1967 г. Указанным актом закреплялась система хозяйствования, которую можно назвать «пирамида хозяйственной власти» в экономике. Именно хозяйственные министерства рассматривались как центры хозяйственных систем, а в качестве их составных частей воспринимались предприятия и объединения предприятий. Таким образом, в советский период под хозяйственными системами понимались совокупности хозяйствующих субъектов (предприятий и объединений) и государственных учреждений (министерства).

© С.А. Кожемякин, 2006

В современных условиях стремительного захвата товарных и финансовых рынков различными объединениями предприятий (корпорациями, концернами, холдингами и другими подобными структурами) адекватное правовое регулирование их деятельности стало актуальным и для Украины. Возможно, единственно верным решением этой проблемы будет восприятие вышеуказанных совокупностей хозяйствующих субъектов не как объединений предприятий, а как хозяйственных систем, т. е. совокупностей хозяйствующих субъектов – юридических лиц, интегрированных в единое целое на основании договора или устава, либо на основании участия в капитале или управлении.

Однако вопрос теоретического обоснования понятия хозяйственных систем, исследования истории его развития и совершенствования настолько важен, что требует для своего раскрытия отдельной публикации. Поэтому в статье рассмотрены лишь особенности внешнеэкономической правосубъектности хозяйственных систем при осуществлении ними внешнеэкономической деятельности, остальные же аспекты существования хозяйственных систем уже рассматривались в иных статьях [1, 2, 3].

На сегодняшний день существует множество мнений о правосубъектности хозяйственных систем, высказанных различными учёными-юристами, такими как В. В. Лаптев, Г. В. Пронская [4, 5, 6, 7, 8, 9]; В. К. Мамутов [10, 11]; Н. И. Коняев [12]; М. Рутман [13]; А. Г. Быков, С. А. Верб, В. П. Грибанов [14]; В. С. Мартемьянов [15]; В. В. Хахулин [16]; И. Г. Побирченко [17]; И. Бейцун [18]. В то же время некоторые учёные рассматривали правосубъектность отдельных видов хозяйственных систем, а именно: В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожный [19]; Е. В. Ленский [20]; А. Р. Горбунов [21, 22]; Т. Волк, О. Водяников, И. Коноваленко [23]; В. А. Дадалко, Е. Е. Румянцев, Н. Н. Демчук [24]; Г. П. Толстопятенко [25]; Т. Волк, Г. Друзенко, Г. Зугравый, Т. Качка, И. Коноваленко, М. Парапан, Н. Перестюк [26]; Д. В. Задыхайло [27]; Н. Ю. Ерпылева [28]; А. А. Вишневецкий [29]; А. Жалинский, А. Рёрихт [30] и др.

Однако до настоящего времени остаются без рассмотрения внешнеэкономические аспекты правосубъектности хозяйственных систем. *Поэтому целью данной статьи является исследование указанной проблемы с точки зрения современной науки хозяйственного права.*

В силу специфики самих хозяйственных систем и отсутствия закрепления их правосубъектности в законодательстве (сегодня имеется регламентация правосубъектности некоторых их видов – концернов, консорциумов и др.) важным является вопрос определения правовой природы отношений, которые складываются между хозяйственной системой и её структурными подразделениями, находящимися за пределами территории Украины, что и отражает внешнеэкономическую специфику правосубъектности всей хозяйственной системы. При этом необходимо понимать, что отношения, которые возникают в хозяйственной системе, можно условно разделить на хозяйственно-производственные, организационно-хозяйственные и внутрихозяйственные. Правовое регулирование данных отношений осуществляется законодательными актами Украины (ст. 3 Хозяйственного кодекса Украины, Таможенным кодексом Украины, Законом Украины «О внешнеэкономической деятельности» и др.) [31, 32, 33], а также локальными актами (уставами).

В соответствии со ст. 3 ХК Украины к вышеуказанным хозяйственно-производственным отношениям относятся имущественные и иные отношения, которые возникают между субъектами хозяйствования при непосредственном осуществлении хозяйственных отношений. К организационно-хозяйственным относятся отношения, которые возникают между субъектом хозяйствования и субъектом организационно-хозяйственных полномочий в процессе управления хозяйственной деятельностью. В хозяйственных системах они существуют между органами управления системой и субъектами, входящими в них, а также между органами управления каждого конкретного хозяйственного субъекта системы и его органом управления. Эти отношения имеют управленческую природу и не влекут за собой изменение права собственности на какое-либо имущество или денежные средства. К внутрихозяйственным отнесены отношения, которые складываются между структурными подразделениями субъекта хозяйствования, и отношения субъекта хозяйствования со своими структурными подразделениями.

Существенная доля международной торговли (около 30 %) формируется из внутрикорпоративных «потоков» в хозяйственных системах. Ими создана специфическая форма перевода капитала посредством трансферных цен (в том числе специально завышенных

или заниженных), устанавливаемых самими хозяйственными системами при поставках товаров и предоставлении услуг своими дочерними компаниями и филиалами в рамках корпораций [20, с. 86]. Поэтому очень важным является вопрос признания вышеуказанных юридических лиц структурными единицами хозяйственных систем.

Однако в связи с тем, что не все хозяйственные системы являются юридическими лицами, о внешнеэкономической специфичности правосубъектности можно говорить только в отношении хозяйственных систем, которые являются юридическими лицами. Это происходит потому, что только хозяйственные системы, являющиеся юридическими лицами, выступают в хозяйственном обороте как единый субъект права и поэтому расположение его части за пределами территории Украины приводит к тому, что между какими-либо частями одного субъекта права хозяйственно-правовые отношения приобретают статус внешнеэкономических отношений, что существенно влияет на всю хозяйственную систему и порядок её функционирования.

В ситуации, когда часть хозяйственной системы находится за пределами Украины, внешнеэкономический аспект существенно влияет на правосубъектность всей системы, а именно — дееспособность и деликтоспособность. В правовом смысле та часть хозяйственной системы, которая находится не в одном государстве со своим «материнским предприятием», можно сказать, «отсекается» от всей системы и воспринимается государством как автономный субъект права, подлежащий государственному регулированию безотносительно того, является ли он частью хозяйственной системы или нет. Это не соответствует правовой природе, сущности тех отношений, которые фактически существуют. В данном случае реализация товаров иностранным хозяйствующим субъектом будет происходить только после реализации товаров или услуг иностранному субъекту, не являющемуся частью этой хозяйственной системы. Необходимо помнить о том, что реализация товаров и услуг за пределами Украины является проявлением дееспособности всей хозяйственной системы, и все правовые последствия должны возлагаться на всю систему, а не только какую-то ее часть (юридическое лицо), находящуюся за пределами территории Украины.

Хозяйственная система посредством контроля (через отношения собственности, права управления и т. д.) влияет на принятие

решения юридическим лицом и поэтому должна отвечать за неблагоприятные последствия данного влияния. При этом право выполнит свои функции лишь только тогда, когда оно защитит отдельно взятых хозяйствующих субъектов от неправомерных действий хозяйственной системы (или её доминирующих членов), а также защитит права хозяйственной системы от неправомерных действий её отдельных членов. Это может происходить путём уравнивания права кого-либо влиять на дееспособность иных субъектов права соразмерной ответственностью за это влияние.

Однако если хозяйственная система не вмешивается и не может вмешиваться в деятельность «своего» хозяйствующего субъекта, т. е. реализовывать свою дееспособность через подконтрольный субъект, то она не отвечает по его обязательствам. Подобная ситуация возможна, если хозяйственная система владеет привилегированными акциями, т. е. акциями без права голоса, и не имеет своих представителей в органах управления предприятия (части 5, 6, 7, 8 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовой бирже» [46]).

При этом отношения, существующие между системой и её структурным элементом, по своей сути являются внутрихозяйственными отношениями, так как прибыль от той или иной операции хозяйственная система получит только после «выхода» (продажи) товара или услуг предприятию, не входящему в хозяйственную систему (согласно ч. 5 ст. 73 Хозяйственного кодекса Украины). Хозяйственные отношения, включая внешнеэкономические, участниками которых являются субъекты одной системы, будут внутрихозяйственными для нее, и прибыль от указанной операции она не получит. Таким образом, внутрихозяйственные отношения направлены на перераспределение материальных ресурсов внутри системы для производства конечного продукта и его последующей реализации через сбытовые подразделения. Поэтому фискальная политика государства должна учитывать этот момент и соответствующим образом регламентировать порядок деятельности в сфере ВЭД.

Однако анализ конвенций об устранении двойного налогообложения, заключённых между Украиной и другими государствами, позволяет утверждать, что в соответствии со ст. 5 конвенций между Украиной и Соединённым Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Королевством Нидерланды, Латвийской Республикой,

Соединёнными Штатами Америки (в том числе между Украиной и ещё более чем тридцатью государствами) [34, 35, 36, 37] одна компания контролирует другую, не преобразовывая последнюю в постоянное представительство первой на территории Украины или иной договаривающейся стороны. То есть для государства и общества компания, которая реально управляет субъектом хозяйствования, определяет направления его деятельности и влияет на принятие им хозяйственных решений, на дееспособность того или иного подконтрольного субъекта хозяйствования, юридически не воспринимается как компания, реализующая свои интересы на территории Украины. Однако изначально это неправомерно, так как предприятие, которое входит в хозяйственную систему, реализует волеизъявление материнской компании, т. е. становится предприятием, которое выражает дееспособность всей хозяйственной системы и действует в рамках закона, поэтому должно приобретать соответствующий правовой статус и подвергаться соответствующим фискальным воздействиям (сборы и т. д.).

При этом немаловажным аспектом в понимании правосубъектности хозяйственных систем является право ЕС и ВТО. Поэтому, говоря о хозяйственных системах, необходимо воспринимать их с позиций и в духе *acquis communautaire* права ЕС, что чётко зафиксировано в следующих актах:

Директива Совета от 23.07.1990 г. о совместной системе налогообложения, которые относятся к случаям слияния, разделения, перевода активов и обмена акциями, когда общества находятся в пределах юрисдикций разных государств-членов (Council Directive of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable to Mergers, Divisions, Transfers of Assets and Exchanges of Shares Concerning Companies of Different Member State, 90/434/EEC) [38];

Директива Совета от 23.07.1990 г. об общей системе налогообложения, которая применяется к материнским и дочерним компаниям которые находятся в пределах юрисдикции разных государств-членов (Council Directive of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable to Parent Companies and Their Subsidiaries of Different Member States. 90/435/EEC) [39];

Конвенция об устранении двойного налогообложения в связи с корригированием прибыли связанных лиц (Convention on the Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of

Profits of Associated Enterprises of Different Member States. 90/436/EEC, OJ L 225, 20.08.1990 г.) [40];

Директива Совета 2003/49/ЕС от 3.06.2003 г. о совместной системе налогообложения, которая применяется к выплатам процентов и роялти между связанными лицами, которые находятся в границах юрисдикции разных государств-членов [41];

Директива Совета 92/30/ЕЕС от 6.04.1992 г. о надзоре за кредитными институтами на консолидированной основе [42].

Проанализировав вышеуказанные акты, можно говорить о наличии определённых правовых позиций внутри ЕС в отношении хозяйственных систем, нашедших своё выражение в понятиях «материнское предприятие», «субсидиарий», «аффилированное лицо», «участие» и т. д.

Также необходимо помнить, что для хозяйственных систем и их эффективного хозяйствования важен вопрос о возможности использования тех преимуществ, которые даёт им их специфическая правосубъектность, т. е. композитная структура, предопределённая единством хозяйственной системы. Так, в Директиве Совета 90/435/ЕС определены критерии, которым должны отвечать «материнские» и «дочерние» компании для того, чтобы они могли воспользоваться преимуществами, действующими в рамках совместной системы налогообложения компаний государств-членов ЕС. Например, используется типовая для норм вторичного законодательства ЕС показатель владения материнской компанией не менее чем 25 % капитала дочерней компании, который по выбору любого государства-члена ЕС может быть изменён на критерий права голоса в той же пропорции, что и процент получения прибыли.

Также вызывает определённый интерес положение п. 2 ст. 3 Директивы Совета 90/435/ЕС, в соответствии с которым государства-члены ЕС вправе не применять положения Директивы к тем компаниям, которые непрерывно в течение хотя бы двух лет не поддерживают свои дочерние компании. Это право является исключением, свидетельствующим о том, что вышеуказанное «поддержание» является признаком, разграничивающим хозяйственные системы на системы с формально-юридической структурой (их структура обусловлена лишь юридическим состоянием зависимости без реальной реализаций своих правомочий со стороны материнской компании) и

объективно-юридической структурой (материнское предприятие реализует свои полномочия в отношении дочерних и иных зависимых предприятий). При этом указанный критерий важен тем, что он позволит разграничить хозяйственные системы, где «поддержание» должно быть формально-юридическим (например, холдинги, ассоциации, трасты), а где и объективно-юридическим (например, корпорации, концерны, консорциумы), и таким образом устранить негативные свойства некоторых хозяйственных систем, а также определить, в каких из них возникновение того или иного вида «поддержания отношений» является не правовым, а титульным свойством.

Потому необходимо понимать, что согласно *acquis communautaire* не все хозяйственные системы воспринимаются как единые субъекты хозяйствования. Так, к примеру, в деле № C-60/90 (Case C-60/90 *Polysar Investments BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Arnhem*, [1991] ECR I-3111) Суд ЕС признал холдинговую компанию неплательщиком НДС, так как она непосредственно не участвует в экономической деятельности, являющейся предметом НДС, а лишь пассивно владеет акциями других компаний, входящих в холдинг. В Деле № C-186/89 (Case C-186/89, *van Tien v. Staatsecretaris van Financien*, [1990], ECR I-4363) Суд дал расширительное толкование понятию «экономическая деятельность» (*economic activity*), подчеркнув, что оно охватывает все формы деловой активности, связанные с поставками товаров и получением соответствующего вознаграждения, поскольку лишь при таком понимании может быть реализован принцип нейтральности единого НДС в отношении разных видов экономической деятельности [23].

С учётом стремления Украины вступить в ВТО, право хозяйственных систем должно реформироваться в рамках основных требований этой организации. Таким образом, хозяйственные системы и их предприятия не могут поставлять товары и услуги, в том числе и своим иностранным структурным подразделениям по ценам, которые существенно отличаются от мировых и могут быть признаны демпинговыми (Ст. 6 Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ 1947)). В случае, если какое-либо предприятие или сама хозяйственная система получает льготы или привилегии от государства, то последняя обязана осуществлять свою хозяйственную деятельность в соответствии с общими принципами не-

дискриминационного режима хозяйствования (ст. 17 Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ 1947)) [43]. При этом во избежание завышения и занижения фактурной стоимости и обмана в ходе экспорта или импорта предприятие хозяйственной системы может быть подвергнуто предотгрузочной инспекции со стороны соответствующего органа, т. е. проверке цены импортируемого или экспортируемого товара на предмет их недискриминационности (ст. 20 Соглашения по предотгрузочной инспекции) [44].

Также интересное понимание правосубъектности хозяйственных систем можно найти в ст. 2 Конвенции от 14.06.74 г. «Об исковой давности в международной купле-продаже товаров». В соответствии с ней договор купли-продажи считается международным (помимо иных признаков), если его сторона имеет коммерческие предприятия больше, чем в одном государстве. Коммерческим предприятием по данному договору будет считаться то, которое, учитывая обстоятельства, известные сторонам или предусмотренные ими в момент заключения договора, имеет наиболее тесную связь с договором и его выполнением. Следовательно, хозяйственная система может выступать в качестве стороны в договоре, при этом реализация её правосубъектности будет возложена на предприятие из числа входящих в систему, которое имеет «наиболее тесную связь» с договором или с его выполнением [45].

Таким образом, правосубъектность хозяйственных систем во внешнеэкономической деятельности является сложным и многогранным явлением. Его сложность заключается в том, что отдельные предприятия законодательством Украины и её международными договорами об устранении двойного налогообложения воспринимаются безотносительно к хозяйственным системам, частями которых они являются. Это приводит к тому, что право и государство не выполняют своей роли по формированию и поддержанию общественного хозяйственного порядка, обеспечивающего защиту всех субъектов хозяйствования. При этом международное право указывает на разное в деталях, но единое в концепции понимание правосубъектности хозяйственных систем, а именно восприятие хозяйственных систем как субъекта со сложной структурой.

Поэтому правосубъектность хозяйственных систем во внешнеэкономической деятельности должна распространяться на

предприятия всей хозяйственной системы (единственным исключением из этого правила является ситуация, когда хозяйствующая система владеет не голосующими акциями или передала имущество в траст), так как это позволит защитить права и интересы всех участников хозяйственных правоотношений, т. е. хозяйствующих субъектов и хозяйственных систем.

Учитывая вышеизложенное, необходимо осуществить комплекс мер:

1. В связи с тем, что отдельные нормы, регулирующие деятельность хозяйственных систем, находятся в различных нормативно-правовых актах, было бы правильно внести изменения в ХК Украины, согласно которым Глава 12 Хозяйственного кодекса Украины должна быть преобразована в раздел Хозяйственного кодекса Украины под названием «Право хозяйственных систем», содержащий главы «Право концернов», «Холдинговое право», «Право консорциумов», «Право хозяйственных ассоциаций», «Право корпораций», которые бы регламентировали правосубъектность отдельных видов хозяйственных систем, а также внешнеэкономический аспект этой правосубъектности. Для того, чтобы все хозяйственные системы (являющиеся юридическими лицами или нет) воспринимались нашим правом как субъекты внешнеэкономической деятельности (согласно ст. 378 ХК Украины), необходимо внести изменения в ст. 55 ХК Украины, а именно добавить в качестве отдельного вида хозяйствующего субъекта хозяйственные системы. Это позволит нашему праву «увидеть» реально существующие субъекты (в лице хозяйственных систем) в Украине и, соответственно, осуществлять адекватное правовое регулирование их деятельности, в том числе и внешнеэкономической.

2. В уже заключённые конвенции об устранении двойного налогообложения между Украиной и другими государствами необходимо внести изменения, согласно которым факт вхождения компании в хозяйственную систему иного государства образует для хозяйственной системы постоянное представительство и влечёт за собой для последней солидарную, субсидиарную или ограниченную ответственность за действия подконтрольной компании. Последующие же Конвенции необходимо принимать с учётом вышеуказанных правовых позиций.

3. Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» должен быть отменён, а его положения — органично войти в Раздел VII Хозяйственного кодекса Украины, так как при таком преобразова-

нии правовое регулирование внешнеэкономической деятельности будет более точно и полно отражать соответствующие отношения, без каких-либо деструктивных противоречий.

4. Согласно ст. 188 Таможенного кодекса Украины (далее – ТКУ) импорт – это таможенный режим, в соответствии с которым товары ввозятся на таможенную территорию Украины для свободного обращения без ограничения срока их пребывания на этой территории и могут использоваться без каких-либо таможенных ограничений. При этом согласно ст. 189 ТКУ ввоз товаров в таможенном режиме импорт предусматривает уплату налогов и сборов, а также соблюдение мер нетарифного регулирования и других ограничений. Однако хозяйственные системы могут ввозить товар на территорию Украины без претерпевания каких-либо нетарифных ограничений и уплаты налогов и сборов. Один из вариантов подобных механизмов выглядит следующим образом:

1. Иностраный хозяйствующий субъект (структура хозяйственной системы) направляет товар в Украину не в режиме импорт, а в режиме переработки в адрес украинского хозяйствующего субъекта (структура этой же хозяйственной системы).

На основании ст. 229 ТКУ ввезенные на таможенную территорию Украины товары, которые происходят из других государств, поддаются в установленном законом порядке переработке без применения к ним мер нетарифного регулирования, при условии вывоза за пределы таможенной территории Украины продуктов переработки в соответствии с таможенным режимом экспорта. Если на данной стадии перемещённый на таможенную территорию товар будет реализован, то по ст. 236 ТКУ он будет считаться ввезённым в Украину в режиме импорт. В результате этого возникнет необходимость уплаты всех надлежащих налогов и сборов и соблюдения мер нетарифного регулирования. Однако украинский субъект (структурная единица хозяйственной системы) товар подвергает переработке, достаточной лишь для изменения классификационного кода товара и вывоза в таможенном режиме экспорта за пределы таможенной территории Украины.

2. По ст. 277 ТКУ государством происхождения товара является страна, в которой товар был полностью изготовлен или подвергнут достаточной переработке в соответствии с критериями, установленными ТКУ. При этом согласно ст. 279 ТКУ критерием достаточности пе-

переработки являются: правило, по которому в результате переработки товара изменится классификационный код товара согласно Гармонизированной системы описи и кодирования товаров; правило адвалорной части, которое заключается в изменении стоимости товара в результате его переработки, если при этом добавленная стоимость составляет не меньше, чем 50 % от стоимости товара, полученной в результате переработки, или часть использованного материала из другого государства или неизвестного происхождения составляет менее 50 % от стоимости товара, полученного в результате переработки.

Таким образом, вывезенный товар обретает признак украинского происхождения, при этом его качественные характеристики изменились незначительно и силами одной хозяйственной системы, однако представленной самостоятельными хозяйствующими субъектами.

3. В соответствии со ст. 190 ТКУ реимпорт – таможенный режим, в соответствии с которым товары происхождения из Украины, вывезенные за пределы её таможенной территории в соответствии с режимом экспорта не позднее, чем в установленный законом срок, ввозятся на таможенную территорию Украины для свободного обращения на ней. При этом согласно ст. 193 ТКУ в случае реимпорта товаров в течение года с даты их экспорта суммы экспортного налога, оплаченные при экспорте, возвращаются собственникам этих товаров или уполномоченным ими лицам.

Указанный товар снова ввозится в Украину, однако в силу того, что он уже приобрёл статус товара происхождения из Украины (ст. 276, 277, 279 ТКУ), он ввозится на Украину не в режиме импорта с уплатой всех необходимых налогов и сборов (ст. 188, 189 ТКУ), что на самом деле и происходит, а в режиме реимпорта (ст. 190, 191, 192, 193 ТКУ) без уплаты вышеуказанных платежей и сборов, а также с возвратом вывозного (экспортного) налога. В результате данного правового механизма хозяйственные системы могут импортировать товары на территорию Украины без уплаты необходимых налогов и сборов с уклонением от мер нетарифного регулирования.

Принимая во внимание всё вышеизложенное, было бы целесообразным провести вышеуказанные преобразования в целях создания конкурентной и не монополистической среды в Украине для деятельности хозяйственных систем и иных хозяйствующих субъек-

тов как равных субъектов права, в том числе и при осуществлении внешнеэкономической деятельности.

Литература

1. Кожемякин С. А. Формирование права хозяйственных систем как подотрасли хозяйственного права Украины // Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития европейского выбора: Сб. науч. тр. / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований; Редкол.: Мамутов В. К. (отв. ред.) и др.— Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2005.— С. 189—193.

2. Кожемякин С. А. Проблемы правового обеспечения борьбы с легализацией (отмыванием) «грязных денег» в деятельности хозяйственных систем // Вестник Донецкого университета. Серия В. Экономика и право.— 2003.— № 2.— С. 217—223.

3. Кожемякин С. А. Право хозяйственных систем Украины как шаг на пути интеграции в ВТО и ЕС // Проблеми кодифікації цивільного та господарського права: Зб. наук. ст. за матеріалами Республіканської науково-практичної конференції, 18 березня 2005, Київ / За заг. ред. Р. Б. Прилуцького.— К.: КиМУ, 2005.— С. 176—189.

4. Лаптев В. В. Внутрихозяйственные отношения на промышленном предприятии (правовая организация).— М.: Юрид. лит-ра, 1965.— 167 с.

5. Лаптев В. В. Правовая организация хозяйственных систем.— М.: Юрид. лит-ра, 1978.— 168 с.

6. Лаптев В. В. Правовое положение промышленных и производственных объединений.— М.: Наука, 1978.— 247 с.

7. Лаптев В. В. Правовые формы и методы руководства промышленностью.— М.: Юрид. лит-ра, 1975.— 104 с.

8. Лаптев В. В. Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР.— М.: Изд-во Академии наук СССР, 1963.— 288 с.

9. Пронская Г. В. Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (На примере Украинской ССР).— Киев.: Вища школа, 1985.— 127 с.

10. Мамутов В. К. Предприятие и вышестоящий хозяйственный орган.— М.: Юридическая литература, 1969.— С. 212.

11. Мамутов В. К., Знаменский Г. Л., Хахулин В. В. и др. Хозяйственное право: Учебник / Под ред. Мамутова В. К.— К.: Юринком Интер, 2002.— 912 с.

12. Коняев Н. И. Проблемы правосубъектности хозяйственных систем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— М., 1981.— 38 с.

13. Рутман Л. М. Проблемы правового регулирования хозяйственных отношений в промышленных системах.— М.: Юрид. литература, 1989.— 34 с.

14. Быков А. Г., Верб С. А., Грибанов В. П. и др. Хозяйственное право.— М.: Юрид. лит., 1977.— 480 с.

15. Мартемьянов В. С. и др. Хозяйственное право: Учеб. пособие.— М.: Наука, 1984.— 214 с.

16. Хахулин В. В. Правовое положение управления промышленным объединением.— Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1981.— 72 с.

17. Побирченко И. Г. Советское хозяйственное право.— Киев: Вища школа, 1985.— 335 с.

18. Бейцун І. До питання про концепцію об'єднання юридичних осіб у праві України та європейських країн // Підприємництво, господарство та право.— 2003.— № 11.— С. 104—107.

19. Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича.— К.: Либідь, 2002.— 608 с.

20. Ленский Е. В. Корпоративный бизнес / Под. ред. О. Н. Сосковца.— Мн.: Армита-Маркетинг; Менеджмент, 2001.— 480 с. (Серия «Мировая экономика»).

21. Горбунов А. Р. Налоговое планирование и создание компаний за рубежом.— М.: Анкил, 2000.— 192 с.

22. Горбунов А. Р. Управление финансовыми потоками и организация финансовых служб предприятий, региональных администраций и банков».— 2-е изд., доп. и перераб.— М.: Анкил, 2000.— 224 с.

23. Вовк Т., Водяніков О., Коноваленко І. Податкові аспекти права СОТ та acquis ЄС. Орієнтири податкової реформи в Україні.— Харків: Консум, 2004.— 960 с.

24. Дадалко В. А., Румянцев Е. Е., Демчук Н. Н. Налогообложение в системе международных экономических отношений: Учеб. пособие.— Мн.: Армита — Маркетинг, Менеджмент, 2000.— 359 с.

25. Толстопятенко Г. П. Европейское налоговое право. Сравнительно-правовое исследование.— М.: Изд-во «НОРМА», 2001.— 336 с.

26. Вовк Т., Друзенко Г., Зугравий Г. Регулювання сфери фінансових послуг у праві Європейського Союзу та перспективи адаптації законодавства України.— Харків: Консум, 2002.— 912 с.

27. Задыхайло Д. В. Инвестиционное право Украины: Сб. нормативно-правовых актов с комментариями.— Харьков: Эспада, 2002.— 752 с.

28. Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право: Учеб. пособие.— М.: Издательская группа «ФОРУМ-ИНФРА-М», 1998.— 264 с.

29. Вишневский А. А. Банковское право Европейского Союза: Учеб. пособие.— М.: Статус, 2000.— 388 с.

30. Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право.— М.: Спарк, 2001.— 767 с.

31. Хозяйственный кодекс Украины от 16.01.2003 г. № 436—IV // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2003.— № 18, № 19—20, № 21—22.— Ст. 144.

32. Таможенный кодекс Украины от 12.12.1991 г. № 1970—XII // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2002.— № 38—39.— Ст. 288.

33. О внешнеэкономической деятельности: Закон Украины от 16.04.1991 г. № 959—XII // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1991.— № 29.— Ст. 377.

34. Конвенция между правительством Украины и правительством Соединённого Королевства Великобритании и Северной Ирландии об устранении двойного налогообложения и предотвращений налоговых уклонений относительно налогов на доход и на прирост стоимости имущества // Вісник податкової служби України, 1996.— № 4.— С. 9—15.

35. Конвенция между правительством Украины и Королевства Нидерландов об устранении двойного налогообложения и предупреждении налоговых уклонений относительно налогов на доходы и имущество // Вісник податкової служби України.— 1998.— № 6.— С. 11—17.

36. Конвенция между правительством Украины и правительством Латвийской Республики об устранении двойного налогооб-

ложения и предупреждения налоговых уклонений относительно налогов на доход и имущество // Вісник податкової служби України.— 1998.— № 18.— С. 8—14.

37. Конвенция между правительством Украины и правительством Соединённых Штатов Америки об устранении двойного налогообложения и предупреждении налоговых уклонений относительно налогов на доходы и капитал // Вісник податкової служби України.— 1995.— № 1.— С. 10—16.

38. Council Directive of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different member State, 90/434/EEC // Official Journal.— 1990.— № 8.— P. 8—13.

39. Council Directive of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable to Parent Companies and Their Subsidiaries of Different Member States. 90/435/EEC.— 1990.— № 8.— P. 14—18.

40. Convention on the Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises of Different Member States. 90/436/EEC // Official Journal.— 1990.— № 8.— P. 19—24.

41. Директива Совета 2003/49/ЕС от 3 июня 2003 г. о совместной системе налогообложения, которая применяется к выплатам процентов и роялти между связанными лицами, которые находятся в границах юрисдикции разных государств-членов. Official Journal L 157, 26.06.2003.

42. Директива Совета 92/30/ЕЕС от 6 апреля 1992 г. О надзоре за кредитными институтами на консолидированной основе. Official Journal L110, 28.04.1992.

43. Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ 1947); Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ 1994) // www.wto.ru.

44. Соглашение по предотгрузочной инспекции // www.wto.ru.

45. Митний кодекс України з постатейними матеріалами: із практики митної справи / За ред. С. К. Осіпова, Д. В. Пудріка, І. М. Хохлова.— Донецьк: Кальміус, 2005.— 800 с.

46. О ценных бумагах и фондовой бирже: Закон Украины от 18.06.1991 р. № 1201 // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1991.— № 38.— Ст. 508.

Представлена в редакцию 06.03.2006 г.

О. В. Олейников

аспирант

*Института экономико-правовых
исследований НАН Украины*

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ АССОЦИИРОВАННЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ С ИНОСТРАННЫМ УЧАСТНИКОМ

Рассмотрены общие проблемы правового положения группы зависимых хозяйствующих субъектов, в управлении, контроле или капитале которых участвует иностранный субъект хозяйствования. Приведена общая характеристика законодательства Украины и ЕС о группе компаний с иностранным участником. Обоснована необходимость дополнения украинского законодательства понятием «ассоциированные предприятия с иностранным участником».

Всемирная экономическая глобализация послужила толчком к воздействию на правила и закономерности внутреннего регулирования инвестиционной деятельности на территории Украины. За время независимости было принято множество нормативных актов в сфере иностранного инвестирования. Однако до сих пор остаются неурегулированными ряд вопросов, связанных с деятельностью группы зависимых хозяйствующих субъектов с иностранным участником.

В отечественной юридической науке некоторые аспекты данной проблематики рассматривались в публикациях О. М. Винник [1], В. И. Борисовой [2], Е. Р. Кибенко [3], В. Г. Пескова [4], Ж. Чевичаловой [5] в рамках исследования создания и деятельности дочерних предприятий, отдельные вопросы правового регулирования иностранного инвестирования освещали В. М. Коссака [6], С. Н. Хеда [7], Н. Е. Косач [8], И. Литинас [9], В. М. Стойка [10], О. С. Семерак [11], Д. Э. Федорчук [12], О. П. Загнитко и В. А. Малыга [13]. Важность разработки статуса и оперативной деятельности многонациональных корпораций подчеркивал еще Л. А. Лунц [14, с. 390].

Целью настоящей статьи является рассмотрение проблем правового положения группы зависимых хозяйствующих субъектов, в управ-

© О.В. Олейников, 2006

лени, контроле или капитале которых участвует иностранный субъект хозяйствования.

Научные исследования в данной сфере являются особенно актуальными в связи с гармонизацией украинского законодательства с законодательством Европейского Союза, а также с учетом перспектив вступления Украины во Всемирную торговую организацию.

В законодательстве Украины отсутствует обобщающее определение группы хозяйствующих субъектов, в управлении, контроле или капитале которых участвует иностранный субъект хозяйствования. При этом существуют десятки различных понятий, указывающих на присутствие иностранного участника. Например, такие как «предприятие с иностранными инвестициями» (ст. 116 Хозяйственного кодекса Украины – далее ХК Украины) [15], (ст. 1 Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования») [16]; «иностранное предприятие» (ст. 117 ХК Украины) [15]; «субъекты хозяйствования с иностранными инвестициями» (ст. 396 ХК Украины) [15]; «совместные предприятия» (ст. 1 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности») [17]; в банковском законодательстве также используется понятие «банки с иностранным капиталом» (ст. 2 Закона Украины «О банках и банковской деятельности») [18]. Введение такого обобщающего понятия призвано обозначить влияние иностранных хозяйствующих субъектов на отечественных субъектов хозяйствования и наоборот, т. е. процесс гармонизации предполагает согласование данного понятия в законодательстве Украины. При этом не является проблемой возможные терминологические несоответствия законодательства о компаниях зарубежных стран с терминами, содержащимися в законодательстве о хозяйствующих субъектах, в частности, в ХК Украины, Законе Украины «О внешнеэкономической деятельности», Законе Украине «О режиме иностранного инвестирования».

Понятие предприятия с иностранными инвестициями, предусмотренное ст. 116 ХК Украины [15], распространяется лишь на предприятия, в уставном капитале которого доля иностранного инвестора составляет не менее 10 %. Понятие иностранного предприятия, закрепленное в п. 2 ст. 63 ХК Украины [15], охватывает предприятия, в уставном капитале которого доля иностранных инвестиций составляет 100 %. В соответствии со ст. 396 ХК Украины [15] понятие хозяйствующих субъектов с иностранными инвестиция-

ми формально включает все вышеперечисленные, однако опосредствует лишь связь двух субъектов хозяйствования, один из которых относится к иностранной юрисдикции. Кроме того, для предоставления статуса хозяйствующего субъекта с иностранными инвестициями требуется лишь наличие в уставном капитале иностранных инвестиций в соответствующем размере. Тогда как применительно к понятию контроля за хозяйствующим субъектом не обязательно наличие доли в уставном капитале. Антимонопольно-конкурентное и налоговое законодательство Украины применительно к отношениям контроля относят также возможность оказывать влияние на управление хозяйствующим субъектом, но данные отношения в настоящей статье не рассматриваются.

Следует также учитывать, что иностранные участники (иностранные субъекты хозяйственной деятельности как участники отечественных хозяйствующих субъектов), инвестирующие значительные средства в экономику иностранного государства, заинтересованы в создании такой хозяйственной структуры, которая бы обеспечила надежную защиту активов, контроль за хозяйственной деятельностью и конфиденциальность собственников. При этом создание такой структуры в Украине в рамках обычных организационно-правовых форм юридических лиц, предусмотренных законодательством, в частности ХК Украины, довольно проблематично. Иностранцами участниками для этих нужд используются сложные схемы, сочетающие элементы, присущие как для континентальной системы права, так и для англо-саксонской системы права, например, создание холдинговых компаний (холдингов), использование трастовых схем, оффшорных компаний и т. п. Все эти механизмы активно используются иностранными инвесторами при инвестировании в украинскую экономику.

В зарубежных странах законодательство о группе компаний, одна из которых находится под влиянием иностранного участника, является наиболее «молодой» подотраслью законодательства о компаниях и находится в состоянии постоянного развития и совершенствования.

Еще в середине 70-х годов в рамках Европейского экономического сообщества предпринимались попытки для внедрения подходящих форм легализации укрупнения хозяйствующих субъектов и их слияния «вне границ». В этой сфере были приняты и действуют се-

годня директивы, направленные на гармонизацию законодательства стран-участниц ЕС о компаниях, в частности, Четвертая директива: 78/660/ЕЕС (о годовой отчетности публичных и частных обществ с ограниченной ответственностью и командитных обществ, директива направлена на прозрачность, независимость и экспертную проверку отчетности); Седьмая директива: 83/349/ЕЕС (об отчетности групп компаний, устанавливающая формы и принципы такой отчетности), а также Одиннадцатая директива 89/666/ЕЕС (требования об опубликовании отчетности дочерних компаний) [7, с. 64].

Следует также отметить, что в сфере регулирования корпоративных отношений ЕС наиболее успешно применяется метод унификации, благодаря которому регламенты ЕС действуют на территории стран-участниц и не требуют имплементации в национальное законодательство о компаниях. Применение данного метода в рамках ЕС позволяет внедрять новые формы организации деятельности хозяйствующих субъектов из разных государств [19, с. 629].

Регламент ЕС №2137/85 предусмотрел Европейское объединение по хозяйственным интересам. Подобное договорное объединение было призвано облегчить и улучшить хозяйственную деятельность участников из различных стран – участниц ЕС без осуществления операций по слиянию или созданию новых дочерних компаний [20]. Регламентом ЕС №2157/2001 от 8 октября 2001 г. утвержден Устав европейской компании, целью которого является создание правовой основы для деятельности Европейской компании, что позволяет субъектам хозяйствования любой из стран-участниц осуществлять слияния или создавать холдинговые компании, избегая ограничений, связанных с существованием различных юрисдикций в рамках ЕС [21].

В ряде зарубежных государств отношения внутри группы хозяйствующих субъектов с иностранным участником регулируются в рамках национального законодательства о компаниях. Например, в США, Канаде, Российской Федерации приняты законы о холдинговых компаниях, во Франции – об объединениях с общей экономической целью. И только в некоторых государствах существует обобщающее правовое регулирование внутренних отношений в группе компаний, например, книга III немецкого Закона об акционерных обществах [7, с. 64].

Сложности применения действующего законодательства Украины к группе зависимых хозяйствующих субъектов с иностранными участниками можно проследить, например, при создании иностранным участником на территории Украины холдинговой компании. В соответствии с п. 5 ст. 126 ХК Украины под холдинговой компанией понимается субъект хозяйствования, владеющий контрольным пакетом акций дочернего предприятия [15].

Учреждение холдингов сегодня является одной из тенденций глобализации мировой экономики. Их создание позволяет упорядочить и объединить в одном хозяйствующем субъекте активы с различной отраслевой и функциональной специализацией происхождения из разных стран, оптимизировать финансовые потоки внутри единой структуры, упростить управление такими активами. Создание холдинга возможно путем передачи корпоративных прав на хозяйствующие субъекты с иностранными инвестициями в уставный капитал холдинга. При этом первоначальный инвестор – участник хозяйственного общества становится участником холдинга, и, соответственно, холдинг становится участником дочернего предприятия.

При реализации таких действий возникают серьезные правовые проблемы. В данном случае уже нельзя говорить о наличии иностранного участника для дочернего предприятия, поскольку корпоративные права уже перешли к отечественной холдинговой компании. Но в законодательстве также и нет оснований для отмены статуса предприятия с иностранными инвестициями для дочернего предприятия, поскольку первоначальные инвестиции (денежные или имущественные взносы от иностранного участника) остаются на балансе дочернего предприятия. Соответственно, сохраняются льготы по уплате обязательных платежей и взносов, которые предоставлялись предприятию с иностранными инвестициями при внесении иностранной инвестиции в виде имущественных взносов в его уставной капитал.

Однако подобные действия позволяют говорить о возникновении новой иностранной инвестиции, но уже в виде корпоративных прав (согласно ст. 2 Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования»). Предоставляя иностранным инвесторам право свободного распоряжения иностранными инвестициями, законодательство Украины, в частности Положение о порядке государственной регис-

трации иностранных инвестиций, утвержденное Постановлением Кабинета Министров Украины от 07.08.96 г. № 928, не предусматривает порядка дальнейших действий инвестора по оформлению изменений в государственной регистрации иностранных инвестиций [22]. Таким образом, одна инвестиция позволяет претендовать на государственную регистрацию в различных видах. В то же время статус дочернего предприятия в законодательстве остается неопределенным.

Проблемы возникают и в процессе применения действующего законодательства в сфере иностранного инвестирования к корпоративным отношениям в группе хозяйствующих субъектов с иностранным участником. Следует отметить, что порядок создания и осуществления контроля за иностранными субъектами хозяйствования со стороны отечественных субъектов регламентирован также недостаточно.

Сегодня законодательство не в состоянии адекватно воздействовать на рассмотренные выше отношения, являющимся по сути хозяйственными, так как корпоративные отношения регулируются главой 18 ХК Украины. Существует необходимость особого подхода к регулированию данных отношений. Дальнейшие научные исследования в данном направлении позволят не только улучшить правовое регулирование процесса иностранного инвестирования в Украине, но и предусмотреть правовые основы для улучшения защиты отечественных субъектов хозяйствования при инвестировании за пределы Украины.

В законодательстве Украины предусмотрены отдельные понятия, позволяющие определить некоторые аспекты отношений контроля – подчиненности между хозяйствующими субъектами. В Гражданском кодексе определено понятие зависимых обществ (ст. 118) [23], в Законе «О защите экономической конкуренции» – понятие контроля связанного лица (ст. 1) [24], в Законе «О банках и банковской деятельности» – понятие аффилированного лица, существенного участия, контроля, родственного лица (ст. 2) [18], в Законе «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг» – понятие существенного участия (п. 8 ч. 1 ст. 1) [25]. Для упорядочения существующих в законодательстве понятий целесообразно сформулировать отдельное понятие, определяющее группу зависимых предприятий с иностранным участникам.

На наш взгляд, понятием, которое наиболее точно отражает положение группы хозяйствующих субъектов в управлении, контроле или капитале которых участвует иностранный участник, является понятие ассоциированного предприятия с иностранным участником. Данное понятие соответствует уже устоявшейся терминологии, используемой в международных конвенциях об избежании двойного налогообложения, ратифицированных Украиной. Для определения особенностей налогообложения зависимых субъектов хозяйствования, расположенных в разных странах-участницах, в данных конвенциях применяется термин «ассоциированные предприятия».

К тому же понятие «ассоциированное предприятие» было введено в Хозяйственный кодекс именно с целью обеспечения защиты интересов зависимых предприятий и предотвращения злоупотребления своими правами лицами, которые контролируют такие предприятия [15, с. 212]. Данная цель должна иметь также приоритетное значение в отношениях между зависимыми хозяйствующими субъектами, имеющими различную государственную принадлежность.

Согласно ст. 126 ХК Украины под ассоциированными предприятиями понимается группа субъектов хозяйствования – юридических лиц, связанных между собой отношениями экономической и/или организационной зависимости в форме участия в уставном капитале и/или управлении [15]. По мнению Е. Р. Кибенко, данное определение является достаточно удачным и соответствует понятию «группа обществ» или «группа компаний», которая применяется в праве ЕС и Великобритании [3, с. 415].

Однако несмотря на то, что понятие ассоциированных предприятий предусмотрено в гл. 12 Хозяйственного кодекса «объединения предприятий», данные субъекты не являются разновидностью хозяйственных объединений. Отличительной особенностью ассоциированных предприятий является наличие экономической и/или организационной зависимости (отношения контроля – подчинения) между этими предприятиями, тогда как согласно п. 1 ст. 118 ХК Украины объединение предприятий создается с целью координации их деятельности для решения совместных задач. То есть в ассо-

цированных предприятиях всегда присутствуют контролирующий и подконтрольный (зависимый) участники.

В связи с этим характерной особенностью ассоциированных предприятий с иностранным участником является то, что контролирующий участник всегда является иностранным субъектом хозяйствования по отношению ко всем подконтрольным участникам (или к их части).

С учетом вышеизложенного, можно определить понятие ассоциированных предприятий с иностранным участником как группу субъектов хозяйствования, имеющих различную государственную принадлежность, связанных между собой отношениями экономической и/или организационной зависимости в форме участия в уставном капитале и/или управлении, и фактически подконтрольных иностранному субъекту хозяйствования.

Учитывая опыт законодательного решения данного вопроса в Европейском Союзе, в законодательстве Украины целесообразно предусмотреть особенности отношений внутри ассоциированных предприятий с иностранным участником и ответственности контролирующего участника, расположенного в другой юрисдикции.

Законодательное закрепление понятия и особенностей ассоциированных предприятий с иностранным участником с учетом действующего и перспективного законодательства Европейского Союза позволит создать правовые основы для урегулирования в Украине данных отношений и улучшить условия для ведения хозяйственной деятельности в рамках группы хозяйствующих субъектов.

Литература

1. Віннік О. М. Правове становище дочірніх підприємств// Предпринимательство, хозяйство и право.— 2000.— № 1.— С. 3—7.
2. Борисова В. И. К проблеме дочерних предприятий // Проблемы законности: Республ. міжвід. наук. зб.— Х., 2000.— Вип. 44.— С. 52—59.
3. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України.— Х.: Страйд, 2005.— 432 с.

4. Песков В. Г. Правове становище дочірніх підприємств за законодавством іноземних країн // Правова держава: Щорічник / ІДП НАН України.— К., 2000.— Вип. 11.— С. 461–467.

5. Чевичалова Ж. Правовий статус дочірнього підприємства як самостійної організаційно-правової форми юридичної особи // Предпринимательство, хозяйство и право.— 2005.— № 5.— С. 72–75.

6. Коссак В. М. Правові засади іноземного інвестування в Україні.— Львів: Центр Європи, 1999.— 244 с.

7. Хеда С. М. Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект).— К.: Юрінком Інтер, 2005.— 184 с.

8. Косач Н. Е. Правовое регулирование совместной хозяйственной деятельности: Монография.— Донецк: Юго-Восток, 2003.— 182 с.

9. Літінас І. Правове регулювання відносин України та ЄС у сфері здійснення інвестицій: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка.— К., 2000.— 19 с.

10. Стойка В. М. Захист прав суб'єктів інвестиційної діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень.— Донецьк, 2003.— 19 с.

11. Семерак О. С. Правове регулювання та захист іноземних інвестицій (за законодавством України, Угорщини, Польщі та Словаччини).— Ужгород: Госпрозрахунковий редакційно-видавничий відділ комітету інформації, 2000.— 164 с.

12. Федорчук Д. Е. Режим прямого іноземного інвестування (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень.— Донецьк, 2003.— 19 с.

13. Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В. К.— К.: Юрінком Інтер, 2002.— 912 с.

14. Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т.— М.: Спарк, 2002.— 1007 с.

15. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. Авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова.— К.: Юрінком Інтер, 2004.— 688 с.

16. О режиме иностранного инвестирования: Закон Украины от 19.03.1996 г. № 93/96-ВР // Відомості Верховної Ради України.— 1996.— № 19.— Ст. 80.

17. О внешнеэкономической деятельности: Закон Украины от 16.04.1991 г. № 959-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР.— 1991.— № 29.— Ст. 377.

18. О банках и банковской деятельности: Закон Украины от 07.12.2000 г. № 2121-ІІІ // Відомості Верховної Ради України.— 2001.— № 5.— Ст. 30.

19. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: Ученик для вузов // Рук. авт. кол. Л. М. Энтин.— 2-е изд.— М.: Норма, 2005.— 960 с.

20. Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) (SUMMARY) /<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26015.htm> (последнее посещение сайта 20.10.05)

21. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SUMMARY) /<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26016.htm> (последнее посещение сайта 20.10.05)

22. Положение о порядке государственной регистрации иностранных инвестиций: Утверждено Постановлением Кабинета Министров Украины от 07.08.1996 г. № 928 // Урядовий кур'єр.— 1996.— 3 октября (№ 186—187).

23. Гражданский кодекс Украины от 16.01.2003 г. № 435-ІV // Відомості Верховної Ради України.— 2003.— № 40.— Ст. 356.

24. О финансовых услугах и государственном регулировании рынка государственных финансовых услуг: Закон Украины от 12.07.2001 г. № 2664-ІІІ // Відомості Верховної Ради України.— 2002.— № 1.— Ст. 1.

25. О защите экономической конкуренции: Закон Украины от 11.01.2001 г. № 2210-ІІІ // Відомості Верховної Ради України.— 2001.— № 12.— Ст. 64.

Представлена в редакцию 10.03.2006 г.

Э. М. Деркач
аспирантка Донецкого
национального университета

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОМ СООБЩЕНИИ

Исследована специфика правового регулирования перевозки грузов в международном железнодорожном сообщении. Выявлены проблемы в правовом регулировании указанной сферы, а также предложены пути и решения.

Динамичное развитие интеграционных процессов в мировой экономике, расширение международного сотрудничества предопределили рост внешнеэкономических связей Украины с другими странами. В этих условиях все большее значение приобретает транспортное обеспечение внешнеэкономической деятельности, характер и условия которого зависят от специфики внешнеэкономических связей. Так, например, транспортное обеспечение внешнеэкономических связей Украины в евроазиатском направлении осуществляется в основном наземными видами транспорта: со странами СНГ – железнодорожным и трубопроводным, а с европейскими странами – преимущественно железнодорожным и в малых объемах – речным и автомобильным транспортом. Реализация торговых связей со странами других континентов осуществляется, как правило, в смешанном сообщении с участием морского транспорта и с перегрузкой грузов в морских портах с одного вида транспорта на другой [1]. Учитывая стратегическое значение железнодорожного транспорта в обеспечении внешнеэкономических связей, следует рассмотреть проблемы правового регулирования перевозок грузов в международном сообщении этим видом транспорта. Согласно Закону Украины «О железнодорожном транспорте» этот вид транспорта является одной из важных базовых отраслей экономики Украины, который обеспечивает ее внутренние и внешние транспортно-экономические связи [2]. Тем не менее, указанный закон недо-

© Э.М. Деркач, 2006

статочно внимания уделяет специфике регулирования перевозок грузов именно в международном железнодорожном сообщении.

Целью настоящей статьи является выявление пробелов в правовом регулировании перевозок грузов в международном железнодорожном сообщении.

Проблема правового регулирования перевозок грузов в международном железнодорожном сообщении возникла перед мировым сообществом еще во второй половине XIX в. До тех пор, пока объем перевозок между странами был небольшим, транспортные связи между ними регулировались нормами национальных законодательств. Однако, учитывая то, что внутригосударственные правила железнодорожных перевозок грузов в каждом государстве имели существенные различия, значительно усложнялась организация перемещения грузов между государствами. Решение специфических вопросов правового регулирования перевозок грузов железнодорожным транспортом требовало принятия единообразных правил железнодорожных перевозок грузов. Необходимость этого решения особенно остро возникла в Европе, где к этому времени объемы грузопотоков значительно увеличились [3, с. 16]. В связи с возникшей объективной необходимостью 14 октября 1890 г. в Берне (Швейцария) была принята первая международная *Конвенция о перевозке товаров железнодорожным транспортом* (Бернская конвенция) десятью европейскими государствами: Германией, Австрией, Бельгией, Францией, Венгрией, Италией, Люксембургом, Нидерландами, Россией и Швейцарией. В этой конвенции принимали участие большинство стран Европы, страны Азии (Иран, Сирия и другие) и Северной Африки (Алжир, Марокко, Тунис). Бывший СССР участия в этой конвенции не принимал [3, с. 16].

В связи с развитием интеграционных процессов в послевоенной Европе и вызванных этими процессами изменениями в организации перевозок грузов железнодорожным транспортом 9 мая 1980 г. была принята новая *Конвенция о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ)*, которая вступила в силу 1 мая 1985 г. Указанная конвенция содержит два приложения, регулирующих порядок осуществления международных перевозок: Приложение А «Единые правила к договору о международных железнодорожных перевозках пассажиров и багажа» (ЦИВ) регулирует перевоз-

ку пассажиров и багажа, а также Приложение В «Единые правила к договору о международных железнодорожных перевозках груза» (ЦИМ) регулирует перевозку грузов.

На сегодняшний день в Украине существуют две транспортные системы международного железнодорожного сообщения, которые могут быть использованы субъектами хозяйствования при осуществлении внешнеэкономической деятельности:

первая система утверждена Конвенцией о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ)/ЦИМ и применяется странами Западной и Центральной Европы, некоторыми странами Азии и Северной Африки. Украина присоединилась к Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) [4], а также к Протоколу от 3 июня 1999 г., который вносит изменения в Конвенцию КОТИФ [5]. Страны, которые присоединились к этой Конвенции, создали Межправительственную организацию международных железнодорожных перевозок (ОТИФ), участником которой с 2004 г. является и Украина;

вторая система утверждена Соглашением о международном железнодорожном грузовом сообщении и применяется в странах СНГ, Китая, Северной Кореи, Монголии и др. Ведением дел по указанному соглашению занимается Организация Сотрудничества железных дорог (ОСЖД).

Такое сосуществование двух правовых систем международного железнодорожного сообщения на территории Европы и Азии обусловлено особенностями политического, экономического и правового характера. Эти системы регулируют отношения между сторонами договора о перевозке грузов, но отличаются друг от друга по содержанию отдельных положений транспортного права. Так, при перевозке на условиях КОТИФ железная дорога, представляя интересы отправителя, обязана выполнять функцию таможенного брокера при оформлении грузов. Соглашение СМГС такого положения не содержит [6, с. 146]. В связи с вышеизложенным следует согласиться с утверждением о том, что изучение права ЕС и деловое сотрудничество со странами-членами ЕС не препятствует сотрудничеству в рамках СНГ и создания единого транспортного пространства, равно как и согласование законодательства в рамках СНГ не препятствует изучению хозяйственного права ЕС и восприятию имеющихся в нем и приемлемых для нас позитивных элементов [7, с. 27].

С целью упрощения процедуры пересечения границ при переходе от одной системы международного железнодорожного сообщения к другой и сближения двух систем Министерство транспорта и связи Украины принимает участие в совместном проекте Комитета железнодорожного транспорта и Комитета Организации сотрудничества железных дорог (ОСЖД) в создании унифицированной транспортной накладной ЦИМ/СМГС [8].

Реформирование законодательства Украины о железнодорожном транспорте в Украине осуществляется согласно Концепции реформирования транспортного сектора экономики, утвержденной постановлением Кабинета Министров Украины от 9 ноября 2000 г. № 1684, Концепции развития транспортно-дорожного комплекса Украины на среднесрочный период и до 2020 г. Последняя затрагивает вопросы транспортного обеспечения внешнеэкономических связей Украины и интеграции отечественных железных дорог в мировую транспортную систему, а также закрепляет ведущую роль железнодорожного транспорта при перевозке грузов в Украине. Приоритетным направлением развития железнодорожного транспорта, согласно Концепции, является переход на двухуровневую систему осуществления грузовых перевозок путем отделения функции управления инфраструктурой от коммерческой деятельности, приведение в соответствие с европейскими стандартами законодательства Украины.

Еще одним документом, который создает правовую базу для интеграции Украины в ЕС, является Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и Европейскими Сообществами и их государствами-членами от 14 июня 1994 г. Ст. 51 Соглашения содержит договоренность сторон о сближении законодательства Украины с законодательством ЕС как важного условия для укрепления экономических связей между ними, а также о применении Украиной мер по обеспечению постепенного приведения в соответствие к законодательству ЕС национального законодательства, в том числе в сфере транспорта. Общая цель сотрудничества в сфере транспорта сформулирована в ст. 64 Соглашения как углубление и обеспечение, в случае необходимости, совместимости транспортных систем в контексте создания более глобальной транспортной системы.

Правовые основы осуществления международных железнодорожных перевозок закреплены Законом Украины «О железнодорож-

ном транспорте» от 4 июля 1996 г. Согласно ст. 18 этого закона для обеспечения внешнеэкономических связей Украины железные дороги осуществляют международные перевозки в *прямом железнодорожном, прямом смешанном и непрямом международном сообщениях*. Субъектами внешнеэкономической деятельности, которые имеют право осуществлять международные железнодорожные перевозки на основании законодательства Украины и международных договоров, выступают «Укрзалізниця», железные дороги и другие предприятия, учреждения и организации железнодорожного транспорта общего пользования. В соответствии с Законом был утвержден Устав железных дорог Украины постановлением Кабинета Министров от 6 апреля 1998 г., п. 4 которого также содержит норму о перевозке грузов в международном железнодорожном сообщении: перевозка железными дорогами грузов в международном сообщении осуществляется согласно договорам о железнодорожных международных сообщениях.

В законодательстве о железнодорожном транспорте употребляются такие термины, как «международная железнодорожная перевозка грузов» и «международное железнодорожное грузовое сообщение». При этом следует отметить, что содержание термина «международная железнодорожная перевозка грузов» в законодательстве не раскрывается. Тем не менее, раскрытие содержания этого понятия представляется необходимым, равно как и разграничение этих двух понятий, поскольку они наполнены разным содержанием. Закон Украины «О перевозке опасных грузов» [9] раскрывает содержание понятия международной перевозки опасных грузов, под которой понимается *перевозка грузов с территории Украины на территорию иностранного государства; с территории иностранного государства на территорию Украины; транзитом через территорию Украины*. Но этот закон имеет специальный предмет регулирования, поэтому применять по аналогии это определение к международной железнодорожной перевозке грузов нецелесообразно. Определение же терминов «международное железнодорожное сообщение», а также «непрямое международное сообщение» содержится в Законе Украины «О железнодорожном транспорте», где под международным железнодорожным сообщением понимается перевозка *пассажиров, грузов... между Украиной и иностранными государствами*; а под прямым международным сообщением – перевозка *между Украиной*

и иностранными государствами с переоформлением транспортного документа в процессе транспортировки (ст. 1).

Таким образом, законодатель отождествляет «международное сообщение» с «перевозкой», что, по нашему мнению, недопустимо. В связи с этим возникает необходимость раскрытия понятия международной перевозки грузов. Следует отметить, что единого толкования этого термина в науке международного права не существует. Большинство авторов отмечают, что перемещение грузов и пассажиров будет носить международный характер, если место отправления и место назначения находится на территории разных государств либо если само перемещение осуществляется на территории иностранного государства [10]. В качестве другого признака международной перевозки называют наличие иностранного элемента, присущего процессу перемещения. Следствием этого является возникновение специфических международно-правовых вопросов по разграничению международной перевозки от внутренней. В то же время, если при осуществлении перевозки в пределах территории одного государства один из ее участников (грузоотправитель, грузополучатель, перевозчик) иностранец, такая перевозка не является международной [10].

Для уточнения содержания рассматриваемых понятий обратимся к международным документам, которые согласно ст. 9 Конституции Украины являются частью национального законодательства. Если первый документ – Соглашение о *международном железнодорожном грузовом сообщении* – применяется только к *прямому* международному железнодорожному сообщению, то второй – Конвенция о *международных железнодорожных перевозках* (КОТИФ) регулирует грузовые железнодорожные перевозки в международном сообщении. Толковые словари также по-разному определяют «сообщение» и «перевозка»: перевозка означает перемещение через какое-либо пространство, доставку из одного места в другое, в то время как сообщение включает в себя средства передвижения, связи, способы взаимного сообщения (реки, дороги, средства связи), пути сообщения (материковые, водные) [11, с. 688; 12, с. 39; 13, с. 271]. Из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что понятие «сообщение» гораздо шире, чем «перевозка», поскольку оно включает в себя все средства связи, инфраструктуру, способы, с помощью которых обеспечивается сообщение между государствами.

Таким образом, представляется целесообразным Закон Украины «О железнодорожном транспорте» дополнить положением, которое раскрывало бы понятие перевозки грузов в международном железнодорожном сообщении. При этом следует отметить, что перевозка грузов в международном железнодорожном сообщении – это вид хозяйственной деятельности, который связан с перемещением продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления «Укрзалізницею», железными дорогами и другими предприятиями, учреждениями, организациями железнодорожного транспорта, если место отправления и место назначения находится на территории разных государств. Закрепление в законодательстве данного определения обеспечит единообразное толкование терминов при осуществлении международных перевозок субъектами хозяйствования.

Развитие внешнеэкономических связей субъектов хозяйствования в Украине, закрепление Украиной стратегического курса на интеграцию с мировой экономикой актуализирует необходимость существенного обновления отечественного законодательства о международных железнодорожных перевозках грузов с учетом европейских, мировых стандартов. Несмотря на принятие Украиной ряда нормативно-правовых актов, направленных на реформирование транспортной системы, необходимо принять ряд мер по развитию системы правового регулирования перевозок грузов в международном железнодорожном сообщении. Для устранения пробелов в правовом регулировании необходимо, на наш взгляд, принять либо отдельный закон, либо дополнить Закон Украины «О железнодорожном транспорте» новым разделом, регулирующим порядок осуществления различных видов международных железнодорожных перевозок грузов, закрепить в законодательстве понятие перевозки грузов в международном железнодорожном сообщении.

Таким образом, для обеспечения внешнеэкономических связей Украины, укрепления позиций отечественных субъектов хозяйствования на международных транспортных рынках, а также поэтапной интеграции Украины в мировую транспортную систему необходимо решить проблему правового регулирования перевозок грузов в международном железнодорожном сообщении.

Литература

1. Цветов Ю. М., Макаренко М. В. Роль транспортной системы Украины в евроазиатских интеграционных процессах: Науч. доклад / Материалы круглого стола «Транспорт и экономический рост» в рамках Восьмого Петербургского международного экономического форума Санкт-Петербург, 14–18 июня 2004 г.— Интернет-ресурс: <http://www.eatu.org>.

2. О железнодорожном транспорте: Закон Украины от 04 июля 1996 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 1996.— № 40.— Ст. 183.

3. Анцелевич Г. О., Покрещук О. О., Ковалевська Л. І. Міжнародно-правова регламентація транспортних перевезень: Підручник.— К.: Зовнішня торгівля, 2004.— 288 с.

4. О присоединении Украины к Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ): Закон Украины от 05.06.2003 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2003.— № 39.— Ст. 342.

5. О присоединении Украины к Протоколу от 3 июня 1999 г., который касается изменений Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) от 9 мая 1980 г.: Закон Украины от 16.11.2005 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2006.— № 2–3.— Ст. 44.

6. Международные транспортные перевозки: Сборник систематизированного законодательства // Бухгалтерия.— 2005.— Декабрь.— 360 с.

7. Мамутов В. К. Развитие хозяйственного законодательства и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: Науч. доклад / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины.— Донецк, 2004.— 40 с.

8. Интернет-ресурс: <http://www.eatu.org>.

9. О перевозке опасных грузов: Закон Украины от 06.04.2000 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— 2000.— № 28.— Ст. 222.

10. Косовская В. А. Особенности международных транспортных обязательств и их место в системе международного частного права // Транспортное право.— 2004.— № 1.— С. 36–39.

11. Ожегов С. И. Словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой.— М.: Изд-во «Советская энциклопедия».— 1972.— 846 с.

12. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка.— М.: Изд-во «Русский язык», 1998.— Т. 3.— 555 с.

13. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка.— М.: Изд-во «Русский язык», 1998.— Т. 4.— 683 с.

Представлена в редакцию 24.03.2006 г.

Наукове видання

ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ І МІЖНАРОДНА ІНТЕГРАЦІЯ: ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИЙ АСПЕКТ

Збірник наукових праць

Російською та українською мовами

Відповідальний за видання *В.П. Журавський*
Редактор *В.П. Журавський*

Підп. до друку 12.04.2006 р.
Папір офсетний.
Ум.друк.арк. 13,60.
Гарнітура «Newton».

Формат 60x84/16.
Друк різнографія.
Обл.-вид.арк. 12,92.
Замовлення № 044.

Наклад 300 прим.

Інститут економіко-правових досліджень НАН України
83048, Донецьк, Університетська 77. Тел. (062) 311-42-88.

Видавництво та друк ТОВ «Юго-Восток, Лтд».
83055, Донецьк, вул. Щорса, 17.
Тел./факс: (062) 305-50-13; e-mail: vostok@dc.ukrtel.net; vostok@skif.net
Свідоцтво про держреєстрацію:
серія ДК №1224 від 10.02.2003 р.