

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені
академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВИХ
ВІДНОСИН В УМОВАХ
ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА**

Збірник наукових праць
Випуск третій

Київ 2020

УДК 34:338.242](082)

П 68

Рекомендовано до друку на засіданні вченої ради Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (протокол № 11 від 25 жовтня 2020 року)

Рецензенти:

Беяневич Олена Анатоліївна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільно-правових дисциплін Донецького національного університету імені Василя Стуса

Подцерковний Олег Петрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України (Національний університет «Одеська юридична академія»), завідуючий кафедрою господарського права і процесу)

Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства: збірник наукових праць. Випуск 3. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2020. 210 с.

П 68

ISBN 978-617-7087-89-1

У збірник увійшли статті, в яких висвітлюються актуальні проблеми правового забезпечення ринкової економіки в умовах громадянського суспільства. Низка статей присвячена аналізу наслідків впливу пандемії на розвиток господарських відносин та громадянського суспільства. Збірник розрахований на науковців, викладачів, аспірантів та студентів юридичних вузів та факультетів, а також усіх, хто цікавиться проблемами наукових досліджень у сфері господарського права.

УДК 34:338.242](082)

ISBN 978-617-7087-89-1

© Автори, 2020

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

КОЛЕКТИВ АВТОРІВ:

Полюхович Валерій Іванович – доктор юрид. наук, с.н.с., завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки

Попович Тетяна Григорівна – кандидат юридичних наук, учений секретар Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Пацурія Ніно Бондовна – доктор юрид. наук, професор, п.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Бакалінська Ольга Олегівна – доктор юрид. наук, доцент, п.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Безух Олександр Васильович – доктор юрид. наук, доцент, п.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Бурило Юрій Павлович – доктор юрид. наук, доцент, п.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Ковалишин Олександр Романович – кандидат юрид. наук, професор, ст.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного

права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Гончаренко Олена Миколаївна – кандидат юрид. наук, доцент, ст.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Черненко Олена Анатоліївна – кандидат юрид. наук, с.н.с. відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	6
<i>Полюхович В. І.</i> ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ ТА ЗАКОНОДАВЧІ ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ.....	8
<i>Пацурія Н. Б.</i> ТЕНДЕНЦІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ КРИЗЬ ПРИЗМУ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА: НАРРАТИВНИЙ АНАЛІЗ	37
<i>Черненко О. А.</i> ШЛЯХИ РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОГО СЕКТОРА ЕКОНОМІКИ	57
<i>Ковалишин О. Р.</i> ВПЛИВ ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ НА ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТ	75
<i>Бурило Ю. П.</i> РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ САНІТАРНИХ ТА ФІТОСАНІТАРНИХ ЗАХОДІВ У СВІТЛІ АСОЦІАЦІЇ З ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ	94
<i>Попович Т. Г.</i> ЕВОЛЮЦІЯ ЗМІСТУ СТАНДАРТИЗАЦІЇ ЯК ЗАСОБУ РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	115
<i>Бакалінська О. О.</i> ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ УГОДИ TRIPS ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПНОСТІ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ В УМОВАХ COVID-19.....	130
<i>Гончаренко О. М.</i> ДОБРА ПРАКТИКА ЯК ЗАСІБ САМОРЕГУЛЮВАННЯ	152
<i>Безух О. В.</i> ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У ПРИВАТНИХ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИНАХ	175

ПЕРЕДМОВА

Тематичним збірником наукових праць «Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства», який пропонується до уваги читачів, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України продовжує серію наукових видань однойменного фундаментального дослідження.

Пандемія коронавірусу COVID-19 визначила нові вектори розвитку світової спільноти, держав та соціальних інститутів. При цьому вплив пандемічної кризи на еволюцію громадянського суспільства може суттєво відрізнитися у національному і глобальному вимірах. Сьогодні вже не можна назвати жодної сфери суспільного життя, яка б не зазнала впливу коронавірусної пандемії. Прямо чи опосередковано наслідки поширення світом вірусу COVID-19 відчувають усі – державна влада, великий і малий бізнес, громадяни абсолютної більшості країн. Не буде перебільшенням сказати, що майбутнє кожного з нас багато в чому визначається саме сьогодні – залежно від адекватності реагування на пандемічну кризу, здатності віднайти в цій непростій ситуації нові можливості для розвитку. Особливо болісно пандемічна криза позначилася на розвитку малого і середнього бізнесу та реалізації соціальних програм. Саме в таких умовах держава та суспільство мають відпрацювати новий механізм взаємодії, що надасть можливість збалансувати приватні і публічні інтереси учасників господарських відносин та забезпечити розумну альтернативу кризі та анархії, а також віднайти шлях відновлення та стабілізації для української держави.

Варто зазначити, що в Україні пандемічна криза виконала функцію індикатора спроможності – громадянського суспільства. Наприклад, в Україні сьогодні переживає нове піднесення волонтерський рух. Очевидно, певні сподівання на волонтерів покладає й українська державна влада, адже вона об'єктивно не здатна приділити належну увагу всім зумовленим пандемією багатоманітним соціальним проблемам. Проте це не звільняє державу від обов'язку належно і адекватно реагувати на виклики, на законодавчому рівні за-

хищати інтереси громадян, сприяти відновленню українського бізнесу. На жаль, з цим завданням держава не завжди справляється. На допомогу їй приходять волонтерські організації та досвід розвинених демократій.

Збірник наукових праць представляє результати наукових досліджень відділу правового забезпечення ринкової економіки в 2019–2020 роках і акумулює думки науковців як безпосередньо пов'язані з реакцією держави, законодавця і суспільства на сучасні виклики, так і наукові розробки, пов'язані з розвитком ринкових відносин та виходом з економічної, політичної і соціальної кризи сучасності.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ ТА ЗАКОНОДАВЧІ ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Антимонопольне регулювання та діяльність по захисту економічної конкуренції розпочалися з перших років незалежності України та насамперед знайшли своє втілення в прийнятті відповідних законів та нормативних актів.

Першим фундаментальним нормативним актом став Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 року № 2132-ХІІ [1], на зміну якому через дев'ять років був прийнятий Закон України «Про захист економічної конкуренції» 11 січня 2001 року № 2210-ІІІ [2], який зі змінами та доповненнями діє і по сьогодні. Також базовими нормативними актами в цій сфері стали Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року № 3659-ХІІ [3] та Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР [4], які із змінами і доповненнями чинні й сьогодні.

Як бачимо, основна нормативна база з питань захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання була сформована в перше десятиріччя існування Української держави. З того часу вносились зміни та доповнення до вказаних нормативних актів, приймалися підзаконні нормативні акти, якими здійснювався розвиток та деталізація правового регулювання в означеній сфері суспільних відносин. Проте мало місце і розширення сфери правового регулювання у випадку віднесення в 2010 році до компетенції Антимонопольного комітету функцій органу оскарження в сфері державних, а з 2016 року публічних закупівель.

Водночас з плином часу розвиток господарських відносин спонукає до відповідного розвитку нормативного регулювання. Але існуюча незмінність багатьох базових норм

чинних нормативних актів, їх часто загальний, декларативний та недостатньо деталізований зміст, а, по суті, відсталість та невідповідність вимогам сьогодення стає значним гальмом в процесі забезпечення правового регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання.

Отож, розглянемо окремі актуальні на сьогодні проблеми, що виникають при здійсненні правового регулювання відносин по захисту економічної конкуренції та антимонопольному регулюванню.

В зв'язку з тим, що основний регулятивний вплив на вказані господарські відносини з боку держави здійснюється державним органом із спеціальним статусом Антимонопольним комітетом України, то й багато проблемних питань пов'язані з виконанням ним своїх функцій, змістом компетенції, визначенням та деталізацією повноважень, порядком формування та кількістю його складу, особливостями здійснення правозастосовної діяльності тощо. Тому доцільним є розгляд актуальних проблем, що виникають в процесі правового регулювання відносин захисту економічної конкуренції, через призму в тому числі і діяльності Антимонопольного комітету України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» Антимонопольний комітет України є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель. При цьому положення щодо державних закупівель (з 2016 року публічних закупівель) були додані в 2006 році чим було поширено компетенцію Антимонопольного комітету України на цю сферу суспільних відносин. З 2010 року Антимонопольний комітет України є органом оскарження в сфері державних закупівель. Безпосередньо цю діяльність здійснює постійно діюча адміністративна колегія (колегії) Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Процедура оскарження визначена Законом України «Про публічні закупівлі» 25 грудня 2015 року № 922-VIII [5] і зазнає постійних змін, спрямованих на удосконалення процесу оскарження, подолання існуючих прогалин в регулюванні. Але

поза увагою законодавця вже довгий час залишаються організаційні питання функціонування органу оскарження, відсутні будь-які норми щодо правового статусу державних уповноважених саме як членів постійно діючої адміністративної колегії, не визначені межі їх компетенції при розгляді скарг, правові засади та гарантії забезпечення їх незалежності, самостійності та об'єктивності. Адже норми ст. 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», де визначено компетенцію адміністративних колегій АМКУ та норми ст. 16 цього Закону, де визначено компетенцію державних уповноважених АМКУ, хоч і мають деталізований зміст, пов'язаний безпосередньо із здійсненням ними функцій по захисту економічної конкуренції, але не враховано специфіки виконання функцій з розгляду скарг у сфері публічних закупівель.

Тому варто звернути увагу на існуючу проблематику функціонування постійно діючої адміністративної колегії (колегій) АМКУ в сфері оскарження публічних закупівель.

Перш за все існуючі проблеми можна розділи на три категорії.

Перша категорія пов'язана безпосередньо з визначенням меж компетенції членів колегії при розгляді скарг. На сьогодні відсутні чіткі норми щодо меж розгляду скарги, можливості колегії виходити за межі заявлених скаржником підстав для оскарження та обставин, визначених у скарзі, давати оцінку належності та допустимості доказів. Відсутні положення про те, що ніякі докази не мають для постійно діючої адміністративної колегії заздалегідь встановленої сили, а члени колегії мають право та повинні оцінювати надані сторонами докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді в процесі оскарження всіх обставин справи в їх сукупності.

Друга група обставин стосується безпосередньо правового статусу державного уповноваженого як члена колегії, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень.

До третьої групи обставин можна віднести відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії.

Наслідком означених прогалин правового регулювання в цій сфері стає формування практики, заснованої на прецедентах раніше прийнятих рішень, створенні та застосуванні звичаїв при вирішенні справ, при цьому такі звичаї часто базуються не на правових засадах, а виходять із світогляду окремих членів колегії. Також непоодинокі випадки різного тлумачення та, відповідно, неоднакового застосування норм чинного законодавства залежно від складу колегії. Відсутність норм, що забезпечують незалежність, самостійність та захист державного уповноваженого при здійсненні повноважень члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, має своїм наслідком часто зайвий формалізм, скутість при оцінці доказів та обставин справи, що негативно впливає на можливість приймати рішення самостійно за своїм внутрішнім переконанням. Відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії породжує практику невиконання її рішень і відсутності відповідних засобів покарання за бездіяльність.

Все це породжує певний хаос в процесі прийняття рішень по скаргах та, відповідно, формування практики діяльності колегії та часто унеможлиблює для сторін процесу оскарження – скаржників та замовників системне та обґрунтоване планування своєї роботи як з підготовки тендерної документації замовниками, так і з підготовки учасниками своїх пропозицій щодо участі в закупівлі. Адже суттєвою складовою при підготовці тендерної документації є врахування замовниками практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель для забезпечення прав учасників та мінімізації обставин, що можуть стати підставою для оскарження та наступного скасування рішень тендерних комітетів.

Одним із можливих шляхів для вирішення означених проблем повинно стати закріплення в Законі України «Про публічні закупівлі» норм з визначення правового статусу державного уповноваженого як члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень. Також необхідним є вне-

сення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та визначення положень, що стосуються меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо.

Предметом уваги законодавця повинні стати організаційні засади здійснення оскарження в сфері публічних закупівель. Існуючий на сьогодні механізм оскарження, в центрі якого є колегія, що складається із державних уповноважених Антимонопольного комітету, є очевидним анахронізмом і за своїм функціоналом не відповідає як сучасним вимогам до органу оскарження, так і зарубіжній практиці в цій сфері суспільних відносин.

Перш за все, проблема полягає в тім, що державні уповноважені, які відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» входять до складу постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, одночасно виконують великий обсяг повноважень за посадою, що передбачений в ст. 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». По суті, виходячи із змісту вказаної статті Закону, виконання обов'язків члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель є додатковим повноваженням до основного функціоналу державного уповноваженого. Але виходячи із практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель за останні роки обсяг робочого навантаження з часу запровадження електронного документообігу в сфері оскарження публічних закупівель та, відповідно, можливості подавати скарги онлайн зріс в кілька разів і робота в складі колегії для державних уповноважених Антимонопольного комітету України стала основною складовою їх зайнятості. Більш того, засідання постійно діючої колегії тривають починаючи з 10-ї години ранку і до 20-ї, 22-ї, 24-ї години ночі з короткими перервами. Відповідно, майже цілодобово працюють і співробітники департаменту з питань оскаржень рішень у сфері публічних закупівель, які повністю забезпечують підготовку матеріалів для роботи колегії та відповідний документообіг. При цьому засідання постійно діючої колегії з питань оскарження публічних закупівель тривають з уча-

стю запрошених скаржників, замовників, третіх осіб, які нерідко виходять із зали засідань опівночі. Зрозуміло, що за таких умов має місце грубе порушення норм трудового законодавства. Взагалі для тих, хто не стикався з цими реаліями, важко уявити, що такий стан речей є можливим у функціонуванні державного органу вищого рівня в європейській державі ХХІ століття, яка декларує неупинний рух до досягнення загальнолюдських цінностей, сучасних стандартів життя та має на меті стати складовою Європейського Союзу.

Об'єктивно, що за таких умов для виконання державними уповноваженими своїх основних функцій за посадою, передбачених Законом, вже не вистачає ні часу, ні фізичних можливостей. Кількість державних уповноважених з огляду на зростання наповнення їх діяльності залишається незмінною і складає дев'ять осіб з урахуванням посади Голови комітету. Все це призводить до прийняття важливих для діяльності Антимонопольного комітету України рішень фактично «з коліс» без ґрунтового вивчення та аналізу їх змісту, що, безумовно, негативно позначається на якості роботи органу в цілому. В зв'язку з цим доречно згадати, що функціонал з оскарження в сфері державних/публічних закупівель був включений до компетенції Антимонопольного комітету України лише в 2010 році, тобто через 18 років після його створення і за своєю правовою суттю не є невід'ємною складовою компетенції Антимонопольного комітету України, а зумовлений швидше «виробничою» необхідністю знайти організаційне вирішення завдання по забезпеченню процедури оскарження в сфері державних/публічних закупівель. Справа в тім, що компетенція Антимонопольного комітету України полягає в забезпеченні державного захисту економічної конкуренції, виходячи з чого визначено завдання Антимонопольного комітету України в ст. 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», а в процесі розгляду скарг щодо процедур публічних закупівель є багато обставин, які не охоплюються функціоналом, пов'язаним лише із захистом економічної конкуренції. Це і організація процедури, форми участі в ній, особливості підготовки як тендерної документації, так і заявок учасників тощо. Компетенція АМКУ відповідно до змісту його повноважень полягає в оцінці докумен-

тації та рішень тендерних комітетів лише на предмет забезпечення рівних можливостей для конкуренції учасників, коли водночас є й інші технічні, організаційні, правові питання цього процесу, які безпосередньо не стосуються конкуренції, але на практиці можуть бути та часто є предметом оскарження.

Наведене свідчить про необхідність організаційного та кадрового відокремлення функції оскарження в сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ та створення незалежного органу оскарження. Такий шлях є апробованим в більшості країн світу і довів свою ефективність, навпаки наявність органу оскарження в складі конкурентного відомства існує лише в декількох країнах. Зі створенням незалежного органу оскарження повинні бути вирішені вищезазначені проблемні питання, пов'язані із правовим статусом осіб, що розглядають скарги, змістом їх повноважень, деталізовано предмет оскарження та межі розгляду скарги та багато інших організаційних питань, вирішення яких при функціонуванні колегії з оскарження публічних закупівель в системі АМКУ шляхом поєднання державними уповноваженими своїх основних функцій за посадою з функціями члена колегії є, по суті, неможливим виходячи із існуючого порядку оскарження публічних закупівель, процедури їх розгляду, обсягу і кількості скарг, що надходять до колегії. При цьому механічне збільшення кількості державних уповноважених та кількості колегій може стати лише тимчасовим засобом та не призведе до якісних змін в процесі оскарження публічних закупівель.

Ще одним суттєвим блоком проблемних питань є порядок застосування та обсяг штрафів, що застосовуються органами Антимонопольного комітету України за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Розміри штрафів, які накладаються органами Антимонопольного комітету України, передбачені частинами другою, п'ятою, шостою ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та частинами першою та другою ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» і складають до 1%, 5%, 10 % доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції за останній звітний рік. Таким чином, існуюче формулювання можливого до застосування

розміру штрафу від 1 грн. до 10 % доходу суб'єкта господарювання призводить знову ж таки як і у попередньому випадку з прийняттям рішень при оскарженні публічних закупівель до не виправдано вільного підходу та зайвої «творчості» при визначенні розміру штрафу, що базується виключно на особистих уявленнях та світогляді членів АМКУ. На практиці різниця в сумах штрафів може рахуватись сотнями мільйонів гривень, що створює значні корупційні ризики та можливості для маніпуляцій з боку відповідальних посадових осіб АМКУ.

Необхідно зазначити, що територіальні відділення АМКУ нормативно обмежені в можливості накладення штрафу розміром 4 000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що складає 68 000 грн. Тому в даному випадку йдеться, перш за все, про закріплення на рівні закону обов'язку Антимонопольного комітету України та його адміністративних колегій визначати розміри штрафів на підставі порядку, який буде встановлений обов'язковими до застосування підзаконними актами.

На сьогодні АМКУ під час визначення розміру штрафів керується власними Рекомендаційними роз'ясненнями «Щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що стосуються розрахунку штрафів» від 9 серпня 2016 року [6], які не набули статусу нормативно-правового акта (не пройшли реєстрацію в Міністерстві юстиції України), а тому носять рекомендаційний (не обов'язковий) характер. Вони служать швидше для застосування однакових підходів до визначення штрафів, ніж визначають чіткі критерії їх визначення. Адже в якості критеріїв, що застосовуються в якості понижуючих/підвищуючих коефіцієнтів при визначенні розміру штрафу, використовуються такі оціночні поняття як соціальна значущість товару, вплив чи можливість впливу порушення на конкуренцію на суміжних ринках тощо.

Водночас в Рекомендаційних роз'ясненнях АМКУ є низка прогресивних порівняно з чинними нормами Закону положень. Це і прив'язка розміру штрафу до обсягу доходу, пов'язаного з порушенням, більш гнучка система накладення

штрафів за інформаційні порушення, визначення вичерпного переліку пом'якшуючих та обтяжуючих обставин. Але, повторюємо, з одного боку, на сьогодні застосування цих підходів є лише можливим, але не обов'язковим при прийнятті рішень членами АМКУ, а з іншого – відсутність нормативно встановлених порядку, критеріїв, «формули» визначення штрафу не дає можливості судам переглядати рішення АМКУ в частині розміру штрафу, адже єдиними нормативними обмеженнями залишаються лише верхні межі його розміру, які є достатньо значними.

Тому закріплення на нормативному рівні деталізованого порядку розрахунку розміру штрафу надасть можливість судам переглядати рішення АМКУ не тільки на предмет наявності/відсутності складу правопорушення, а й в частині розміру штрафу. В тому числі суди зможуть приймати рішення, якими могли б зменшувати або збільшувати розмір штрафу. Безумовно, це, в свою чергу, повинно спонукати судові органи до оволодіння спеціальними знаннями та досвідом саме в галузі антимонопольного регулювання.

Отже, слід наголосити на нагальній необхідності внесення змін до чинного законодавства, прийняття підзаконних актів, які повинні забезпечити прозорість та обґрунтованість діяльності органів АМКУ при здійсненні розрахунку штрафу за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Необхідно також зазначити про наявність низки системних проблем в чинному законодавстві про захист економічної конкуренції, які пов'язані з його неререформованістю, а, відповідно, застарілістю та архаїчністю в окремих частинах.

Такими, на нашу думку, є:

- термінологічна обмеженість та розмитість;
- надмірна загальність, а, відповідно, нечіткість при визначенні монопольного домінуючого становища суб'єкта господарювання та випадків можливого зловживання ним;
- розмитість формулювань складів окремих правопорушень, зокрема антиконкурентних узгоджених дій;
- надмірна дискреція органів АМКУ при прийнятті рішень як щодо початку розгляду справи про порушення, так і при прийнятті рішень по закінченню розслідування;

– відсутність нормативно закріплених граничних строків розслідування та розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (розслідування може тривати роками, «п'ятичиками» і більше).

Також доцільно відзначити, що:

– існуючий перелік порушень законодавства про захист економічної конкуренції потребує перегляду на предмет зменшення видів правопорушень та конкретизації їх складу;

– існуючі порогові економічні показники, що передбачають необхідність отримання дозволу АМКУ на концентрацію, повинні бути переглянуті в бік їх підвищення (дерегуляція);

– необхідно видалити в компетенції органів АМКУ зайві контролюючі функції та водночас здійснити заходи для забезпечення контрольної діяльності шляхом запровадження дієвих механізмів залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів для проведення виїзних перевірок, виїмки матеріальних доказів тощо.

Ми окреслили лише деякі, основні проблемні питання діяльності Антимонопольного комітету України та його органів, які потребують внесення нормативних змін для забезпечення приведення їх функціонування відповідно до сучасних критеріїв ефективності та доцільності в діяльності органів державного регулювання в сфері економіки.

Узагальнюючи вищезазначене, зазначаємо, що існуюча на сьогодні система правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції потребує докорінних суттєвих змін, які б забезпечили її адекватність вимогам часу та сучасному рівню господарських відносин в країні та світі. Запровадження кращих зразків зарубіжного досвіду, формування чіткої нормативної бази, оптимізація процесів та процедур, а, відповідно, значне зменшення дискреції в діяльності Антимонопольного комітету України, мають забезпечити якісні зміни як в правовому регулюванні, так і в конкурентному середовищі, де здійснюють свою діяльність суб'єкти господарювання в Україні.

У зв'язку з вищевикладеним постає об'єктивне запитання: як же наш законодавець реагує на наявність означених проблем організаційно-правового характеру в сфері захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання?

Зміна в 2019 році Президента України та наступна зміна складу Верховної Ради України спонукали до активізації законотворчих процесів, в тому числі і в сфері захисту економічної конкуренції. Так званий турборежим в законотворчій діяльності не оминув стороною і питання правового регулювання в антимонопольній сфері. Було підготовлено цілу низку об'ємних законопроектів, якими охоплюється майже вся проблематика в означеній сфері господарських відносин.

Стисло розглянемо основні з них та надамо характеристику запропонованим змінам до норм чинного законодавства України в сфері захисту економічної конкуренції, що містяться в законопроектах, які зареєстровані Верховною Радою України протягом 2020 року.

Самим змістовним та масштабним став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольну реформу» від 14.01.2020 р. № 2730 [7] (далі за текстом – законопроект № 2730), в якому мала місце спроба системно охопити всі основні складові процесу правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції. Зупинимося на найбільш значущих, на нашу думку, пропозиціях по удосконаленню існуючої нормативної бази.

В проекті широко вживається термін «конкуренційне законодавство», який по суті використовується на зміну установленому терміну «законодавство про захист економічної конкуренції». При цьому відсутні будь-які обґрунтування для такої заміни. На нашу думку, будь-які новели, в тому числі термінологічні повинні бути обґрунтовані об'єктивними потребами та узгоджені з існуючими правовими засадами. В конкретному випадку поняття «захист конкуренції» має своє закріплення в ч. 3 ст. 42 Конституції України. Водночас теоретично вважаємо можливим використання запропонованого терміна «конкуренційне законодавство» як синонімічного, проте його зміст має бути чітко визначений, а запровадження – обґрунтовано. В даному випадку має місце механічна заміна одного терміна на інший в рамках ст. 3 Закону України «Про захист економічної конкуренції». В цьому контексті запропоновано внесення змін до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» шляхом доповнення терміном

«конкурентійна політика – державна політика у сфері розвитку, захисту економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності; здійснення заходів щодо розвитку та адвокатування конкуренції; забезпечення нейтральності у конкуренції, – яка здійснюється органами законодавчої та виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю, органами місцевої виконавчої влади, а у сфері захисту економічної конкуренції – Антимонопольним комітетом України». Вважаємо, що така термінологія має загальнодекларативний характер та не містить необхідного правового регулюючого змісту, що притаманний нормі права, а тому є, по суті, зайвим нормативним баластом.

Запропоновано включення до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» додаткової статті «Стаття 6-1. Антимонопольний комітет України як орган оскарження у сфері публічних закупівель», де запропоновано змістовне реформування існуючого порядку функціонування постійно діючої колегії з питань оскарження публічних закупівель.

Запропоновано утворення Комісії (Комісій) замість існуючої колегії (колегій). В чому змістовний смисл зміни поточної назви не зрозуміло, а обґрунтування для цього не надано. Також запропоновано утворення нової категорії посад – Уповноваженої з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, які у кількості семи осіб призначаються Президентом України, за поданням Прем'єр-міністра України за результатами проведеного конкурсу Кабінетом Міністрів України. При цьому кількість Уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель за необхідності може бути збільшена Президентом України, за поданням Прем'єр-міністра України, яке вноситься на підставі пропозицій Голови Антимонопольного комітету України.

У зв'язку з цією новелою виникає ціла низка запитань. Чому саме сім осіб запропоновано для призначення уповноваженими з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель? Чим зумовлено призначення уповноважених на строк саме до трьох років, тобто можливим є призначення на рік, два, три роки? Також запровадження нової категорії посад – уповноважених з розгляду

скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель – передбачає повноваження Президента України по їх призначенню, проте, як відомо, повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України (п. 31 ч. 1 ст. 106) і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень на підставі закону, на що у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу Конституційний Суд України, про що чітко зазначено і у Висновку Головного науково-експертного управління від 18.02.2020 року щодо вказаного проекту Закону України.

Необхідно зазначити, що визначена кількість сім осіб є необґрунтованою як з позиції забезпечення виробничого процесу, так і з позиції дотримання норм законодавства України про працю. Виходячи з існуючого обсягу звернень із скаргами, необхідним є існування щонайменше трьох одночасно функціонуючих колегій (або комісій як запропоновано в проекті) з розгляду скарг у сфері публічних закупівель. З огляду на той факт, що на сьогодні за формою роботи колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель є постійно діючою, тобто вона функціонує кожний робочий день, то невідворотно виникає питання щодо ротації членів колегії, які відповідно до норм законодавства про працю мають право на відпочинок, відпустку і тощо. Таким чином, для адекватного виробничим потребам та такого, що відповідає нормам чинного законодавства України, способу організації роботи для забезпечення належного функціонування трьох постійно діючих комісій необхідним є призначення щонайменше дванадцяти уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Тобто в кожній з діючих комісій повинна бути можливість заміни хоча б одного уповноваженого в конкретний робочий день. Доречно додати, що в пізніше зареєстрованому проекті Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» від 27.02.2020 р. № 3132 [8], який станом на сьогодні пройшов перше читання, з'явилися положення, що мають більш наблизений зміст до вимог виробничої необхідності, норм законодавства про працю та взагалі до здорового

глузду. Так, запропоновано число уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель в кількості десяти осіб. Визначено строк повноважень – три роки. Встановлено загальні критерії до кандидатів на посади щодо необхідного рівня освіти та досвіду роботи (стажу роботи як вказано в законопроекті). Хоча норма щодо запропонованого досвіду (стажу) викликає певні запитання, адже пропонується «стаж роботи не менше п'яти років протягом останніх десяти років або стаж роботи не менше трьох років у сфері публічних закупівель». Тобто протягом п'яти років з останніх десяти потенційний уповноважений міг взагалі не працювати. Така норма викликає щонайменше подив, якщо не брати до уваги можливість навчання протягом п'яти років. Тому вважаємо, що такі позиції потребують уточнення, можливо шляхом визначення досвіду (стажу) роботи за фахом.

Необхідно додати, що в обох досліджуваних законопроектах залишається не вирішеним питання закріплення норм по визначенню правового статусу уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, його компетенції, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень. Адже, наприклад, статус державного уповноваженого Антимонопольного комітету України присвячена стаття 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України. У зв'язку із внесенням змін до частини сьомої ст. 6 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» шляхом доповнення словами «уповноважені з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель» такі уповноважені набувають статусу органу Антимонопольного комітету України, а відповідно якщо слідувати логікою чинного Закону є необхідність у деталізованому визначенні їх правового статусу та повноважень шляхом доповнення глави III Закону України «Про Антимонопольний комітет України» статтю 16/1 Компетенція уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Бо в запропонованих редакціях законопроектів має місце спроба по суті механістичного запровадження нового органу АМКУ без створення необхідної нормативної бази для ви-

значення його правового статусу, змісту компетенції, гарантій забезпечення виконання передбачених Законом обов'язків.

Як ми вже зазначали, необхідним є закріплення процедурних положень розгляду скарги, які б окреслювали функціонал уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Це стосується меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо. Це окрема важлива складова компетенції уповноваженого, без визначення якої існуючий хаос при прийнятті рішень колегією не зникне.

Безумовно, як запровадження нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, так і створення нових Комісій з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель потребує внесення відповідних змін до Закону України «Про публічні закупівлі» для узгодження правового регулювання. Проте в обох розглядуваних законопроектах відсутні відповідні нормативні пропозиції.

Хоча, на нашу думку, найбільш адекватним було б повне відокремлення функції оскарження в сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ, але станом на сьогодні, здається, ні законодавець, ні система органів виконавчої влади матеріально та ментально не готові для таких рішучих кроків. Проте вважаємо, що запровадження нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель суттєво знизить обсяг виробничого навантаження на державних уповноважених, а, відповідно, повинно бути розглянуте питання щодо скорочення чисельності останніх. Вважаємо, що оптимальним за таких умов буде скорочення чисельності державних уповноважених до семи осіб при збереженні кворуму для проведення засідань АМКУ в п'ять осіб.

Окремо звернемо увагу на пропозиції щодо зміни вимог до кандидатур та порядку призначення Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, що

викладені шляхом доповнення Закону статтею 11-1 «Особливості призначення Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України».

Запропоновано запровадження конкурсного відбору, для чого передбачено формування конкурсної комісії шляхом надання пропозицій Президентом України, Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України. При цьому зазначено, що членами Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України можуть бути особи, які мають повну вищу освіту, бездоганну ділову репутацію, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Також визначено, що членами Конкурсної комісії не можуть бути особи, які є членами органів управління суб'єктів господарювання, а також особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відповідно до пункту першого статті 3 Закону України «Про запобігання корупції». А строк повноважень члена Конкурсної комісії становить сім років та може бути припинений достроково за ініціативою органу або особи, що призначила такого члена Конкурсної комісії, або за власною ініціативою члена Конкурсної комісії.

У зв'язку з цим викликає подив той факт, що кількість та зміст вимог до члена Конкурсної комісії значно перевищує та є більш складним порівняно з вимогами, які Закон передбачає до Голови та державних уповноважених, для яких обов'язковим є лише наявність вищої юридичної чи економічної освіти та стаж роботи за фахом не менше п'яти років протягом останніх десяти років. Також виникають труднощі для застосування таких критеріїв оцінки членів Конкурсної комісії як бездоганна ділова репутація, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Чинне законодавство України не містить визначення критеріїв бездоганної ділової репутації, високих професійних та моральних якостей і суспільного авторитету і на практиці, якщо звичайно до цього ставитись сумлінно, виникатимуть проблеми з визначенням осіб, які відповідають таким вимогам. Тому відсутність критеріїв визначення бездоганної ділової репутації, високих професійних та моральних якостей і суспільного авторитету у проекті свідчить про неповноту визначення відповідних оціночних критеріїв, що не відповідає вимогам якості законів

у контексті забезпечення дії принципу верховенства права відповідно до вимог ст. 8 Конституції України. Адже юридична невизначеність законодавчих норм призводить до їх довільного тлумачення як органами державної влади, так й іншими суб'єктами. А пропозиція щодо строку повноважень члена Конкурсної комісії в сім років не має жодного змістовного обґрунтування, окрім такого ж семирічного терміну перебування на посаді Голови та державних уповноважених. Хоча в чому полягає цей зв'язок окрім арифметичного збігу – не зрозуміло.

Також як ми вже зазначали в аналогічному випадку, повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень на підставі закону. З огляду на те, що Конституція України не наділяє Президента України повноваженнями щодо призначення членів Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, запропонований у проекті порядок формування Комісії суперечить Основному Закону України.

На нашу думку, все це свідчить, що такі пропозиції, спрямовані на постійне укладення процедур призначення, не досягають своєї мети (прозорості, неупередженості і тому подібне), а лише без кінця бюрократизують процес та вихолощують здоровий глузд та логіку у функціонуванні органів державної влади.

Щодо кандидатур Голови та державних уповноважених запропоновано додатковий критерій розподілу за ознакою освіти: у складі Антимонопольного комітету України не може бути менше п'яти державних уповноважених з юридичною освітою та не менше двох державних уповноважених з економічною освітою. На нашу думку, ця додаткова вимога в запропонованій редакції є зайвою. Адже зовсім не зрозуміло чим зумовлений саме такий розподіл фахівців. Гіпотетично можливо було б вести мову про рівне представництво юристів та економістів, але це не можливо з огляду на непарну кількість членів АМКУ та можливість наявності у однієї особи одночасно юридичної та економічної освіти.

Також заслуговує на увагу внесення змін до п. 7 ч. 1 статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо права органів АМКУ на доступ до інформації та документів, можливість їх вилучення та опломбування приміщень. Таким чином, видаляються положення про можливість накладення арешту на предмети, документи та носії інформації, що є чинними на сьогодні. По суті зміст повноваження залишається незмінним. Проте, на нашу думку, головним в цьому контексті є не лише право органів АМКУ здійснювати відповідні повноваження, а й необхідність та можливість забезпечувати їх виконання суб'єктами господарювання. На сьогодні є чинною норма, передбачена п. 9 ч. 1 статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», що передбачає можливість залучення працівників органів внутрішніх справ, митних та інших правоохоронних органів для забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема в разі проведення розслідування. Проте на сьогодні ця норма є лише декларацією, адже відсутній як порядок такого залучення, так і відповідний правовий механізм співпраці. На практиці працівники АМКУ під час проведення перевірок не мають жодних засобів впливу для забезпечення виконання їх вимог щодо суб'єктів перевірки у випадку відмови або супротиву останніх.

До речі, із мого особистого досвіду роботи на посаді державного уповноваженого Антимонопольного комітету України знаю про наявність дійсних випадків, коли при проведенні перевірки працівникам Комітету було відмовлено в доступі до носія інформації і працівники не мали законних та достатніх засобів для силового забезпечення такого доступу, що в підсумку призвело до неможливості отримання інформації, а, відповідно, і можливих доказів порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій.

Тому необхідним є запровадження дієвого механізму залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів для проведення виїзних перевірок, виїмки матеріальних доказів тощо. Для цього необхідно доповнити Закон України «Про Антимонопольний комітет України» окремою статтею, в

якій чітко визначити випадки обов'язкового залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів, порядок взаємодії, передбачити відповідні джерела фінансування таких робочих заходів. Також необхідно доповнити відповідними кореспондуючими нормами закони України, якими врегульовано діяльність відповідних підрозділів правоохоронних органів, а також розробити та укласти міжвідомчі двосторонні угоди про взаємодію для практичної реалізації запроваджених законодавчих норм.

В діяльності конкурентних відомств зарубіжних країни є практика існування відповідних силових підрозділів в їх складі, що безпосередньо забезпечує супровід працівників під час здійснення ними зовнішніх заходів, пов'язаних з проведенням перевірок суб'єктів господарювання та з можливістю створення перешкод та супротиву представників суб'єкта перевірки законним вимогам перевіряючих. На нашу думку, такий спосіб є найбільш оптимальним, але він потребує створення в складі АМКУ відповідного постійного підрозділу, його кадрового та технічного забезпечення. Звісно цей шлях є більш фінансово затратним, і, враховуючи сьогоdnішній стан справ в Українській державі, навряд чи можливим для реального втілення. В будь-якому випадку ситуація потребує свого виправлення, бо на сьогодні має місце як функціональна прогалина в забезпеченні діяльності органів АМКУ, так і відсутність належного правового механізму для її подолання.

Серед новел також варто відзначити цілий блок норм, запропонованих для внесення до Закону України «Про захист економічної конкуренції» в частині врегулювання процесуальних засад розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, визначених в розділі VII. Пропонується до закріплення низка необхідних процесуальних засад, якими забезпечуються права особи на захист, право на об'єктивний, неупереджений розгляд, положення про зміст та порядок отримання доказів правопорушення, порядок надання вимог про подання інформації та відповіді на них, проведення перевірки суб'єктів господарювання, порядок формування та зміст подання з попередніми висновками в справі. Також запропоновано такі нові правові інститути на рівні Закону про порядок врегулювання спору у справах про

порушення конкурентного законодавства, комплаєнс-програма, розвинуті положення про звільнення від відповідальності учасника антиконкурентних узгоджених дій.

Звернемо увагу на одну з нових запропонованих процесуальних засад. У новій ст. 41-1 Закону запроваджується інститут понятих. При цьому, на нашу думку, залучення понять органами АМКУ можливе у випадку залучення працівників органів внутрішніх справ для здійснення, у разі потреби, заходів під час проведення перевірки. Адже понятий згідно з п. 25 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України є учасником кримінального провадження, якого залучають органи досудового розслідування до проведення процесуальних дій під час досудового розслідування. Проте і Антимонопольний комітет України не є органом досудового розслідування у розумінні КПК України. Відповідно необхідно змінювати або термінологічний ряд, або ґрунтовно перебудувати процесуальні засади дій органів АМКУ.

Взагалі з огляду на вищеописане необхідно зазначити, що законодавство про захист економічної конкуренції поступово формується в окрему галузь законодавства, яка має всі притаманні окремій галузі законодавства ознаки, що реалізуються в межах матеріальних і процесуальних норм. Проте існуюче законодавство в його регулятивному змісті, особливо що стосується процесуальної частини, є фрагментарним і нецілісним. Давно назріла необхідність створення повноцінного процесуального кодексу в сфері захисту економічної конкуренції, де були б визначені та врегульовані всі етапи як дослідження, розслідування, так і безпосередньої підготовки до розгляду справ і прийняття по них рішення, а також особливості виконання. Але в реальності нормотворча практика зводиться до наповнення змінами Закону України «Про захист економічної конкуренції», які скоріше виконують роль латання дірок, а не створення системного процесуального порядку.

В законопроекті № 2730 реалізовані також окремі напрацювання АМКУ при підготовці Рекомендаційних роз'яснень «Щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що стосуються

розрахунку штрафів» від 9 серпня 2016 року. Так, є положення про можливість коригування розміру штрафу з урахуванням обтяжуючих та пом'якшуючих обставин. Щоправда, запропонований перелік цих обставин в тексті законопроекту дуже звужений порівняно з існуючим в межах Рекомендаційних роз'яснень. Вважаємо це недоліком законопроекту, адже Рекомендаційні роз'яснення приймалися з метою деталізації та розвитку Закону України «Про захист економічної конкуренції», заповнення певних нормативних прогалів, що надавало б змогу більш коректно, прогнозовано та адекватно визначати розміри штрафів, адже Законом встановлені лише їх межі, які є достатньо широкими і діапазон визначення покарання може бути надзвичайно великим. Тому, на нашу думку, доцільно розширити цей перелік з використанням існуючих Рекомендаційних роз'яснень, можливо з певним удосконаленням та оптимізацією існуючих обтяжуючих та пом'якшуючих обставин.

Також в проекті розвинуті положення, якими врегульовується відповідальність за шкоду, завдану порушеннями конкурентного законодавства, запроваджено солідарну відповідальність за завдану шкоду внаслідок антиконкурентних узгоджених дій.

Окремо відзначимо пропозицію в рамках законопроекту № 2730 щодо внесення змін до Господарського процесуального кодексу України з пропозицією покладення повноважень з вирішення спорів у сфері конкуренції на Вищий суд з питань інтелектуальної власності та економічної конкуренції.

Йдеться про створення спеціалізованого суду у сфері конкуренції шляхом додавання відповідних функцій Вищому суду з питань інтелектуальної власності. Але якщо процес створення Вишого суду з питань інтелектуальної власності триває певний час і пройшов ряд етапів нормативного та організаційного створення, то чи можливою є механічна приставка «та економічної конкуренції» адекватною всім необхідним організаційним процедурам. Так, згідно зі ст. 125 Конституції України суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя.

Створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності здійснюється з метою розгляду справ з інтелектуальної власності, підвищення якості та скорочення строків розгляду таких спорів. З цією метою були встановлені й додаткові вимоги до осіб, які можуть бути суддями Вищого суду з питань інтелектуальної власності, зокрема, визначено, що «суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Вищому суді з питань інтелектуальної власності, а також відповідає одній із таких вимог: має стаж роботи на посаді судді не менше трьох років; має досвід професійної діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного) щонайменше п'ять років; має досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва в суді у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності щонайменше п'ять років» (ч. 1 ст. 33 Закону України «Про судоустрій та статус судів»). Таким чином, постає питання про те, що частина вказаних осіб може не мати достатньої кваліфікації для належного розгляду справ з питань економічної конкуренції. А також навпаки, кваліфікаційні вимоги до суддів, що будуть розглядати справи з питань економічної конкуренції, повинні включати вимоги з досвіду в сфері інтелектуальної власності.

На нашу думку, це достатньо сира пропозиція, яка, по суті, є втіленням бажання причепити тематику економічної конкуренції до предмета іншої спрямованості вже майже сформованого спеціалізованого судового органу, тим самим заощадити на складній законодавчій та організаційній процедурі створення спеціалізованого суду. Проте така ініціатива породжує цілу низку питань, шляхи вирішення яких відсутні в тексті законопроекту. Безумовно, це кадровий склад спеціалізованого суду, вироблення спеціальних критеріїв для кандидатів у судді, визначення процесуальних засад судочинства в сфері захисту економічної конкуренції, погодження цілої низки організаційних та нормативних питань, отримання необхідних висновків щодо доцільності існування такого спеціалізованого судового органу та погодження з боку Вищої ради правосуддя тощо. Адже якщо йти шляхом об'єднання в межах спеціалізованого суду декількох предметів-

спеціалізацій, то чому б не додати ще одну-дві спеціалізації і тим самим створити господарський суд номер два? Це, звичайно, абсурд. Тому вважаємо, що створення спеціалізованого суду повинно мати додаткову аргументацію і обґрунтування, а в представленому вигляді є недостатньо опрацьованою законодавчою пропозицією.

Підводячи ризик під стислим аналізом законопроекту № 2730, зазначаємо, що він містить достатньо багато змістовних та необхідних для розвитку правового регулювання новел до законодавства про захист економічної конкуренції. Проте поряд з назрілими змінами є багато недостатньо опрацьованих та аргументованих пропозицій, які в цілому створили значні перешкоди для просування цього законопроекту та прийняття відповідного Закону України. На нашу думку, існуюча низка перелічених та й інших проблемних питань та неузгодженостей стали причиною того, що цей законопроект, як кажуть, завис у відповідних профільних комітетах і його прийняття стає малоімовірним.

Натомість більш утилітарний та без претензій на масштаб «конкуренційно-антимонопольної реформи» проект Закону про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» від 27.02.2020 р. № 3132, який зміг на сьогодні пройти перше читання, мав би більше перспектив для прийняття. Це зумовлено тим, що, по-перше, він спрямований на вирішення давно назрілих гострих питань в сфері оскарження публічних закупівель і не охоплює інші сфери законодавства про захист економічної конкуренції та пропонує створення спеціалізованого в кадровому розумінні складу уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель з перспективою виокремлення Колегії (Комісії) в окремий орган.

Але, напевно, проаналізувавши організаційні і правові проблеми реалізації реформування діяльності Антимонопольного комітету України як органу оскарження в сфері публічних закупівель, законодавець дійшов висновку, що узгоджувати всі складнощі, пов'язані із запровадженням нового органу у вигляді уповноважених з розгляду скарг про пору-

шення законодавства у сфері публічних закупівель, буде достатньо складно у зв'язку з тим, що повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України (п. 31 ч. 1 ст. 106) і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень, і в результаті з'явився проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо збільшення кількості державних уповноважених та забезпечення роботи органу оскарження» від 02.07.2020 р. [9] № 3779.

Зміст цього законопроекту, як кажуть в народі, короткий як постріл. Тому наведемо його повністю в частині нормативних новел:

І. Внести до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (Відомості Верховної Ради України, 1993 р. № 50. Ст.472, з наступними змінами) такі зміни:

1) – в частині першій слово «восьми» замінити словом «дванадцяти» у статті 6;

2) у статті 12⁻¹ частину першу викласти в такій редакції:

«Постійно діючі адміністративні колегії Антимонопольного комітету України утворюються Антимонопольним комітетом України з числа державних уповноважених Антимонопольного комітету України у складі трьох осіб. Постійно діючу адміністративну колегію очолює державний уповноважений зі складу постійно діючої адміністративної колегії».

Тобто зміни до законодавства про захист економічної конкуренції зводяться до простого збільшення кількості державних уповноважених з восьми до дванадцяти з метою кадрового забезпечення роботи постійно діючих колегій з розгляду скарг в сфері публічних закупівель. І, відповідно, передбачено, що очолювати колегію з розгляду скарг може державний уповноважений, а не лише заступник голови як це передбачено в чинній на сьогодні редакції Закону. Прийняття цього законопроекту не пов'язане з необхідністю внесення змін до інших Законів України.

Цей законопроект має перспективу бути швидко прийнятим з огляду на його простоту, бо це, по суті, найпростіший метод «гасити пожежу» шляхом формування додаткового штату «пожежників». Певна ефективність на короткому проміжку часу цього кроку повинна була бути. Хоча цей крок не

вирішує по суті всього обсягу проблемних питань законодавчого регулювання в сфері захисту економічної конкуренції, лише частину з яких ми спробували зачепити в межах нашого короткого дослідження.

Невдовзі був зареєстрований ще один законопроект на розвиток попереднього «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо державних уповноважених і приведення норм закону у відповідність із Конституцією України» від 20.07.2020 р. № 3779-1 [10], в якому окрім збільшення кількості державних уповноважених запропоновано новий порядок призначення державних уповноважених та першого заступника та заступників Голови Антимонопольного комітету України, а саме вони призначаються на посади та звільняються з посад Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України. Вважаємо, що запровадження такого порядку призначення членів Антимонопольного комітету України позбавить їх можливості бути незалежними при прийнятті рішень, спрямованих на захист економічної конкуренції, адже КМУ здійснює управління державним сектором економіки, і відповідно, є великі ризики для забезпечення рівних умов для інших учасників господарських відносин. До того ж АМКУ втратить статус державного органу із спеціальним статусом і стане на рівень з іншими центральними органами виконавчої влади, що входять до системи Кабінету Міністрів України.

Останнім із зареєстрованих на час написання цієї статті став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 р. № 4122 [11] (далі за текстом – законопроект № 4122). Він є достатньо стислим і водночас ґрунтовним за змістом. Коротко зупинимо увагу на основних запропонованих новелах.

Пропонується запровадження щорічного публічного звіту Голови Антимонопольного комітету України на пленарному засіданні Верховної Ради України, що є засобом підвищення контролю за діяльністю АМКУ.

Запропоновано відновити нещодавно реформовану структуру територіальних відділень АМКУ з представництвом в усіх областях України. Це конкретна і слухна пропозиція,

спрямована на зупинення розвалу системи територіальних відділень шляхом їх укрупнення до регіональних з ліквідацією обласних.

Також запропоновано зменшити строк повноважень Голови АМКУ з існуючих семи років до п'яти з правом перебування на посаді не більше ніж два строки підряд. Пропозиція є логічною та відповідною до існуючих реалій, коли Голова АМКУ подає і відставку невдовзі після виборів та зміни особи Президента України. Адекватним було б і зменшення терміну повноважень державних уповноважених до п'яти років, про що в законопроекті нічого не зазначено. Але водночас передбачається право державного уповноваженого входити до складу комісій, комітетів та інших органів, що створюються органами державної влади, органами місцевого самоврядування без згоди Антимонопольного комітету України. Це достатньо спірне положення, адже для входження державного уповноваженого до зовнішніх органів необхідним є прийняття певного рішення уповноваженим на це суб'єктом і таким суб'єктом логічно виступає Комітет. В іншому випадку таке рішення буде змушений приймати Голова, адже існують усталені механізми для прийняття управлінських рішень і державний уповноважений виконує свої функції в межах існуючої системи організаційно-адміністративних відносин. Вважаємо, що для цієї пропозиція відсутнє необхідне обґрунтування.

Також в законопроекті № 4122 запропоновано низку новел до Закону України «Про захист економічної конкуренції». Ці новели стосуються як запровадження нової термінології, так і нових підходів до визначення монопольного (домінуючого) становища. Ці пропозиції є достатньо «революційними» в існуючій відносно усталеній в цій частині нормативній базі, а тому потребують окремого ґрунтовного аналізу, що буде предметом наших наступних публікацій.

Підсумовуючи стислий огляд законопроектної роботи Верховної Ради України в сфері захисту економічної конкуренції, необхідно зазначити, що станом на сьогодні задекларована рядом депутатів нового складу Верховної Ради України конкуренційно-антимонопольна реформа, що частково ідеологічно реалізована в текстах законопроектів від

14.01.2020 р. № 2730 та від 31.01.2020 р. № 2730-2, не знайшла своєї реалізації в прийнятих законах України. Більш того, вказані законопроекти є достатньо сирими за змістом та мають невеликі перспективи для прийняття. Пропозиції законопроектів від 02.07.2020 р. № 3779 та від 20.07.2020 р. № 3779-1 щодо чисельного збільшення кількості державних уповноважених якісно не вирішують назрілих проблем функціонування АМКУ та заморожують їх на невизначений період. Положення законопроекту № 4122 мають більш збалансований та ґрунтовний зміст, але також потребують доопрацювання.

Проте, на жаль, станом на сьогодні законопроектна робота не вирішує давно назрілої необхідності кодифікації законодавства про захист економічної конкуренції. По суті, мають місце спроби «латання дірок», які до того ж і не мають свого кінцевого втілення, а завершуються, як правило, роботою в комітетах Верховної Ради України. Якщо так триватиме і надалі, то надії суспільства на якісний розвиток правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції залишаться марними. На жаль, рівень законотворчої роботи та, відповідно, якість нормативного продукту сьогоднішніх законодавців не надає достатніх підстав для оптимізму в цій сфері життя українського суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 року № 2132-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992. № 21. Ст. 296.
2. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року № 3659-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993. № 50. Ст. 472.
3. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996. № 36. Ст. 164.
4. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року № 2210-ІІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001. № 12. Ст. 64.

5. Закон України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року № 922-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016. № 9. Ст.89.

6. Рекомендаційні роз'яснення «Щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що стосуються розрахунку штрафів» від 9 серпня 2016 року // офіційний веб-портал Антимонопольного комітету України: URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rekomendacijni-rozuyasnennya-shchodo-zastosuvannya-polozhen-chastin-drugoyi-p-yatoyi-ta-shostoyi-statti-52-zakonu-ukrayini-pro-zahist-ekonomich-noyi-konkurenciyi-chastin-pershoyi-ta-drugoyi-stat> (дата звернення: 12.06.2020).

7. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольну реформу» від 14.01.2020 р. № 2730 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67870 (дата звернення: 12.06.2020).

8. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» від 27.02.2020 р. № 3132 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68260 (дата звернення: 12.06.2020).

9. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо збільшення кількості державних уповноважених та забезпечення роботи органу оскарження» від 02.07.2020 р. № 3779 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69339 (дата звернення: 12.06.2020).

10. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо державних уповноважених і приведення норм закону у відповідність із Конституцією України» від 20.07.2020 р. № 3779-1 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69567 (дата звернення: 12.06.2020).

11. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 р. № 4122 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69991 (дата звернення: 12.06.2020).

ТЕНДЕНЦІ РЕАЛІЗАЦІ ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА: НАРРАТИВНИЙ АНАЛІЗ

Наслідки світової фінансово-економічної кризи через глобальний lockdown, зумовлений поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, без сумніву, актуалізують проблему негайного відновлення та модернізації вітчизняного економічного потенціалу нашої держави, що має позитивно вплинути на: поліпшення торговельного балансу; розвиток переробної промисловості; реіндустріалізацію та інноваційний розвиток економіки; розвиток малого і середнього підприємництва; збереження існуючих та створення нових робочих місць; зростання доходів населення; збільшення платоспроможного попиту домогосподарств; збільшення податкових надходжень до бюджетів усіх рівнів; оновлення виробництва та підвищення конкурентоспроможності завдяки активізації попиту з боку держави; прискорення оборотності вкладеного капіталу; запуск серійного виробничого процесу; забезпечення сталого розвитку виробничо-експортного потенціалу промислового сектору національної економіки; поліпшення економічного становища України в світі; збереження існуючих і створення нових робочих місць; підвищення добробуту громадян тощо.

Гостра потреба у залученні інвестиційних ресурсів є актуальною проблемою українських економічних реалій сучасного періоду.

Нещодавні політичні заяви на найвищому міжнародному рівні актуалізували питання необхідності швидкого залучення в Україну інвестицій шляхом впровадження спеціальної Урядової програми «Investment nanny».

Як зазначалося, вказана програма спрямована на залучення саме «великого» іноземного інвестора (від \$100 млн.), організація співпраці з яким покладатиметься на інвестиційних менеджерів урядової організації UkraineInvest.

Загалом ідея полягає у наданні індивідуального підходу та особливих державних гарантій кожному іноземному інвестору. Світовий досвід переконує, що активний економічний розвиток сучасної держави безпосередньо пов'язаний із залученням, ефективним використанням та захистом майнових інтересів інвесторів. Накопичувальний національний або іноземний капітал всередині держави у формі інвестицій сприяє заходам макроекономічної стабільності, з огляду на це надання впевненості інвесторам у їх захисті стає пріоритетом держави.

Зрозуміло, що однією з основних проблем, що вимагає негайного вирішення, при здійсненні інвестиційної діяльності є виникнення інвестиційних ризиків. Як правило, вони призводять до недосягнення запланованих цілей інвестування та отримання грошових збитків суб'єктами інвестиційної діяльності. Ефективне управління інвестиційними ризиками допоможе ідентифікувати слабкі місця ще на початку реалізації інвестиційного проекту. Тому, в цілях уникнення небажаних результатів, інвесторам необхідно виявити інвестиційний ризик, проаналізувати та оцінити наслідки від настання ризикової події та розробити заходи, що допоможуть мінімізувати негативний вплив від реалізації інвестиційного ризику та надати впевненості інвесторам.

В умовах трансформаційної економіки питання впевненості інвестора при здійсненні інвестиційної діяльності виходить на перший план, адже включає в себе низку важливих елементів: незалежність судової гілки влади, відповідність вітчизняного законодавства законодавству Європейського Союзу в частині регулювання захисту інвестицій, наявність законодавчо закріплених гарантій виконання інвестиційних зобов'язань з обох сторін, надання гарантій від некомерційних ризиків і надання технічної підтримки у сфері інвестиційних проектів і, найголовніше, захист майнових інтересів інвесторів в ефективний спосіб.

Саме тому окреслені вище проблеми мають стати пріоритетом держави у формуванні власної політики, вирішити які можливо за допомогою інструментарію, притаманного господарському праву.

Господарське право як система норм права, що регулюю-

ють відносини з приводу безпосереднього здійснення господарської діяльності та/або керівництва нею (із застосуванням різних методів правового регулювання: метод приписів, метод автономних рішень, метод координації, метод рекомендацій)¹, одним із основних завдань має всебічне правове забезпечення економічних процесів, які відбуваються в державі, з метою укріплення правового господарського порядку, який є похідною категорією від конституційного правопорядку.

Варто наголосити, що категорія правового господарського порядку визнається системоутворюючою категорією господарського права. Її нормативні засади закріплені у ч. 1 ст. 5 Господарського кодексу України «Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання»². Відповідно до зазначеної норми – правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

Фактично йдеться про систему ідеального економічного середовища (так звану модель ідеального ринку), яке має ґрунтуватися на нормах Конституції України і вибудовувати баланс між приватними і публічними інтересами учасників різних рівнів господарських систем (державна – приватний сектор), які розкриваються і реалізуються через категорію господарських правовідносин. Віднайдення балансу між приватними і публічними інтересами учасників господарських правовідносин є одвічною науковою дискусією, адже йдеться про «баланс» як ідеально можливу модель «партнерства» різних за статусом суб'єктів, що, вступаючи у господарські відносини певного виду, і є рівними у своїх правах.

Баланс інтересів і рівність прав надають можливість уникати договірної і інформаційної диспропорції між учасниками господарських правовідносин (при їх виникненні, зміні

¹ Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій. К.: Атіка, 2004. С. 45.

² Господарський кодекс України: від 16 січня 2003 року / Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 462.

та припиненні), а це, як наслідок, призводить до безконфліктної їх реалізації, що є основною ознакою належного рівня урегульованості таких відносин на законодавчому рівні, та характеризують економічну політику держави як належну.

Проте доктрина господарського права стоїть на позиції того, що диспропорції (договірні, інформаційні) є іманентною ознакою господарських правовідносин, якщо в них присутній орган державної влади або орган місцевого самоврядування, тобто привалювання публічного інтересу порушує баланс. Уникнення означеного дисбалансу можливе при формуванні державною належної економічної політики, спрямованої на: покращення загального економічного становища України, підвищення її позицій у рейтингу «Doing Business»; активізацію рівня ділової активності суб'єктів економічної діяльності; системне усунення корупційних ризиків в економічних відносинах; розвиток добросовісної конкуренції; створення сприятливого інвестиційного клімату та макроекономічної стабільності; зменшення кількості економічних правопорушень тощо.

Слід акцентувати увагу на тому, що теорія систем, що набула визнання наприкінці ХХ століття, розглядає організовані групи людей будь-якого рівня (суспільство, держава, територіальна громада, учасники господарських відносин тощо) як соціально-економічні системи, сутнісні характеристики яких полягають у діалектичній єдності їх інтересів, що, у свою чергу, детермінуються загальними потребами економіки як цілісного організму.

В аспекті господарсько-правової науки йдеться про державу та суб'єктів господарювання (учасників відносин у сфері господарювання) і їх об'єднання як про певні соціально-економічні (господарські) системи, що характеризуються власною специфікою. Інтереси та потреби такої системи зумовлюють її мету та функції в економіці держави і спрямовані на забезпечення та вирішення спеціальних завдань³, що найбільш характерно розкриваються при реалізації господарських правовідносин.

³ Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. К.: Атіка, 2003. С. 40.

На переконання професора Г. Л. Знаменського, основне призначення господарських правовідносин у механізмі господарського-правового регулювання економічних відносин полягає в індивідуалізації вимог правових норм у частині взаєморозташування суб'єктів, наділення їх правами та обов'язками. Вчений акцентує увагу на тому, що в господарсько-правових нормах віддзеркалюються не лише економічні інтереси окремих учасників економічної діяльності, а й загальний економічний інтерес усього суспільства, і при цьому в правових нормах потребує закріплення пріоритет загального інтересу⁴ над інтересами інших рівнів (приватний, регіональний, відомчий, державний тощо). Саме в цьому знаходить свій вияв ідея загального господарського правового порядку.

Варто зазначити, що будучи частиною національного правового порядку, правовий господарський порядок спрямований на забезпечення ефективного функціонування економічної системи держави як в цілому, так і в її окремих складових. Насамперед такий висновок впливає з характеру норм, які складають конституційні основи правового господарського порядку, закріплених у ч. 2 ст. 5 Господарського кодексу України.

Наведене доводить, що у нормах права чинного господарського законодавства отримали втілення такі елементи економічної політики держави: соціально-економічні відносини; організаційно-правові форми здійснення господарської діяльності; господарський механізм; система стимулів учасників господарських відносин; господарські зв'язки між учасниками економічних відносин тощо. Саме така структура економічної системи переважно представлена у наукових джерелах економічного спрямування. Досвід економічних перетворень протягом останніх десятиліть дає можливість замислитися над досить важливими у конституційно-правовій площині питаннями – визначення вектора розвитку економічної системи держави та винайдення ефективних економіко-правових методів забезпечення її сталого розвитку⁵.

⁴ Знаменский Г. Л. Хозяйственный механизм и право. К., 1988. С. 61.

⁵ Конституційні засади економічної системи України : монографія / В. А. Устищенко, Р. А. Джабраїлов, В. М. Кампо, Р. О. Коваленко, М. В. Савчин / НАН

Означені вище процеси належного економічного розвитку держави можливо забезпечити шляхом реалізації ефективною економічною політикою на тлі досягнень науки господарського права.

Вказана проблематика та необхідність її нагального вирішення на законодавчому рівні, шляхом закріплення відповідних норм, актуалізується з урахуванням останніх негативних тенденцій, що спостерігаються у світовій економіці сучасного періоду (падіння світових фондових та промислових ринків тощо). Саме тому країни із трансформаційною (перехідною) економікою мають вибудовувати належну державну політику з метою запобігання кризовим явищам та забезпечення національної безпеки в цілому.

Головним напрямом рестарту вітчизняної економіки, з метою забезпечення її безпеки, має стати принцип державної підтримки національного товаровиробника, який в недалекому минулому було сформульовано як «Купуй українське, плати українцям». Адже підтримка національного виробника державою – це головне завдання будь-якої влади.

У вказаному аспекті доцільно проаналізувати перспективне законодавство. Так, з метою підтримки національного товаровиробника 24.06.2020 року у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону № 3739 від «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо створення передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості» (далі – проект Закону).

Метою проекту Закону є вдосконалення процедури публічних закупівель для певних груп продукції машинобудування (за переліком, визначеним проектом Закону) шляхом встановлення обов'язкових вимог щодо національної локалізації їх виробництва, без порушення умов конкуренції на внутрішньому ринку.

Проте аналіз проекту Закону від 24.06.2020 року № 3739 «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупі-

України. Ін-т економіко-правових досліджень. Донецьк: ТОВ «Юго-Восток», 2011. С. 5, 7.

влі» щодо створення передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості» виявив низку ризиків, що унеможливають досягнення мети, встановленої проектом Закону, та можуть негативно вплинути як на спроможність її реалізації, так і на втрату репутації України як надійного міжнародного партнера.

Серед основних ризиків реалізації мети проекту Закону слід виділити такі:

1) Порушення принципу недискримінації:

– пункт 4 ч. 1 ст. 5 Закону України «Про публічні закупівлі» встановлює принцип недискримінація учасників та рівне ставлення до них, який є вихідним положенням, основною ідеєю формування усього законодавства про публічні / державні закупівлі у світі.

Сутність принципу полягає у забороні необґрунтованого відмінного ставлення до учасників публічних закупівель, що виражено у встановленні розрізень, винятків, обмежень чи переваг, які знаходяться в однаковій ситуації. Оскільки дискримінація призводить до обмеження або унеможливлення в користуванні чи здійсненні прав та інтересів учасниками на рівних підставах, то її заборону розглядають як один із способів забезпечення рівності. Право на захист від дискримінації є одним із фундаментальних прав, яке визнане міжнародним правом і відображене в положеннях Закону. Отже, замовники повинні забезпечувати вільний доступ для всіх учасників до інформації про закупівлю, передбаченої Законом. Замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників. Учасники (резиденти / нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах.

Прийняття проекту Закону негативним чином вплине на подальшу реалізацію згаданого принципу публічних закупівель та фактично унеможливить доступ іноземних учасників до закупівельних процедур.

2) Порушення міжнародних зобов'язань прийнятих на себе Україною в сфері публічних закупівель.

Глава 8 Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про Асоціацію), присвячена державним

закупівлям. Відповідно до ст. 148 Угоди про Асоціацію сторони визнають внесок прозорого, недискримінаційного, конкурентного і відкритого тендерного процесу у сталий економічний розвиток і встановлюють у якості своєї мети ефективно, взаємне і поступове відкриття відповідних ринків закупівель.

Вказана глава передбачає забезпечення взаємного доступу до ринків державних закупівель на основі принципу національного режиму на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівнях для державних контрактів та договорів концесії у традиційних галузях економіки, а також у комунальному господарстві. Це передбачає послідовне наближення законодавства України у сфері державних закупівель до *acquis* ЄС у сфері державних закупівель, що супроводжуватиметься інституційною реформою та створенням ефективної системи державних закупівель на основі принципів, якими регулюються державні закупівлі Сторони ЄС.

Отже, одним із принципів публічних закупівель згідно з Угодою про Асоціації є недискримінація учасників та національний режим. Окремо в Угоді про Асоціацію вказано, що опис робіт, товарів та послуг не повинен містити конкретного місця походження (крім випадків, коли це обґрунтовується предметом контракту) та умови заснування учасників тендерів в тій самій країні, що і замовник.

Обмеження кола учасників допускається, але лише на конкурентних засадах та лише на основі об'єктивних факторів – досвіду роботи на ринку, масштабу діяльності учасника, наявності в нього відповідної інфраструктури, технічного потенціалу тощо. Також від переможця може вимагатись створення певної інфраструктури в місці виконання контракту.

Тобто прийняття проекту Закону порушить прийняті Україною на себе зобов'язання перед міжнародними партнерами, що, безумовно, призведе до негативних наслідків в сфері діалогу між ЄС та Україною, а саме – до втрати міжнародної репутації нашої держави у відносинах з ЄС. Втрата статусу «надійного партнера» може призвести до перегляду умов Угоди про Асоціацію у бік їх погіршення.

3) Перегляд Угоди СОТ про державні закупівлі (Agreement on Government Procurement, GPA) по відношенню до національних учасників.

18 травня 2016 року завершилася процедура приєднання

України до Угоди СОТ про державні закупівлі (Agreement on Government Procurement, GPA). З цього часу українські суб'єкти господарювання отримали право брати участь у державних закупівлях 45 країн-учасниць угоди GPA, серед яких: країни ЄС, Японія, США, Корея, Тайвань, Сингапур, Гонконг і Канада. Загальний обсяг ринку держзакупівель СОТ оцінюється в 1,7 трильйони доларів щорічно, що значно перевищує обсяг українського експорту.

Угода GPA поширює головний принцип СОТ – рівний доступ до ринків – на сферу державних закупівель. Іноземці мають повний доступ до українських публічних закупівель так само, як українці – до закордонних. Відкриття світового ринку державних закупівель для українських компаній – це визначальний напрям реформи держзакупівель.

Отже, прийняття проекту Закону актуалізує ризик «повного закриття» іноземних ринків для національних суб'єктів господарювання як учасників процедур публічних закупівель у світі, що, безумовно, додатково негативно вплине на стан національної економіки.

Таким чином, захист інтересів та підтримка національного товаровиробника, як вища мета відновлення економічної спроможності держави – не має порушувати засадничі положення внутрішнього та міжнародного законодавства і зобов'язання, які Україна прийняла на себе відповідно до угод та договорів із європейськими та світовими партнерами. Побудова перспективного та модернізація чинного господарського законодавства в частині реалізації державної економічної політики має ґрунтуватися на нормах Закону України «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики» та положеннях Указу Президента України від 26 травня 2015 року № 287, який затвердив Стратегією національної безпеки України.

Системний аналіз вказаних нормативно-правових актів доводить, що національна безпека має ґрунтуватися на засадах внутрішньої та зовнішньої політики держави з метою мінімізації загроз державному суверенітету та створення умов для відновлення територіальної цілісності України у межах міжнародно-визнаного державного кордону України, гаран-

тування мирного майбутнього України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави; утвердження прав і свобод людини і громадянина, забезпечення нової якості економічного, соціального і гуманітарного розвитку, забезпечення інтеграції України до ЄС та формування умов для вступу в НАТО⁶.

Вкрай актуально звернути увагу на певні негативні наслідки, які можуть спостерігатися у разі, якщо держава будуватиме власну економічну політику на засадах невизначеності і суперечливості: зрощування великого капіталу і держави, що призводить до виникнення корупційних ризиків; нівелювання конкуренції, наслідком якої є порушення інтересів учасників відносин у сфері господарювання; порушення умов приватизації майна державних і комунальних підприємств, що призводить до зменшення об'єктів державної власності та не ефективності їх управління; порушення прав споживачів тощо.

Саме тому усунення вказаних негативних тенденцій потребує послідовного прояву державної волі. Викладене вказує на те, що означені проблеми, з метою свого ефективного вирішення, потребують належного правового регулювання. І саме тут головну роль відіграє господарське право, яке накопичило достатній досвід у цьому напрямі. Тому головним завданням держави стає забезпечення оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин (приватний інтерес) і їх державного регулювання (публічний інтерес)⁷ шляхом формування та нормативного закріплення належної економічної політики держави.

Професор Д. В. Задихайло визначає економічну політику держави як форму реалізації державою власної суверенної економічної влади та відповідних функцій, що організаційно інституціоналізована як особливий тип та процес діяльності,

⁶ Про Стратегію національної безпеки України: Указ Президента України від 26 трав. 2015 р. № 287. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/287/2015> (дата звернення: 01.07.2020).

⁷ Знаменський Г. Л. Господарське право України: сучасний стан та перспективи. Юридична Україна. 2015. № 10–12. С. 97.

який за своїм механізмом складається з формування та здійснення офіційно затвердженого алгоритму застосування правових засобів державного впливу на зміст, структуру та динаміку внутрішньо- та зовнішньоекономічних відносин, на макроекономічні властивості ринкової рівноваги, шляхом відповідної корекції змісту правового господарського порядку, з метою досягнення програмно визначених кількісних та якісних властивостей функціонування національної економічної системи, забезпечення економічного народовладдя та суверенітету України⁸.

В цілому підтримуючи ідею науковця, слід зазначити, що *економічна політика держави*, на наше переконання, – це, здебільшого, спосіб реалізації державою (в особі її органів) функцій, покладених на неї Конституцією України та чинним законодавством, за допомогою правових засобів державного впливу з метою забезпечення правового господарського порядку.

У свою чергу, академік В. А. Устименко зазначає, що новим науковим напрямом, який передбачає дослідження діючих конституційних правил і інститутів, у рамках яких взаємодіють учасники відносин у сфері господарювання, а також процесів, з яких ці правила та інститути втілюються у життя, є конституційна економіка. Дослідження проблем конституційної економіки має велике практичне значення, оскільки дозволяє виявити конституційно-правові передумови ефективного розвитку економіки і визначити, яким чином економічні процеси впливають на державу, а фундаментальні норми права впливають на розвиток економіки⁹.

Професор Д. В. Задихайло, зокрема, вказує, що функціональним завданням конституційно-правового регулювання економічних відносин є не тільки регулятивно-статичний та

⁸ Задихайло Д. В. Економічна політика держави в системі правового і законодавчого забезпечення. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 3 (74). С. 218.

⁹ Конституційні засади економічної системи України: монографія / В. А. Устименко, Р. А. Джабраїлов, В. М. Кампо, Р. О. Коваленко, М. В. Савчин / НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень. Донецьк: ТОВ «Юго-Восток», 2011. С. 119.

правоохоронний аспекти, а й установчий та регулятивно-динамічний. Завдання такого роду вимагає значно більш системного і детального викладення правових засад механізму реалізації економічних відносин¹⁰ та реалізації економічної політики держави.

Правовою особливістю конституційного економічного порядку є те, що відповідні конституційно-правові норми не тільки визначають зміст поточного господарського законодавства, але і зміст правового господарського порядку. З огляду на те, що відповідно до ст. 8 Конституції України її норми є нормами прямої дії, це має підвищувати значення конституційно-правових засад для ефективного розвитку економічних відносин. Положення про пряму дію конституційно-правових норм робить категорію конституційно-економічного порядку не тільки доктринальною, концептуальною категорією, але безпосередньо самостійним регулятивним правовим феноменом¹¹.

Переважно підтримуючи ідеї професора А. А. Устименка та професора Д. В. Задохала, дослідники відзначають, що всю багатоманітність господарських (економічних) відносин неможливо врегулювати виключно нормами Конституції, навіть якщо пропагувати той принцип, що норми Конституції є нормами прямої дії. Декларативність зазначеного положення подекуди часто «не спрацьовує» на практиці при захисті суб'єктами господарювання свого порушеного права у судовому порядку¹².

¹⁰ Задохайло Д. В. Модернізація правового господарського порядку в Україні (визначення масштабу проблематики). Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр. Харків, 2011. № 4. С. 120.

¹¹ Задохайло Д. В. Відносини економічної влади в системі правового господарського порядку. Юрист України. № 1. 2014. С. 13.

¹² Пацурія Н. Б. Онтологічні засади економічного аналізу права як напрямку розвитку господарсько-правової науки в контексті євроінтеграційних процесів/ Н. Б. Пацурія. П'ятнадцята міжнародна науково-практична інтернет-конференція «Економіко-правові дослідження в XXI столітті: розвиток господарського законодавства в контексті виконання Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом» (8–16 грудня 2015 року). URL: http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=776&ID=781 (дата доступу: 07.07.2020).

Отже, необхідно визнати, що часткові поліпшення систематики функціонування як господарського механізму, так і правового господарського порядку в цілому є обмежено ефективними, адже саме сюди держава традиційно спрямовує власні реформаторські намагання через реалізацію власної економічної політики. Об'єктом спрямованого втручання має стати вся економічна система суспільства в цілому, включаючи умови відтворення всіх її структурних елементів, особливо в умовах трансформаційної економіки, і водночас вимагає здійснення вже нової трансформації, що викликана глобалізацією, інформаційно-комунікативною властивістю сучасних економічних процесів, технологічними імперативами забезпечення конкурентоздатності на глобальних ринках¹³.

Під правовим господарським порядком, як системою, передусім, господарсько-правових відносин, науковці пропонують розуміти системоутворюючу категорію, що складається з:

1) підсистеми встановлених законодавством та міжнародними зобов'язаннями України правових режимів господарювання, що забезпечують здійснення господарської діяльності та її інвестування як на окремих ринках, в окремих секторах та галузях економіки, так і в масштабі національної економіки як такої;

2) підсистеми визначених законодавством України механізмів захисту встановлених правових режимів господарювання, а також детінізації і криміналізації відносин у сфері господарювання;

3) підсистеми визначеного законодавством України механізму формування та реалізації державної економічної політики та окремих її напрямів через визначення цілей, змісту та засобів модернізації правових режимів господарювання та механізмів їх захисту з метою підвищення конкурентоспроможності національної економіки та національних суб'єктів господарювання¹⁴.

¹³ Задихайло Д. В. Модернізація правового господарського порядку в Україні (визначення масштабу проблематики). Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр. Харків, 2011. № 4. С. 117.

¹⁴ Задихайло Д. В. Модернізація правового господарського порядку в Україні (визначення масштабу проблематики). Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр. Харків, 2011. № 4. С. 116.

Як визначають фахівці, політико-правовий феномен «державна політика» не отримав у законодавчому забезпеченні діяльності держави адекватну його значенню і ролі правову інституціалізацію. Прийняття Закону України «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики» лише актуалізувало цю масштабну правову проблему¹⁵.

Проте варто наголосити, що чинне законодавство України у ч. 1 ст. 9 Господарського кодексу України визначає форми реалізації державною економічною політикою. Вказаною нормою права встановлено, що у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому.

Викладене надає можливість виокремити основні ознаки, іманентні аналізованій категорії:

1) форми реалізації державною економічною політикою – економічна стратегія та економічна тактика. При цьому економічна стратегія – обраний державою курс економічної політики, розрахований на тривалу перспективу і спрямований на вирішення глобальних економічних та соціальних завдань, завдань культурного розвитку, забезпечення економічної безпеки держави, збереження і примноження її економічного потенціалу і національного багатства, підвищення народного добробуту. Економічна стратегія включає визначення пріоритетних цілей економіки, засобів та способів їх реалізації виходячи зі змісту об'єктивних процесів і тенденцій, що мають місце в національному та світовому господарстві, та враховуючи законні інтереси суб'єктів господарювання; економічна тактика – сукупність найближчих цілей, завдань, засобів і способів їх досягнення для реалізації стратегічного курсу економічної політики в конкретних умовах, що складаються в поточному періоді розвитку економіки (ч. 2, 3 ст. 9);

¹⁵ Задахайло Д. В. Економічна політика держави в системі правового і законодавчого забезпечення. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 3 (74). С. 217.

2) мета державної економічної політики – реалізація та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому;

3) особливий суб'єктний склад державної економічної політики – учасники відносин у сфері господарювання, якими у відповідності до ст. 2 Господарського кодексу України є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності;

4) сфера реалізації державної економічної політики – економіка України.

При цьому правове закріплення економічної політики держави здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики, у прогнозах і програмах економічного і соціального розвитку України та окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України, цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах (ч. 4 ст. 9), фактично йдеться про форми нормативно-правового регулювання економічної політики.

Якщо зосередити свою увагу на економічній стратегії держави та зовнішній формі її закріплення, то в якості прикладу можна навести Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020», затверджену Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015, яка визначає мету, вектори руху, дорожню карту, першочергові пріоритети та індикатори належних оборонних, соціально-економічних, організаційних, політико-правових умов становлення та розвитку України.

Метою Стратегії є впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі. Для досягнення мети, що зазначена у Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», визначено такі вектори реалізації економічної політики держави, зокрема:

– вектор розвитку – це забезпечення сталого розвитку держави, проведення структурних реформ та, як наслідок, підвищення стандартів життя. Україна має стати державою з сильною економікою та з передовими інноваціями. Для

цього, передусім, необхідно відновити макроекономічну стабільність, забезпечити стійке зростання економіки екологічно невиснажливим способом, створити сприятливі умови для ведення господарської діяльності та прозору податкову систему;

– вектор безпеки – це забезпечення гарантій безпеки держави, бізнесу та громадян, захищеності інвестицій і приватної власності. Україна має стати державою, що здатна захистити свої кордони та забезпечити мир не тільки на своїй території, а й у європейському регіоні. Визначальною основою безпеки має також стати забезпечення чесного і неупередженого правосуддя, невідкладне проведення очищення влади на всіх рівнях та забезпечення впровадження ефективних механізмів протидії корупції. Особливу увагу потрібно приділити безпеці життя та здоров'я людини, що неможливо без ефективної медицини, захищеності соціально вразливих верств населення, безпечного стану довкілля і доступу до якісної питної води, безпечних харчових продуктів та промислових товарів.

Чимало дискусій серед фахівців викликає питання ефективності реалізації цієї стратегічної програми, в якій закріплені основні вектори впровадження економічної політики держави.

Основною проблемою практичної реалізації стратегії сталого розвитку в Україні є недостатнє розуміння механізмів впровадження сталого розвитку. Дослідження методологічних засад сталого розвитку систем, заснованих на інтеграції стратегічного та тактичного ціннісно-орієнтованого управління, має привести до розробки детальних програм забезпечення сталого розвитку на всіх рівнях господарства України. При цьому успіх цілеспрямованих програм соціально-економічного розвитку має вимірюватися не тільки економічною складовою, а й цінностями, які впливають на сталий розвиток країни. Отже, Україні необхідно удосконалити законодавчу базу для моніторингу виконання державних програм та організувати перепідготовку керівників усіх рівнів для освоєння методології, інструментів та кращих практик тактичного управління розвитком¹⁶.

¹⁶ Молоканова В. М. Моніторинг практичної реалізації стратегії сталого розвитку в Україні. *Public Administration Aspects*. 2018. № 6 (11–12). С. 91.

Доречно наголосити, що на розгляді Верховної Ради України знаходився проект Закону України від 07.08.2018 року № 9015 «Про Стратегію сталого розвитку України до 2030 року» (відкликаний 29.08.2019 року)¹⁷.

У законопроекті пропонувалося затвердити законом Стратегію сталого розвитку України до 2030 року. В ній, зокрема, визначалося: стратегічне бачення сталого розвитку України; керівні принципи Стратегії; національні цілі сталого розвитку України; інструменти впровадження Стратегії; ключові цільові показники реалізації Стратегії. Метою законопроекту, як вказувалося у пояснювальній записці до нього, є «сприяння переходу України на засади сталого розвитку, законодавче та інституційне забезпечення системи публічного управління сталим розвитком, підвищення якості життя населення і досягнення економічної, соціальної та екологічної збалансованості розвитку України».

Аналізована Стратегія містила низку позитивних моментів, а саме: забезпечення певною мірою наступництво з Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020»; була орієнтована на актуалізацію останньої з урахуванням 17 глобальних Цілей сталого розвитку на період до 2030 року, основних положень Оновленої стратегії сталого розвитку ЄС; визначала кількісні параметри (ключові цільові показники) досягнення значної кількості завдань в розрізі відповідних операційних цілей та з диференціацією за часовими періодами.

Вказана зміна державницьких підходів до формування змісту такого програмного документа переконує в ефективності реалізації економічної політики держави на майбутнє та зміну існуючої парадигми реалізації державою власної економічної політики.

Механізм реалізації стратегічних та тактичних програмних документів, на виконання економічної політики держави, здійснюється відповідно до Закону України «Про державні цільові програми» (ст. 10), згідно з яким розроблені за-

¹⁷ Про Стратегію сталого розвитку України до 2030 року: Проект Закону від 07.08.2018 року № 9015. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64508 (дата звернення:10.07.2020).

гальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля за поданням Кабінету Міністрів України затверджуються законом.

Стаття 10 Господарського кодексу України визначає основні напрями реалізації економічної політики, що визначаються державою, зокрема: структурно-галузева політика; інвестиційна політика; амортизаційна політика; політика інституційних перетворень; цінова політика; антимонопольно-конкурентна політика; бюджетна політика; податкова політика; грошово-кредитна політика; валютна політика; зовнішньоекономічна політика.

Доктрина господарського права визначає, що здійснюючи економічну політику, держава застосовує різні правові форми і засоби державного регулювання економіки.

Правові форми державного керівництва економікою – це врегульовані правом, відмінні за конкретними цілями і способом здійснення види діяльності держави (уповноважених державних органів, а також органів місцевого самоврядування – щодо делегованих державою повноважень) у сфері економіки.

При цьому розрізняють такі основні правові форми: нормативне регулювання, планування, управління, контроль¹⁸.

Слід зазначити, що Господарський кодекс України (ст. 12–17) визначає основні засоби державного регулювання економіки: державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; технічне регулювання; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Формування програмних документів, в яких закріплюються основні засади реалізації економічної політики держави, мають ґрунтуватися на глибокому науковому підході, з метою уникнення безсистемного регулювання ключових економічних процесів держави.

На думку фахівців, при підготовці пропозицій до господарського законодавства в частині забезпечення економічної політики держави необхідно:

¹⁸ Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій. К.: Атіка, 2004. С.19.

1) брати до уваги положення Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» в частині обов'язків розробника проекту регуляторного акту при підготовці аналізу регуляторного впливу (ст. 8);

2) застосовувати «пакетний» принцип підготовки проєктів нормативно-правових актів із забезпеченням оптимального спів-відношення законів і підзаконних актів;

3) спрямовувати науковий пошук на вибір прийомів і способів впливу норм господарського права на поведінку учасників господарських відносин, що забезпечують рівне підпорядкування цих учасників правовому господарському порядку, засноване на поєднанні методів обов'язкових приписів, автономних рішень та рекомендацій¹⁹.

Викладене доводить, що для господарсько-правової науки залишається завдання створення та постійного удосконалення правового механізму регулювання макроекономічних процесів та встановлення щодо нього принципових вихідних положень, базованих на суспільно-економічних цінностях. За таких умов сам економічний алгоритм такого регулювання має бути соціально орієнтованим і залишатися в системі суспільно прийнятних аксіологічних координат²⁰.

Саме тому положення економічної політики держави мають бути обов'язково трансформовані в засоби її господарсько-правової політики. Це є необхідною умовою ефективності модернізації господарського законодавства і самих відносин господарювання, а відтак і ефективності функціонування національної економіки.

На сьогодні ж між положеннями економічної політики держави та правовим господарським порядком відсутня з'єд-

¹⁹ Бобкова А. Г. Практична цінність результатів господарсько-правових досліджень. Перші наукові читання пам'яті академіка В. К. Макутова: матеріали круглого столу (8 лютого 2019 р., м. Київ). Наук. ред. В. А. Устименко. НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень, 2019. С. 21.

²⁰ Задахайло Д. В. Економічна політика держави в системі правового і законодавчого забезпечення. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 3 (74). С. 214.

нуюча їх ланка – господарсько-правова політика. Без неї концептуальна, програмна діяльність держави виявляється малоефективною, адже господарсько-правові засоби впливу, а не тільки регулювання, не отримують прямого функціонального призначення²¹.

Таким чином, проблема становлення законодавчого механізму формування і реалізації державної економічної політики як прозорого алгоритму її діяльності має отримати сучасну й ефективну наукову концепцію, відповідні нормотворчі пропозиції.

В якості загального *висновку* слід навести вислів академіка В. К. Мамутова, який стверджував, що «уся правотворча діяльність держави повинна спиратися на науку, на результати та висновки наукових досліджень. Потрібно посилити роль економічних і юридичних наук у законодавчому забезпеченні економічної політики. Тільки за такого підходу можна зробити так, щоб закони були ефективними, відбивали реальні вимоги соціально-економічного розвитку і сприяли йому»²².

Відмінною рисою сучасного українського законодавства є те, що воно формується в умовах трансформаційної (перехідної) економіки, що впливає на інтенсивність розвитку законотворчого процесу і зумовлене потребами реформування суспільства, переходом його до ринкової економіки та розбудовою правової держави. З часу здобуття незалежності спостерігається стійка тенденція до прискореного збільшення загальної кількості нормативно-правових актів, що приймаються у системі законодавчої та виконавчої влади. Отже, господарське законодавство на цьому етапі є складним, багатогалузевим утворенням, в якому перетинаються вертикальні та горизонтальні зв'язки, діють законодавчі масиви різних рівнів та існують стійкі тенденції до його уніфікації.

²¹ Задихайло Д. В. До концепції правового забезпечення механізму економічної політики держави. Теорія і практика правознавства. 2014. Вип. 1 (5). С. 6.

²² Мамутов В. К. Посилити вплив академічної науки на формування економічного законодавства. Вісник НАН України. 2012. № 7. С. 26.

ШЛЯХИ РЕФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНОГО СЕКТОРА ЕКОНОМІКИ

Державний сектор економіки представлений в усіх країнах світу, існування його обумовлено необхідністю виконання державою своїх завдань, забезпечення суспільних потреб, які не можуть бути повністю задоволені суб'єктами господарювання, що діють на основі приватної власності. Згідно зі ст. 22 ГК України суб'єктами господарювання державного сектора економіки є суб'єкти, що діють на основі лише державної власності, а також суб'єкти, державна частка в статутному капіталі яких перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує державі право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів.

Проблемні питання, що пов'язані з державним сектором економіки розглядалися у наукових працях О. М. Вінник, О. П. Віхрова, А. М. Захарченка, І. В. Єршової, І. М. Любімова, В. М. Махінчука, О. П. Подцерковного, І. А. Селіванової, В. С. Щербини та інших вчених.

Державні підприємства – це підприємства, на які державна влада може здійснювати прямий або непрямий домінуючий вплив внаслідок того, що дане підприємство є власністю держави, або держава є співвласником його капіталу¹. Будь-яке підприємство, в якому держава, державні установи, товариства або компанії є окремо або спільно, прямо чи опосередковано власниками частки капіталу, або якщо вони становлять меншість в капіталі, дозволяють державі одним фактом своєї присутності або завдяки особливим правилам мати в своєму розпорядженні дійсну владу над підприємством². Державні підприємства в ринковій економіці відіграють подвійну роль: поряд з виконанням комерційних завдань вони виступають як інструменти державної економічної політики³.

¹ Жаліло Я. А. Регулювання ринкової економіки: сучасний досвід розвинених країн. К.: НІСД, 1996. С. 48.

² Грудницька С. М. Проблема віднесення державних підприємств та їх об'єднань до юридичних осіб приватного чи публічного права. Форум права. 2017. № 2. С. 41–51. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm (дата звернення: 01.05.2020).

³ Галиця І. О. Управління державним сектором у контексті виконання публічних функцій в ринковій економіці/Роль публічної власності в забезпеченні соціально-економічного розвитку України: матеріали Міжнарод. научн.-прак. конф. (г. Донецьк, 18 вересня 2012 г.) Донецьк: Юго-Восток, 2012. С. 153.

У багатьох країнах світу до державних сфер та галузей виробництва належать: підприємства військово-промислового комплексу, які виготовляють зброю, боєприпаси; підприємства, що здійснюють науково-виробничі, дослідницькі, проектні та конструкторсько-технологічні розробки, які пов'язані з військовими цілями або з науково-дослідними та дослідно-конструкторськими розробками, що характеризуються невизначеністю, високими інвестиціями та ризиками; підприємства військово-будівельних робіт, які забезпечують будівництво ракетних шахт, знешкодження та утилізацію хімічної та бактеріологічної, ядерної зброї, будівництво залізничних доріг, мостів, виправних закладів тощо. Слід згадати, що до підприємств державної власності також належать монетні двори та друкарні цінних паперів, збереження їх у державній власності пов'язано з внутрішнім захистом та безпекою.

Держава виступає активним учасником ринкових відносин в Україні, забезпечуючи власну присутність на ринку через відповідні державні підприємства, однак ефективність останніх для кінцевого власника – держави викликає безліч запитань.

Державне підприємництво є доволі складною, багатоаспектною державно-правовою та соціально-економічною категорією, яка визначає господарську діяльність державних підприємств та знаходиться поза межами приватного бізнесу. В. М. Махінчук вважає, що основна відмінність державного підприємництва від приватного полягає у тому, що основною ціллю приватного підприємництва є отримання прибутку, тоді як державне підприємництво більше (переважно) орієнтоване на врахування і реалізацію суспільно важливих цілей⁴.

Як елемент системи управління та регулювання національної економіки державне підприємництво гіпотетично може виконувати наступні функції:

- 1) наповнення державного бюджету та забезпечення загальносуспільного розвитку;
- 2) утримання тих сфер діяльності, які не вигідні приватному сектору, а також збереження стратегічно важливих підприємств у державному підпорядкуванні;
- 3) послаблення циклічних коливань економіки та сприяння поступовому нарощуванню національного виробництва;

⁴ Махінчук В. М. Державне підприємство в системі ринкових відносин: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2019. С. 23.

- 4) регулювання цінового механізму, особливо що стосується виробництва та споживання суспільних благ;
- 5) недопущення монополізму в усіх його проявах;
- 6) розвиток інноваційного потенціалу країни шляхом інвестування у сфери з пролонгованим ефектом;
- 7) гарантування економічної безпеки країни;
- 8) створення іміджу для закордонних партнерів економічно стабільної та сильної держави⁵.

Сучасна держава ставить перед державними підприємствами, крім комерційних, ще й соціально-економічні цілі, використовуючи їх для регулювання та підвищення конкурентоздатності економіки, подолання господарських диспропорцій та підтримки зайнятості населення.

Дослідження, проведені вітчизняними та зарубіжними фахівцями, спрямовані на оцінку ефективності функціонування підприємств державного та приватного секторів, виявили таке:

– недержавні підприємства мають стійкі переваги за показниками, що характеризують якість управління. Зокрема, за такими характеристиками, як обіг коштів і активів, а також стан заборгованості, підприємства недержавного сектору переважають⁶;

– втрати бюджетних доходів від політики приватизації та управління державною власністю виявилися величезними. У державному секторі – це «хронічна» збитковість більшості підприємств і тіньовий перерозподіл грошей⁷;

– валова, операційна та чиста рентабельність продукції вища у підприємств приватного сектору в усіх галузях економіки (за винятком монопольних структур, де участь ринку обмежена державою);

– державні та підконтрольні державі підприємства мають більший апарат управління і несуть значні операційні витрати, не пов'язані з виробничою діяльністю.

Крім того, дослідження Європейської комісії «Державні під-

⁵ Національна економіка: навч. посіб. /А. Ф. Мельник, А. Ю. Васіна, Т. Л. Желюк, Т. М. Попович; за ред. А. Ф. Мельник. Київ: Знання, 2011. С.238–239.

⁶ Звіт про результати дослідження по проекту: «Вплив роздержавлення на економічну поведінку та стан підприємств в контексті загальноекономічної 10 ситуації в Україні» / Кер. проекту В. І. Дубровський. URL: <http://www/c-e-d.info/23/php>. (дата звернення: 25.04.2020).

⁷ Пасхавер О., Верховодова Л., Агеева К. Приватизація і реприватизація в Україні після «помаранчевої» революції. К.: Міленіум, 2006. С. 22.

приємства в ЄС: вивчені уроки та шляхи руху вперед у посткризовому контексті» демонструє, що приватні підприємства мають набагато кращі результати, ніж державні. Основними причинами неефективної діяльності державних підприємств вважають використання їх у політичних цілях та корупція⁸.

Отже, державні підприємства зокрема та державна власність загалом мають низьку ефективність. Проте необхідно зазначити, що низька ефективність державних підприємств також пов'язана з тим, що:

1) найбільш привабливі об'єкти державної власності виявилися приватизованими, що привело до підриву матеріальної основи державного сектору;

2) галузі в яких функціонують державні підприємства, є не вигідні для приватного капіталу;

3) використання державних підприємств в якості інструменту державного регулювання економіки відтісняє показник рентабельності на другий план;

4) неефективно здійснюється процес управління державним сектором економіки.

Управління об'єктами державної власності – це діяльність, що опосередковує здійснення прав і обов'язків держави як суб'єкта права власності та засновника (учасника) державних підприємств, державних господарських об'єднань, установ, організацій і господарських товариств.

Слід погодитись з тим, що ефективна державна власність можлива при наявності ефективної системи управління. У сучасних умовах не настільки важливо, хто власник, а хто ефективний керуючий цією власністю. Ефективним елементом управління є планування господарської діяльності⁹.

Управління об'єктами державної власності проявляється у господарських відносинах, які можна умовно поділити на три групи:

1) організаційно-господарські відносини, в яких суб'єкти управління об'єктами державної власності створюють господарські

⁸ Чи є державні підприємства менш прибутковими за приватні? URL: https://ces.org.ua/wp-content/uploads/2017/12/Are-SOEs-more-profitable_presentation.pdf (дата звернення: 05.04.2020).

⁹ Марущак В. П. Державна власність – основа планування соціально-економічного розвитку/ Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины: материалы Междунар. научн.-прак. конф. (г. Донецк, 18 сентября 2012 г.) Донецьк: Юго-Восток, 2012. С. 65.

організації та здійснюють щодо них повноваження засновника (учасника), а також повноваження власника на закріплене за ними державне майно;

2) відносини, які виникають у зв'язку з укладанням та виконанням господарських договорів між суб'єктами управління об'єктами державної власності та суб'єктами господарювання;

3) інші відносини організаційно-майнового характеру, які виникають між суб'єктами управління об'єктами державної власності та суб'єктами господарювання з приводу володіння і використання вказаних об'єктів¹⁰.

Законодавством передбачено, що суб'єктами управління об'єктами державної власності є:

1) Кабінет Міністрів України;

2) центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері управління об'єктами державної власності;

3) міністерства, інші органи виконавчої влади та державні колегіальні органи;

4) Фонд державного майна України;

5) органи, що забезпечують діяльність Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України;

6) органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами;

7) державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації, державне підприємство, установа, організація або господарське товариство, 100 відсотків акцій (часток) якого належать державі або іншому господарському товариству, 100 відсотків акцій (часток) якого належать державі;

8) Національна академія наук України, галузеві академії наук (ч. 1 ст. 4 Закон України «Про управління об'єктами державної власності»).

Основними функціями управління об'єктами державної власності вважають такі:

1) облік об'єктів державної власності;

¹⁰Захарченко А. М. Господарсько-правова характеристика управління об'єктами державної власності/Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко; Донецький національний університет. Маріуполь: ПрАТ «Газета «Призовський робочий», 2016. С. 46.

2) передача об'єктів державної власності у сферу управління суб'єктів управління;

3) організація використання та забезпечення збереження об'єктів державної власності, що охоплює: а) створення державних підприємств, їх об'єднань, установ, організацій із закріпленням за ними об'єктів державної власності на праві господарського відання або оперативного управління; б) вирішення у межах, визначених законодавством, питань організаційно-майнового характеру, що виникають у поточній діяльності державних підприємств, їх об'єднань, установ, організацій; в) припинення державних підприємств, їх об'єднань, установ, організацій (з одночасним вирішенням питань щодо подальшого використання закріплених за ними об'єктів державної власності); г) передачу об'єктів державної власності у володіння та/або користування іншим підприємствам, установам, організаціям, фізичним особам (у тому числі фізичним особам – підприємцям) на основі договорів та інших правових підставах; г) здійснення контролю за використанням та збереженням об'єктів державної власності;

4) створення на базі об'єктів державної власності господарських товариств та здійснення корпоративних прав держави;

5) продаж об'єктів державної власності шляхом приватизації та в інший спосіб;

6) передача об'єктів державної власності у комунальну власність.

При цьому управління об'єктами державної власності повинно мати на меті задоволення потреб держави і суспільства, забезпечуючи створення матеріальних та інших умов для їх належного функціонування і розвитку, в тому числі економічне зростання і соціальний захист населення¹¹.

В науковій літературі набула поширення позиція, яка базується на розмежуванні понять «суб'єкт права державної власності» та «суб'єкт управління об'єктами державної власності». А. В. Вінницький підкреслює, що суб'єктом управління державним майном слід називати не самого власника, а уповноважений ним

¹¹ Захарченко А. М. Господарсько-правова характеристика управління об'єктами державної власності/Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко; Донецький національний університет. Маріуполь: ПрАТ «Газета «Приазовський робочий», 2016. С.50–52.

орган¹². На основі комплексного аналізу законодавства можна дійти висновку, що суб'єктами управління об'єктами державної власності є не всі, а лише окремі державні господарські організації, які виступають носіями повноважень з управління об'єктами державної власності стосовно визначеного кола державних унітарних підприємств та/або господарських товариств, у статутних капіталах яких акції (частки) належать державі.

Сьогодні питання, пов'язані із підвищенням ефективності діяльності державних підприємств, є актуальними і обговорюються не лише науковою спільнотою, а й суспільством в цілому, оскільки підприємства державного сектору економіки вже давно потребують модернізації, яка виступає передумовою їх ефективного функціонування та розвитку¹³.

Невтішні результати діяльності державних підприємств обумовлюють необхідність проведення негайних реформ щодо державного сектору економіки. Відтак шляхами вирішення проблем функціонування вітчизняних державних підприємств мають стати:

- визначення конкретної частки державного майна та посилення контролю за її використанням;
- вирішення питання доцільності функціонування непрацюючих підприємств шляхом проведення аналізу результатів роботи збиткових державних підприємств і акціонерних товариств, у статутних фондах яких державна частка перевищує 50%, та встановлення причин їх збитковості;
- розробка та прийняття Державної програми приватизації, яка б містила прозорі та ефективні способи продажу об'єктів різних груп;
- введення системи мотивації менеджменту державних підприємств за результати роботи;
- проведення на державних підприємствах перевірок кваліфікованими і неупередженими аудиторами;
- здійснення інвентаризації майна, що знаходиться у державних компаніях, та оцінка його ринкової вартості;
- визначення чітких та обґрунтованих критеріїв віднесення підприємств до таких, що не підлягають приватизації;

¹² Винницький А. В. Публичная собственность. М.: Статут, 2013. С. 336.

¹³ Махінчук В. М. Державне підприємство в системі ринкових відносин: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2019. С. 93.

– вжиття заходів щодо подолання дебіторської заборгованості компаній та відшкодування збитків державі за неповерненими кредитами;

– розробка та законодавче закріплення показників ефективності державних підприємств, що працюють у ринкових умовах, до яких, крім суто фінансових показників, мають входити показники, що дають змогу оцінити міру досягнення поставлених суспільних цілей;

– розробка державними підприємствами власних сайтів, де повинна міститися інформація щодо бізнес-цілей, стратегії розвитку та звіти щодо результатів їх досягнення (в тому числі і нефінансових звітів); виклад інформації, яку вимагає законодавство (звіти, антикорупційна політика тощо), та інформації щодо основних нефінансових показників: права людини; трудові відносини, в тому числі і середній розмір заробітної плати, заборгованість з виплати заробітної плати; відносини з громадою тощо;

– впровадження на державних підприємствах стратегічного планування; розробка заходів з охорони довкілля та проведення ефективної екологічної політики підприємства, оскільки переважна більшість державних підприємств відноситься до таких галузей: електроенергетики, транспорту, хімічної промисловості, машинобудування тощо¹⁴.

Одним із документів, що націлені на проведення реформи управління державною власністю, є Стратегія підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки, яка схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27.05.2015 року № 662-р (далі – Стратегія).

Згадана Стратегія направлена на підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки, що буде досягнута шляхом:

- посилення бюджетного нагляду;
- розроблення основних засад державної політики управління суб'єктами господарювання;
- удосконалення корпоративного управління суб'єктами господарювання;
- реструктуризації та реорганізації суб'єктів господарювання, а також прозорого та комплексного процесу приватизації.

¹⁴ Петришина Н. В. Державні підприємства України: проблеми функціонування та шляхи їх вирішення / Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право. 2015. Вип. 30. С. 78–79.

Ключовими заходами щодо удосконалення корпоративного управління в державному секторі економіки є:

- 1) підвищення рівня прозорості діяльності суб'єктів господарювання;
- 2) узгодження інтересів керівництва та суб'єктів управління об'єктами державної власності;
- 3) створення наглядових рад у суб'єктах господарювання та введення до складу таких рад незалежних директорів у визначених Кабінетом Міністрів України випадках;
- 4) визначення чітких цілей діяльності суб'єктів господарювання.

Оцінити раціональність та ефективність використання державними підприємствами своїх активів можливо у разі наявності точної та вичерпної інформації щодо їх діяльності. Тому в Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки зазначено, що необхідно посилити вимоги до розкриття інформації суб'єктами господарювання та проведення аудиту фінансової звітності суб'єктів господарювання незалежними аудиторами.

Постановою Кабінету Міністрів України від 09 листопада 2016 р. № 1067 «Про затвердження Порядку оприлюднення інформації про діяльність державних унітарних підприємств та господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, а також господарських товариств, 50 і більше відсотків акцій (часток) яких належать господарським товариствам, частка держави в яких становить 100 відсотків» передбачено процедуру, періодичність та строки оприлюднення інформації про діяльність підприємств державного сектору економіки.

Позитивним також є те, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» від 02.06.2016 р. були внесені суттєві зміни в управління суб'єктами державного та комунального секторів економіки шляхом включення до органів управління згаданих підприємств такого органу, як наглядова рада, яка в межах компетенції, визначеної статутом підприємства та законом, контролює і регулює діяльність керівника підприємства.

У науковій літературі домінує думка, що поява наглядових рад серед органів управління державними унітарними підприємствами сприятиме ефективній діяльності таких суб'єктів, оскільки управління стає більш відкритим. Впровадження інституту наглядових рад дає можливість залучати до управління професійних та незалежних фахівців, а це має підвищити економічні показники діяльності суб'єктів державного сектору економіки.

Доцільність створення наглядової ради як органу контролю, що покликаний захищати інтереси власників компанії, визнана у багатьох країнах світу. В корпоративних підприємствах компетенцію наглядової ради розглядають з поділом на три групи:

1) повноваження щодо контролю за роботою виконавчого органу (укладення від імені товариства контракту з керівником, затвердження умов договорів з головою (членами) правління та ін.);

2) повноваження щодо роботи з акціонерами (організація і контроль за виконанням рішень загальних зборів, узгодження порядку денного і попередній розгляд питань, включених до неї, вимога про скликання позачергових зборів тощо);

3) повноваження щодо вирішення фінансових питань діяльності товариства (визначення основних напрямів діяльності товариства і затвердження його планів, узгодження правочинів; вибір аудитора та ін.)¹⁵.

Слід звернути увагу на те, що незалежні наглядові ради планується створити не лише в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, а й в державних унітарних підприємствах.

Зміни в управлінні суб'єктами державного сектора економіки зумовили як внесення змін до чинного законодавства (ГК України, Закон України «Про управління об'єктами державної власності»), так і прийняття нових нормативно-правових актів, серед яких:

– Критерії, відповідно до яких утворення наглядової ради є обов'язковим на державних унітарних підприємствах та в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що затверджені Постановою КМУ від 10.03.2017р. №142.

– Порядок проведення конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та їх призначення, а також проведення конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що пропонуються суб'єктом управління об'єктами державної власності до обрання

¹⁵ Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. К., 2017. С.178.

на посаду незалежних членів наглядової ради, що затверджений Постановою КМУ від 10.03.2017р. №1 42.

– Порядок утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради державного унітарного підприємства та її комітетів, що затверджений Постановою КМУ від 10.03.2017р. № 142 тощо.

Законодавець передбачив, що наглядова рада обов'язково утворюється у державних унітарних підприємствах та господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, за наявності одного з таких критеріїв:

1) вартість активів державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 2 млрд. гривень;

2) розмір чистого доходу такого державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 1,5 млрд. гривень;

3) розмір статутного капіталу новоутвореного державного унітарного підприємства, господарського товариства на дату його утворення перевищує 2 млрд. гривень;

4) кількість акціонерів – власників простих акцій такого господарського товариства становить 10 або більше осіб.

Важливими є і вимоги законодавця щодо кількісного складу членів наглядової ради. За законодавством України кількість членів наглядової ради не може бути менше п'яти осіб та більше 11 осіб. Крім того, незалежні члени наглядової ради мають більшість від її загального складу.

Непарна цифра зумовлена необхідністю дотримання принципу «більшість – незалежні члени». Відповідно, представників держави буде на одного менше. Крім того, наглядова рада має формуватися з дотриманням принципу різноманітності персонального і функціонального складу. Отже, члени наглядової ради повинні мати різні компетенції.

Слід зазначити, що в науковій літературі існують різні думки стосовно мінімальної чисельності цього контролюючого органу:

– не менше двох осіб;

– в товаристві з кількістю власників голосуючих акцій більше однієї тисячі – не менше семи осіб, більше десяти тисяч – не менше дев'яти;

– мінімум із трьох осіб, а в АТ з числом акціонерів більше 1000 – мінімум із п'яти осіб, в АТ з числом акціонерів більше 10000 – мінімум із семи осіб.

У зарубіжній практиці мінімальна кількість членів наглядо-

вої ради встановлюється по-різному. Так, у ст. 385 Кодексу торгових товариств Республіки Польща зазначено, що наглядова рада складається не менше ніж з трьох членів, що обираються загальними зборами акціонерів. За Акціонерним законом Німеччини мінімальна кількість членів наглядової ради – три особи, максимальна – залежить від розміру основного капіталу: якщо капітал перевищує 20 мільйонів євро, то в складі наглядової ради має бути 21 особа. Хоча, на думку деяких дослідників, склад наглядової ради у Німеччині з 15 і більше членами є переповненим та неефективним. У Казахстані кількість членів ради директорів має становити не менше трьох (у народному акціонерному товаристві – не менше п’яти) осіб. За рекомендацією ради інституційних інвесторів США наглядова рада для того, щоб зберігати незалежність та ефективність, має налічувати у своєму складі від 5 до 15 чоловік¹⁶.

Актуальним є питання і щодо можливості політичного впливу на склад наглядових рад. Доречним прикладом є формування складу наглядової ради НАК «Нафтогаз України». Перший персональний склад наглядової ради НАК «Нафтогаз України» був призначений 21 квітня 2016 р. відповідно до наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України № 725.

Незалежними директорами були призначені Пол Ворвік, Чарльз Проктор та Маркус Річардс. З квітня по вересень 2017 р. повноваження голови наглядової ради виконував Пол Ворвік, який був обраний головою наглядової ради з числа незалежних директорів.

На першому засіданні наглядової ради у травні 2016 р. було створено три комітети – Комітет з питань аудиту, Комітет з питань етики та Комітет з призначень та винагород. Всі комітети очолили незалежні директори. Однак у липні та вересні 2017 р. незалежні члени наглядової ради повідомили Компанію про складення своїх повноважень і зазначили, що незважаючи на запевнення, які були надані членам наглядової ради представниками вищого політичного керівництва України, протягом останніх п’яти місяців не сталось жодних суттєвих зрушень вперед. Незалежні члени наглядової ради НАК «Нафтогаз України» перерахували причини, які змусили їх написати заяви про відставку. Так,

¹⁶ Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. К., 2017. С.182.

серед основних причин, що викликали занепокоєння у членів наглядової ради, було втручання уряду в діяльність «Укртрансгазу» і «Укргазвидобування». («Наглядова рада не в змозі працювати так, як це узгоджувалося раніше, а саме, на принципах цілісності, прозорості та справедливості»)¹⁷.

Згодом Кабінет Міністрів України 22.11.2017 р. затвердив новий склад наглядової ради НАК «Нафтогаз України», до якої увійшли: Клер Споттісвуд (Велика Британія), Брюно Лескер (Франція), Амос Хохштайн (США), Стівен Хейсом (Канада), Олександр Гриценко, Сергій Попик та Володимир Демчишин (Україна). Згідно з розпорядженням Уряду від 11.09.2019 року №793-р повноваження представників держави у наглядовій раді НАК «Нафтогаз України» Демчишина Володимира Васильовича, Попика Сергія Дмитровича та Мар'євича Костянтина Михайловича припинено достроково. Крім того, 12 вересня 2019 року членами наглядової ради Нафтогазу обрано Ковалів Юлію Ігорівну та Бойко Наталію Андріївну як представників держави¹⁸.

Необхідно зазначити, що пропозиції щодо кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України»» формується відповідно до Положення про принципи формування наглядової ради акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 232.

На сьогодні низка державних підприємств вже створила незалежні наглядові ради:

– Кабінет Міністрів України, на засіданні 10 жовтня 2018 року, погодив кандидатури незалежних членів та представників держави у наглядовій раді національного оператора поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта». Зокрема, незалежними членами наглядової ради компанії призначені Бенва Плєска (Бельгія), Йона Салювер (Естонія), Якуб Карновські (Польща), Томі Дженсен (Данія), Оксана Волчко (Україна), а представниками держави – Олександр Озеран і Юрій Тустановський. Відбір незалежних членів

¹⁷ Наглядова рада Нафтогазу назвала причини свого звільнення. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2017/>.

¹⁸URL: <http://naftogaz.com/www/3/nakweb.nsf/0/C8ED6BC50945A6A3C2257F81004EF7EE?> (дата звернення: 01.05.2020).

наглядової ради здійснювала професійна рекрутингова компанія (фахівець з добору персоналу) Amrop¹⁹.

– Кабінет Міністрів України на засіданні 22 травня 2019 року погодив кандидатури незалежних членів та представників держави у наглядовій раді Державного підприємства «Міжнародний аеропорт «Бориспіль». Незалежними членами наглядової ради підприємства стали Володимир Жмак (Україна), Роджер Шейфеле/Roger Scheifele (Німеччина), Стен Аббелоос/Stap Abbeoos (Бельгія), представниками держави призначені Юрій Лавренюк та Анатолій Мамула. Пошук і незалежне оцінювання кандидатів здійснювала міжнародна компанія з пошуку та відбору керівного персоналу Odgers Berndtson Ukraine²⁰.

Залишається сподіватися, що створення наглядових рад позитивно вплине на діяльність підприємств державного сектору економіки.

За результатами проведеного аналізу збитковій суб'єкти господарювання, в яких недоцільно впроваджувати антикризові заходи, будуть ліквідовані без проведення реструктуризації.

Державні унітарні підприємства, які виконують переважно комерційні функції, повинні бути перетворені у державні акціонерні товариства, а після цього подальше підвищення ефективності суб'єктів господарювання передбачається досягнути шляхом впровадження засад корпоративного управління.

Відповідно до Стратегії суб'єкти господарювання можуть залишатися у державній власності лише у разі наявності достатніх підстав (з метою збереження критично важливих об'єктів інфраструктури, захисту національної безпеки та з інших причин). Якщо належні підстави відсутні, то вирішується питання щодо приватизації чи ліквідації таких суб'єктів господарювання.

Фактично зазначена Стратегія, як і інші нормативно-правові акти, відображає відношення держави до державного сектору економіки, а це – тотальна приватизація²¹. Одними з основних мотивів виведення підприємств з державної власності шляхом приватизації їх майна були і досі є неефективність державного управ-

¹⁹URL: <https://ukrposhta.ua/uryad-pogodiv-sklad-naglyadovo%D1%97-radi-ukrposhti/http://naftogaz.com/www/3/nakweb.nsf/> (дата звернення: 01.05.2020).

²⁰URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/uryad-pogodiv-sklad-naglyadovoyi-radi-dp-mizhnarodnij-aeroport-borispile.http://naftogaz.com/www/3/nakweb.nsf/0/C8ED6BC50945A6A3C2257F81004EF7EE?OpenDocument&Expand=4&> (дата звернення: 01.05.2020).

²¹ Пашков В. М. Господарсько-правові функції держави щодо об'єктів державної та комунальної форми власності / Господарсько-правова характеристика управління

ління майном цих підприємств та пошук більш ефективного (як правило, приватного) власника, який мав би забезпечити їх модернізацію, підвищення продуктивності праці тощо²².

Проте аналіз приватизованих підприємств свідчить, що, в першу чергу, були приватизовані прибуткові підприємства, які і, знаходячись у державній або комунальній власності, залишалися прибутковими²³.

Слід зазначити, що результати приватизації попередніх років неоднозначні: «З одного боку, вона стимулювала приватну ініціативу, з іншого – приватизація не виправдала очікувань, у більшості випадків її результатом не стала поява ефективного власника, приватизація створила серйозний дисбаланс приватних і суспільних інтересів, концентрацію власності в руках олігархічних структур». Ефективність приватного власника здебільшого проявляється в задоволенні його власних, а не суспільних інтересів. Відтак ми маємо прошарок власників, що «нагромадили» свої капітали протягом останніх 20–25 років за рахунок участі в легальній та напівлегальній приватизації, використання недосконалих з точки зору урахування публічних інтересів механізмів державних закупівель, корупції тощо²⁴.

В науковій літературі виділяють кілька категорій втрат від приватизації державного майна: 1) економіки країни та регіонів від знищених приватизованих підприємств (на місці значної частини з них з'явилися елітні житлові та торговельно-розважальні комплекси, більш прибуткові для нових власників, орієнтовані

об'єктами державної власності / Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко; Донецький національний університет. – Маріуполь: ПрАТ «Газета «Приазовський робочий», 2016. С. 76.

²²Вінник О. М. Соціальне спрямування економіки як складова мети приватизації державного майна: правовий аспект Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко; Донецький національний університет. Маріуполь: ПрАТ «Газета «Приазовський робочий», 2016. С. 68–70.

²³ Синенко О. І. Державний сектор економіки: підходи та пропозиції щодо формування / О. І. Синенко, С. Л. Кучер // Наукові дослідження. 2010. № 3. С. 9–10.

²⁴ Захарова Т. Приватна власність у сучасному українському суспільстві: соціологічний вимір // Вісник КНТЕУ. 2011. № 3. С. 117–128.

для яких є, в першу чергу, власна вигода); 2) працездатного населення, що втратило через це робочі місця і в значній своїй масі змушене шукати роботу за кордоном; 3) громадян, які є споживачами товарів/робіт/послуг приватизованих підприємств (насамперед підприємств-монополістів) і стикнулися з проблемою захисту своїх інтересів з їх приватними власниками, які на відміну від держави-власника виявилися більш незалежними від необхідності задоволення публічних інтересів (як загальноекономічних, так і інтересів споживачів); при цьому антимонопольне законодавство мало опікується інтересами громадян-споживачів. Важко не погодитись з думкою, що створене працею кількох поколінь наших громадян за державні кошти майно підприємств-монополістів має служити насамперед громаді, а не бути лише механізмом нагромадження капіталів їх новими власниками, скарги яких про збитковість таких підприємств на фоні стрімкого збагачення цих осіб дуже сумнівні на противагу дійсному зубожінню значної частини громадян, яких перетворюють на хронічних боржників²⁵.

Слід зазначити, що є і прихильники приватизаційних процесів, оскільки приватизація – це не лише розвантаження держави від невластивих їй завдань управління майном, а й також подолання радянської спадщини і в головах, і в документах. Це шанс створити нові робочі місця, збільшити податкові надходження тощо. Це сигнал, що країна готова до інвестицій, готова зробити наступний крок від закритої пострадянської олігархічної до відкритої економіки²⁶. Приватизація є одним із основних інструментів ринкової трансформації відносин власності, який може стимулювати економічне зростання і підвищувати ефективність роботи приватизованих підприємств, а також забезпечувати інвестиційні можливості самої держави та сприяти вирішенню багатьох проблем у соціальній сфері.

Крім того, приватизація – це складний і суперечливий процес, який має свої глибокі властивості, що пов'язані з кардиналь-

²⁵ Вінник О. М. Соціальне спрямування економіки як складова мети приватизації державного майна: правовий аспект/ Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А. Г. Бобкова, А. М. Захарченко; Донецький національний університет. Маріуполь: ПрАТ «Газета «Приазовський робочий», 2016. С.68–70.

²⁶ Для чого потрібна приватизація державних підприємств? URL: <https://www.ugorod.kr.ua/news/2017-07-28-59529.html> (дата звернення: 01.05.2020).

ною зміною соціальної структури та зміною соціально-економічного ладу в Україні.

Отже, приватизація має як свої переваги, так і недоліки. Перевагами є залучення інвестицій, формування конкурентного ринку та розвиток науково-технічної бази. Основними недоліками є розпил між дрібними акціонерами, втрата державою контролю над розподілом власністю²⁷.

Цілі приватизації є різними: від зміни відносин власності на засоби виробництва до залучення іноземних інвестицій, що є нині актуальним. Але однією із найголовніших цілей є структурна перебудова економіки та стабілізація економічного становища, не менш важливим також є розвиток конкуренції, щоб обмежити монополізацію. Якщо взяти за приклад країни Європи та розглянути окремі галузі, то в кожній країні це призвело до різних наслідків. Так, приватизація залізних доріг у Великій Британії пройшла не так успішно, як у США, тому що держава продовжувала втручатися у їхню діяльність і не давала повної свободи на відміну від США²⁸.

В умовах трансформації економіки та тотального реформування законодавства, пошуку оптимальної моделі розвитку національної економіки доречною вбачається необхідність поступового зменшення частки державної власності в економіці України шляхом визначення вкрай обмеженого (критичного) сегменту ринку для функціонування державних підприємств, що, скоріше, має стати виключенням із правил, аніж правилом господарювання за участі державних підприємств²⁹.

Прийняття рішення про приватизацію підприємства має передувати належна об'єктивна оцінка фінансового стану підприємства. При цьому варто пам'ятати, що є низка підприємств, які не підлягають приватизації, бо вони відповідають за національну

²⁷ Приватизація державного майна як шлях виходу з кризи. URL: <http://global-national.in.ua/archive/10-2016/30.pdf> (дата звернення: 01.05.2020).

²⁸ Приватизація державного майна як шлях виходу з кризи. URL: <http://global-national.in.ua/archive/10-2016/30.pdf> (дата звернення: 01.05.2020).

²⁹ Махінчук В. М. Державне підприємство в системі ринкових відносин: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2019. С. 177.

безпеку, це підприємства воєнного призначення. Якщо такі підприємства піддати роздержавленню, то країна може опинитися у скрутному становищі під час воєнних конфліктів³⁰.

Результативна та конкурентоспроможна діяльність державних підприємств залежить від ефективності реалізації реформи управління державною власністю, основними ключовими напрямками якої є: визначення чітких цілей діяльності державних підприємств; посилення бюджетного нагляду; запровадження політики власності; розвиток корпоративного управління; узгодження інтересів керівництва та власників суб'єктів господарювання; реструктуризація; приватизація; підвищення рівня прозорості; удосконалення процедури нагляду та управління іншими державними активами.

Отже, успішна реалізація реформи державного сектору економіки залежить від багатьох факторів і має реалізовуватись різними напрямками, основним з яких є успішне виконання плану заходів з реалізації Стратегії підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки. Критеріями успіху в цій справі будуть слугувати: підвищення вартості державного майна; сумарне збільшення капіталізації, яка відбиває загальну оцінку вартість комерційних активів, належних державі; обсяг сплачених податків (збільшення податкових платежів розглядається як позитивний результат); розмір виплаченої заробітної плати; розмір здійснених інвестицій³¹.

³⁰ Приватизація державного майна як шлях виходу з кризи. URL: <http://global-national.in.ua/archive/10-2016/30.pdf> (дата звернення: 01.05.2020).

³¹ Титова О. В. Щодо підвищення ефективності управління об'єктами державної власності (господарсько-правовий аспект) Господарсько-правове забезпечення управління об'єктами державної власності: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Вінниця, 22–26 лютого 2016 р.) / наук. ред. А.Г. Бобкова, А.М. Захарченко; Донецький національний університет. Маріуполь: ПрАТ «Газета «Приазовський робочий», 2016. С. 109.

ВПЛИВ ПРАВОВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ НА ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТ

Стабільність цивільного та господарського обороту повинна забезпечуватися ефективною правовою системою, що ґрунтується на національних правових традиціях. Але відмінність господарських правовідносин від інших (сімейних, адміністративних, земельних тощо) полягає в значному впливі глобалізованого світу. Вітчизняне народне господарство, що є предметом правового регулювання, перш за все, господарського права, не є замкнутою системою. Взаємовплив економічних відносин та національних правових систем поступово стає все більш відчутним. Відповідно, перешкоди стабільності господарського обороту України (зумовлені в тому числі прогалинами належного правового регулювання господарських правовідносин) неминуче впливають на стабільність господарських відносин інших країн. Тому доводиться констатувати, що в сучасному світі рівень економічної стабільності вітчизняного народного господарства є предметом уваги не лише власної держави, але й «інтересів» економічно розвинутих країн, а також ряду міжнародних організацій³².

Вплив ззовні проявляється в тому числі через намагання поширити у господарському праві правові запозичення або так звані правові трансплантати, що часто сприяє покращенню забезпечення якісного правового регулювання, але іноді навпаки ускладнює праворозуміння у зв'язку з несумісністю з місцевими правовими традиціями, ментальністю, правовою культурою. Як зауважується в науковій літературі, спонтанне непродумане запозичення без аналізу можливих наслідків приречене на невдачу³³. Запозичення певної іноземної норми, інституту, конструкції часто шкодить стабільності господарського обороту, якщо процес імплементації відбувається хаотично без науково обґрунтованого аналізу.

³² Ковалишин О. Р. Роль міжнародних організацій в уніфікації господарського права / Форум права, 2019, 57(4). С. 38–46.

³³ Talia Y. Kharbieva Legal Culture and legal transplants: national report of the Russian Federation, in the XVIII-th Congress of the International Academy of Comparative «Law Legal Culture and Legal Transplants», 2010. 891 p.

Слід враховувати ті фактори, які можуть негативно впливати на дієвість запозиченої норми чи правового інституту.

Невідповідність місцевим соціально-економічним умовам, особливостям правової ментальності. Об'єктивною умовою ефективності правових запозичень являється соціокультурна сумісність суспільств, що взаємодіють³⁴. Щоб бути ефективним та успішним, правовий трансплантат повинен бути прийнятним для загальної та правової культури держави, якою воно запозичується³⁵. Одна із найважливіших умов ефективного правового запозичення полягає в правильній оцінці загального, окремого та особливого в правових системах суспільства-донора та суспільства-реципієнта, наявність соціальних та історичних ідентичних факторів, які обумовляють ефективну реалізацію запозичуваної конструкції. У випадку відсутності таких умов ефективність правових запозичень буде суттєво знижена чи повністю нівельована³⁶.

Найчастіше причина неефективності правового запозичення полягає у несумісності іноземної правової конструкції соціально-економічним умовам держави. Відносно нескладно імплементувати новий закон, але значно складніше викоринити старі звички та практику. До прикладу, в корпоративному праві Румунії до 2006 року акціонери (учасники) могли реалізувати своє право на звільнення членів органів управління товариством без обґрунтування причин такого рішення, ґрунтуючись на принципі *ad nutum*³⁷. В середині 2000-х років румунським корпоративним правом було запозичено французьку модель порядку та підстав звільнення членів ради директорів. В результаті право акціонерів на звільнення членів керівних органів товариства було суттєво обмежене. Від-

³⁴ Weston M. An English Reader's Guide to the French Legal System. London; New York; Berg: Distributed exclusively in the US and Canada by St. Martin's Press, 1991. 155 p.

³⁵ Louis F. Del Duca & Alain A. Levasseur, Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System, American Journal of Comparative Law, 2010. Vol. 58. P. 2.

³⁶ Скоробогатов А. В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы / Актуальные проблемы экономики и права. 2018. Т. 12. № 1. С. 87.

³⁷ Ad nutum – негайно, без будь-яких формальностей. Даний принцип був реципійований з Римського приватного права французькою теорією цивільного права та означає можливість довірителя скасувати повноваження повіреній особі в будь-який час без зазначення підстав.

тепер члени ради директорів могли бути звільнені тільки з підстав невиконання своїх обов'язків, чи якщо їх дії чинять шкоду діяльності товариства. Більше того, безпідставно звільнені члени органів управління отримали можливість звертатися до суду з метою відшкодування збитків (зокрема, у зв'язку із достроковим закінченням їх контракту тощо)³⁸.

Правило, яке проявило свою дієвість в державах з високим рівнем правової та корпоративної культури, не дало очікуваного результату в умовах Румунії. З тих чи інших підстав звільнені члени органів управління почали заявляти систематично, часто безпідставні позови про відшкодування збитків, що в кінцевому рахунку збільшило вартість зміни членів ради директорів та суттєво обмежило право контролю акціонерами (учасниками)³⁹. Таким чином, має місце приклад неефективного правового запозичення у зв'язку з різницею правової ментальності, різного рівня соціально-економічного розвитку.

Недосконалість конструювання правової норми. Часом запозичений правовий інститут є недієвим не у зв'язку з тим, що не відповідає національним соціально-культурним умовам, чи у зв'язку з відмінністю в рівні економічного розвитку. Проблема недієвості, а, відповідно, і неефективності запозичення може полягати у неправильному викривленому викладенні правової норми чи звуженні її змісту.

До прикладу, Закон України «Про акціонерні товариства» в першій редакції закріплював, що статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах і передбачається відповідальність за його недотримання (ч. 1 ст. 29). Хоча закон диспозитивно й дозволив укладення відповідної угоди, але норма була сконструйована таким чином, що не давала чіткої ясності щодо змісту даного договору, його форми, суб'єктного складу тощо. Між тим, зважаючи на новизну такого запозичення, його контроверсійність, існуючу судову практику різного тлумачення (варто

³⁸ Manuel Gutan, *Romanian Tradition in Foreign Law Import : Between Necessity and Weakness, in Imperialism and Chauvinism in the Law, Reports of the 20-th SICL anniversary colloquium, 2002, Zurich, 2004. P. 65.*

³⁹ Radu N. Catana, *Romanian Company Law: Recent Evolution between Autonomous Development and Legal Transplants. Private Law in Eastern Europe. Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 2010. Vol. 50, P. 410.*

лише згадати приклад корпоративних спорів між акціонерами Київстар Дж. Ес. Ем.), нормативна регламентація повинна була б бути деталізованою.

Як наслідок, навіть за умови фактичного закріплення в праві України можливість укладення і чинність акціонерних угод на практиці була певний час під ризиком. В будь-який час окремі положення могли бути визнані недійсними з урахуванням пунктів 6.1 і 6.4 рекомендацій ВГСУ від 28 грудня 2007 року № 04-5/14⁴⁰ та пункту 9 постанови Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 року № 13⁴¹: «відносини між акціонерами з приводу управління товариством регулюються законами України, іншими нормативно-правовими актами України та статутом товариства», питання корпоративного управління можуть бути врегульовані акціонерною угодою «тільки у випадках, прямо передбачених актами законодавства України», крім того, акціонерні угоди «не можуть змінювати норми закону та статуту товариства, обмежувати права інших акціонерів (учасників) товариства».

Проблема приведення у відповідність підзаконних актів. В юридичній літературі відзначається, що, ухвалюючи новий законодавчий акт, законодавець часто не обтяжує себе зайвою роботою щодо приведення інших, вже діючих нормативних актів у відповідність до нового закону. У кращому випадку така робота покладається на уповноважений орган виконавчої влади (втім, як свідчить практика, часто ним не виконується), але найчастіше законодавець обмежується зазначенням того, що до приведення у відповідність із новим законодавчим актом інші закони України діють у частині, що не суперечить цьому актові⁴². Дійсно, на практиці мають місце непоодинокі приклади, коли певний іноземний правовий інститут чи правове положення закріплюються на

⁴⁰ Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин: рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 року № 04-5/14 / URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5_14600-07 (дата звернення: 05.08.2020).

⁴¹ Про практику розгляду судами корпоративних спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 року № 13 / Вісник Верховного Суду України. 2008. № 11.

⁴² Кібенко О. Р. Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великої Британії та України: дис. док. юрид. наук: спец. 12.00.04. Х., 2006. С. 95–96.

рівні закону, але не функціонують у зв'язку з браком на рівні підзаконних нормативно-правових актів правових норм, які б забезпечили його функціонування.

До прикладу, 1 травня 2016 року на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» у вітчизняному корпоративному праві запроваджено інститут непрямого позову. На сьогодні уже є сформована певна позитивна судова практика захисту міноритарних учасників (акціонерів) саме завдяки непрямому позову. Але маловідомим є факт, що спроби запровадити популярний в США вид позову у вітчизняному корпоративному праві були й раніше.

Частиною 2 ст. 72 першої редакції Закону України «Про акціонерні товариства» (насьогодні діє інша редакція – *прим. автора*) передбачалося, що у разі недотримання особою, заінтересованою у вчиненні товариством правочину, вимог, передбачених статтею 71 цього Закону (прим. – Закону України «Про акціонерні товариства»), та вчинення товариством правочину з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать цій особі та/або її афілійованим особам, товариство або будь-хто з його акціонерів має право вимагати визнання цього правочину судом недійсним і відшкодування збитків та/або моральної шкоди. На думку О. М. Вінник, завдяки ч. 2 ст. 72 Закону України «Про акціонерні товариства» була фактично легалізована конструкція непрямого позову⁴³. Як зауважує А. В. Смітюх, в законі на момент його прийняття передбачалися механізми, що були покликані, вочевидь, розв'язати проблему непрямого позову, у тому числі – усунути передумови виникнення конфліктів, через які акціонери змушені подавати похідні позови⁴⁴. Але, на жаль, не було внесено відповідні зміни до господарського-процесуального кодексу. Таким чином, хоча акціонери і де-юре отримали в 2008 році матеріальне право на подання непрямого позову при оскарженні правочинів із заінтересованістю, але де-факто не змогли його реалізувати, оскільки не було забезпечено відповідних процесуальних умов. За весь час існування згаданої правової норми (2008–2011 рр.) не було успішного судового провадження, яке б ґрунтувалося

⁴³ Вінник О. М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства». К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 168.

⁴⁴ Смітюх А. В. Позови акціонерів про визнання недійсними правочинів акціонерного товариства за Законом України «Про акціонерні товариства» / Юридичний радник. 2009. № 2. С. 64.

на підставі ч. 2 ст. 72 Закону України «Про акціонерні товариства».

Як неефективна, вищезгадана норма втратила чинність відповідно до Закону України від 03.02.2011 року № 2994-VI «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств»⁴⁵.

Надмірне використання іноземної термінології, недосконала техніка перекладу. Слід враховувати, що на ефективність сприйняття правового запозичення також до певної міри впливає, наскільки вдало відображено державною мовою суть іноземного правового інституту чи текст правової норми. При цьому повинна враховуватися уже наявна науково обґрунтована вітчизняна термінологія. Дослідниками у сфері запозичення іноземних юридичних термінів та понять відзначається ціла низка термінологічних проблем в українському законодавстві: наявність дублетності та синонімії, термінологічних лакун, відсутність системності і впорядкованості термінології, недотримання вимог і стандартів щодо термінів, порушення законодавцем (нормопроектувальником) правил побудови дефініцій термінів у текстах законів та інших нормативно-правових актів. Водночас законодавча термінологія як важлива частина загального термінологічного фонду літературної мови має відповідати як правилам і нормам певної мови, так і загальнонаціональним та міжнародним стандартам щодо термінів та їх визначень⁴⁶.

Яскравим прикладом неврахування самотутності національної системи права є запровадження посади незалежних директорів в акціонерному праві України. Інститут незалежного директора є запозиченням з англо-американського права. Його поява пов'язана з необхідністю забезпечення присутності «незалежних» членів в раді директорів компаній з метою забезпечення об'єктивного нагляду за господарською діяльністю компаній. Оскільки така особа є незалежним членом ради директорів в іноземних системах права, тому й іменується – незалежний дирек-

⁴⁵ Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства»: Закон України від 03.02.2011 року № 2994-VI / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011. № 35. Ст. 344.

⁴⁶ Артикуца Н. В. Законодавчі терміни та їх визначення: наукові записки. Том 90. Юридичні науки. С. 40.

тор. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів» було закріплено необхідність призначення незалежних директорів і в Україні.

Запозичивши відповідний іноземний правовий інститут, як видається, не враховано те, що в Україні відсутній аналогічний орган – рада директорів. Натомість існує наглядова рада, що складається з членів наглядової ради. Тому, на думку автора, особливості уже сформованої вітчизняної системи корпоративного управління в даному випадку не враховано. Видається, доцільніше при запозиченні іноземного правового інституту незалежних директорів віднайти такий вітчизняний аналог, який би «вписувався» в існуючу вітчизняну систему корпоративного управління та термінологічно не конфліктував.

Іншим прикладом є застосування різної термінології до запозиченого з англо-американського права *shareholder's agreement*. Спочатку в Законі України «Про акціонерні товариства» та судовій практиці йшлося про акціонерну угоду. На сьогодні правовідносини між акціонерами регулюються договором між акціонерами товариства (ст. 26-1). В Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» правочин, в якому учасники домовляються про порядок реалізації ними своїх прав, називається корпоративним договором (ст. 7). Таким чином, у вітчизняному праві товариств капіталу відсутня єдність у термінології (акціонерна угода, договір між акціонерами, корпоративний правочин) при позначенні одного й того самого запозиченого правового інституту.

Таким чином, до факторів, що негативно впливають на ефективність запозичень в праві, належать: 1) невідповідність місцевим соціально-економічним умовам, особливостям правової ментальності; 2) недосконалість конструювання правової норми; 3) проблема приведення у відповідність підзаконних актів; 4) надмірне використання іноземної термінології, недосконала техніка перекладу.

Усвідомлення вищезазначених факторів є як на рівні вітчизняних науковців, юристів, так і на рівні урядів та міжнародних організацій, зокрема, Європейського банку реконструкції і розвитку (далі – ЄБРР). ЄБРР в рамках сприяння економічному розвитку країн займається розробкою модельних законів та керівних принципів для регулювання окремих сфер суспільних відносин

країн, що розвиваються. В 1995 році ЄБРР розробив опитувальник юридичних показників (*Legal Indicator Survey*, далі – *LIS*), який став інструментом отримання інформації від практикуючих юристів, міжнародних адвокатських фірм щодо їхнього бачення ефективності чи неефективності запровадження правової норми чи цілого закону, їх впливу на стабільність господарських відносин. Завдяки таким діям стало можливо також виявити, що існує значний розрив між часто недостатньо продуманим законотворенням шляхом копіювання модельного закону та тим, чого справді хотів досягнути ЄБРР під час розробки та просування відповідного модельного Закону.

В 2003 році було розроблено новий опитувальник (*Legal Indicator Survey, 2003*). Основна принципова відмінність від попередніх опитувальників полягала в тому, що збиралася не лише інформація про прогрес у законотворенні. Метою анкети була оцінка функціонування правових норм за певного визначеного сценарію. Юридичним фірмам з різних країн пропонувалася конкретна фабула справи з наперед визначеними обставинами. Юридичним компаніям слід було розв'язати справу на основі національного законодавства. Отримані результати розв'язку справи в різних державах застосувались для порівняння ефективності застосування правових норм на практиці⁴⁷. Однією із перших фабул справ була такою: «Кредитор із забезпеченими вимогами у зв'язку із відмовою боржника повернути борг звертає вимоги на предмет застави». Завдання полягало в тому, щоб оцінити скільки («яку кількість центів до євро») і за який час зможе повернути кредитор коштів з вартості предмета забезпечення?

Такий метод виявився ефективнішим у порівнянні із звичайним співставленням правових норм, коли неможливо порівняти результати їх застосування на практиці. Новий метод не оцінював правові норми на предмет їх формальної відповідності визначеним критеріям, а порівнював реальні результати на практиці. Адже в процесі правозастосування слід враховувати особливості судової процедури, ментальності, правової культури. Ці фактори складно описати простим набором критеріїв оцінки.

Попри те, існувала об'єктивна необхідність розробки такого опитувальника, який би охоплював оцінку комплексу суспільних

⁴⁷ Michel Nussbaumer, Frederique Dahan, Promoting Legal Reform in Eastern Europe: the EBRD Approach Private Law in Eastern Europe. P. 31.

відносин, що регулюються окремим інститутом права. Саме такою стала Секторальна правова оцінка (*Legal Sector Assessment*, далі – *LSA*). Першим *LSA* був Регіональний опитувальник щодо забезпечених угод (*Secured Transactions Regional Survey*)⁴⁸. У порівнянні з *LIS* метою опитувальника в правовій сфері було надати комплексну оцінку досягнень системі законів у відповідній галузі. Завданнями *Секторальної правової оцінки* було забезпечити суб'єктів господарювання інформацією з приводу адаптованості правового поля країни до вимог комерційних угод іноземних суб'єктів господарювання⁴⁹. Крім того, опитувальник надавав інформацію щодо просування законодавства країни до ринкових стандартів, сприяючи удосконаленню законодавства країн та заохочуючи їх співробітництво. Анкета була розроблена таким чином, щоб оцінити прогрес країни в наблизенні до ринкових стандартів за градацією. Навпроти кожного питання була можливість поставити від однозначного «так» «v v v» до однозначного «ні» «x x x». Аналогічні опитувальники застосовувались до низки інших сфер: при оцінці правового регулювання реєстру застав, іпотечного права тощо. Починаючи з 2002 року, за цією методикою були розроблені опитувальники, покликані оцінити ефективність правового поля країн саме в сфері господарських правовідносин, зокрема, в таких сферах як корпоративне управління, банкрутство, ринок цінних паперів, концесійна діяльність тощо. *LSA* відзначались досить високим рівнем об'єктивності оцінки стану правового забезпечення, оскільки містили понад 100 критеріїв. *LSA* у порівнянні з *LIS* ставив за мету оцінити рівень «всеохопленості», «комплексності» закону, а не лише рівень «ефективності».

Опитувальники юридичних показників, секторальна правова оцінка стосувалися переважно сфери корпоративного управління, іпотечного кредитування, створення реєстрів нерухомості. Але наявні правові запозичення виходять далеко за межі даних сфер. Якщо здійснити спробу досягнути всю сукупність правових запозичень, то видається можливим їх систематизувати за окремими критеріями. Частково вони уже були висвітлені в літературі⁵⁰. Поряд з тим автору хотілося б зупинитися на ряді інших.

⁴⁸ Michel Nussbaumer, Frederique Dahan, Promoting Legal Reform in Eastern Europe: the EBRD Approach Private Law in Eastern Europe. P. 31.

⁴⁹ Там само. P. 34.

⁵⁰ Ковалишин О. Р. Класифікація правових запозичень в господарському праві України / Юридичний бюлетень, 2018. № 7. С. 221–227.

Вченими запропоновано достатньо широке різноманіття класифікації правових запозичень. Уве Кішель виділяє: 1) добровільне правове запозичення (рецепція) та 2) примусове. Запозичення права в примусовому порядку можливе внаслідок колонізації, примусового приєднання території⁵¹. Крім того, з точки зору форми, якої набувають реципійовані правові запозичення в країні–реципієнті, автор виділяє: 1) відкриту рецепцію, коли запозичення норми права відображається в такій самій формі (іноді навіть структура розділів і порядковість статей закону, кодексу можуть збігатися); та 2) завуальовану рецепцію, коли норми права запозичуються з використанням правил національної законодавчої техніки, тобто змінюючи форму правового акту і т.д.⁵².

Джонатан Міллер поділяє правові запозичення на такі види: так звані правові трансплантати престижу (*legitimacy generating transplants* або *transplants by prestige*); правові трансплантати, що запозичені внаслідок воєнних дій; правові трансплантати, що диктуються ззовні (*externally dictated transplant*); правові трансплантати, що заощаджують витрати (*cost-saving transplant*)⁵³;

Під правовими трансплантатами, що диктуються ззовні, Дж. Міллер має на увазі ті запозичення, що нав'язані певними міжнародними організаціями чи окремими країнами, від яких країна-реципієнт стає залежною внаслідок певних подій (економічна підтримка, допомога під час зміни політичного ладу тощо). Даний вид запозичень характерний для країн з економікою, що розвивається, яким міжнародні організації та окремі економічно розвинуті держави надають різного роду підтримку. Поряд з утвердженням демократії та досягненням економічного процвітання та стабільності останні переслідують конкретні власні цілі – забезпечення у відповідній країні свого економічного чи політичного впливу. Щоб для суб'єктів господарювання відповідної країни донора були зрозумілими правила гри у державі-реципієнті, останньою імплементуються основні правові інститути, на принципах яких ґрунтується комерційне право держави-донора.

Прикладом даного виду правових запозичень є імплементация правових норм, законів, які були розроблені Європейським

⁵¹ Uwe Kischel, *Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. P. 63.

⁵² Там само. P. 63.

⁵³ Miller Jonathan. A typology of Legal Transplantants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to explain the transplantants process, *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 51. Nr. 4. 2003. 839–885 p.

Банком Реконструкції та Розвитку. ЄБРР – міжнародний фінансово-кредитний інститут, який надає допомогу країнам від Центральної Європи до Центральної Азії для проведення ринкових реформ, активного інтегрування економік цих країн у міжнародні господарські зв'язки. Організація була створена в 1991 році та за час свого існування розробила чимало модельних законів, які стали основою для розвитку національного законодавства низки держав. Серед них: 1) Модельний Закон про угоди із забезпеченням (*Model Law on Secured Transactions, 1994*); 2) *Insolvency Office Holders Principles* (2007), в яких стверджувалося, що наявність права неспроможності часто недостатньо для забезпечення ефективно процедури банкрутства суб'єктів господарювання. Тому для цього було розроблено ряд стандартів щодо кваліфікації, призначення, нагляду за діяльністю суб'єктів, які керують процедурою банкрутства (арбітражні керуючі, ліквідатори, сенатори та інші схожі посади в залежності від країни запровадження); 3) *Guiding Principles for Charges Registries* (2004), який визначив базові принципи для створення систем реєстрації забезпечень, обтяжень; 4) *Policy brief for corporate governance in Banks in Eurasia* (2008) – документ, в якому було визначено основні виклики та вимоги, що ставляться до корпоративного управління в країнах-реципієнтах; 5) Керівні принципи щодо забезпечених угод (*Secured Transactions Core Principles*).

Девід Нелькен класифікує правові запозичення не з позиції того, чи це процес або результат, а з точки зору їх правової природи. Автор розрізняє: 1) механічні, 2) органічні та 3) дискурсивні (непослідовні) моделі правових трансплантатів. До механічних трансплантатів автор відносить «експорт чи імпорт», «дифузію», «транспозицію»⁵⁴.

Берковіч, Пістор та Річард на підставі одного із найдетальніших в сфері порівняльного права дослідження про ефективність правових трансплантатів за критерієм здатності до запровадження в чужій правовій системі виділяють: 1) сприйнятливі (*receptive*) трансплантати та 2) несприйнятливі (*unreceptive*) трансплантати⁵⁵.

⁵⁴ David Nelken. Legal Transplants And Beyond: Of Disciplines And Metaphors', Comparative Law In the 21st Century (1st edn, Kluwer Academic 2002) 29. P. 30.

⁵⁵ Berkowitz D., Pistor K., Richard J.-F., «The Transplant Effect» The American Journal of Comparative Law. Vol. 51. No. 1, 2003. P. 163–204.

За іншою класифікацією виділяють: 1) рецепція права – запозичення юридичних норм, принципів і цінностей суспільства-донора з подальшою адаптацією до умов національної правової сім'ї суспільства-реципієнта; 2) правовий діалог – двосторонній обмін правовим досвідом з метою інтеграції національних правових систем; 3) правова акультурація – довготривалий контакт культурно-правових систем різних соціумів, ціль якого полягає в засвоєнні суспільством-реципієнтом юридичних норм і правових цінностей суспільства-донора; 4) правовий трансфер – пряме перенесення юридичних норм, правових принципів і цінностей суспільства-донора в правову систему суспільства-реципієнта; 5) примусове нав'язування культурно чужих правових цінностей суспільства-донора суспільству-реципієнту⁵⁶.

Якщо аналізувати вітчизняне господарське право на предмет наявності правових запозичень, то слід констатувати присутність запозичень як окремого правового положення, так і сукупності правових норм, тобто правового інституту, який закріплений в єдиному нормативно-правовому акті чи розміщений в різних нормативно-правових актах, маючи на меті регулювання певного господарського правовідношення.

Прикладом правового запозичення, вираженого всього лише однією правовою нормою, слугує положення про заборону товариствам фінансування придбання власних акцій, часток (правило «*financial assistance prohibition*»). Товариство не може надавати позику для оплати вкладу учасника або поруку за позиками, кредитами, наданими третьою особою для оплати його вкладу (ч. 2 ст. 13 Закону «Про ТОВ і ТДВ»). Акціонерне товариство не може надавати позику для придбання його цінних паперів або поруку за позиками, наданими третьою особою для придбання його акцій (ч. 5 ст. 23 Закону України «Про АТ»).

Та все ж в переважній більшості випадків має місце запозичення низки правових норм, які в своїй сукупності становлять певний правовий інститут чи принцип корпоративного права.

В теорії права під правовим інститутом розуміється порівняно невелика, стійка група правових норм, що регулюють певний різновид суспільних відносин у межах галузі або підгалузі права. Прикладом запозичення сукупності правових норм може бути інститут так

⁵⁶ Скоробогатов А. В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы / Актуальные проблемы экономики и права, 2018. Т. 12. № 1. С. 79–82.

званого *squeeze out* (тобто обов'язковий продаж акцій міноритарними акціонерами на вимогу мажоритарного) чи *sell-out* в акціонерних товариствах. Відповідно до ч. 4 ст. 65-2 Закону України «Про акціонерні товариства» особа, яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій (95%), або будь-яка її афілійована особа, або уповноважена особа (далі – заявник вимоги) має право надіслати до товариства публічну безвідкличну вимогу про придбання акцій в усіх власників акцій товариства (далі – публічна безвідклична вимога)⁵⁷. Іншим прикладом запозичення цілого правового інституту є запровадження інституту непрямого позову – тобто позову учасника (акціонера) товариства, який ним подається від імені товариства до третьої особи (як правило, директора товариства, членів правління) про відшкодування збитків завданих товариству (ч. 12 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України, ст. 89 Господарського кодексу України), корпоративного секретаря (ст. 56, 78 Закону України «Про акціонерні товариства»). До запозичених правових інститутів також слід віднести корпоративний правочин, інститути незалежного директора тощо.

Запозичення правових інститутів є значно складнішим та багатоаспектнішим явищем, оскільки вимагає адаптації конкретного правового інституту до особливостей структури правової системи, традицій правозастосування. Саме на прикладі запозичення непрямого позову можна прослідкувати неефективність безсистемного трансплантування господарсько-правових, господарсько-процесуальних норм. Даний механізм був впроваджений без прогнозування можливих зловживань ним, особливостей його реалізації суб'єктами господарювання в Україні. Тому він виявився неефективним та поки-що не набув широкого застосування в судовій практиці вирішення господарських спорів в Україні.

Окрім правових норм та правових інститутів вітчизняне корпоративне право час від часу збагачується новими принципами корпоративного управління чи корпоративного права в цілому.

Корпоративні правовідносини функціонують на усталених засадах корпоративного права України та господарського права в цілому. В.С. Щербина виділяє такі принципи корпоративного права: оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання і державного регулювання макроекономічних процесів; економічна багатоманітність;

⁵⁷ Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI від 17 вересня 2008 року / Відомості Верховної Ради України. 2008. № 50–51. Ст. 384.

визнання усіх суб'єктів права власності рівними перед законом, недопущення протиправного позбавлення власності; забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання; право кожного на підприємницьку діяльність, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції; соціальна спрямованість економіки⁵⁸.

До засад корпоративного права відносять також: поєднання приватних і публічних інтересів; максимізація прибутку корпорації; пропорційність вкладу учасника в статутний капітал обсягові прав участі в корпорації; корпоративну соціальну відповідальність; відповідність корпоративного права вимогам права про компанії ЄС; ефективне корпоративне управління з урахуванням інтересів як більшості, так і меншості; контроль учасників за діяльністю корпорації⁵⁹.

Вченими серед загальних принципів управління господарським товариством виділяється: здійснення прав та обов'язків юридичної особи через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону; зобов'язання органу діяти в інтересах юридичної особи добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень; принцип солідарної відповідальності за збитки, завдані юридичній особі, членів органу управління, які порушують свої обов'язки щодо представництва (ст. 92 ЦК України); визначення компетенції загальних зборів та порядку ухвалення ними рішень (ст. ст. 92, 145, 159 ЦК України); визначення ролі виконавчого органу як органу, що здійснює поточне керівництво, його структуру і підзвітність (ст. 99 ЦК України); закріплення норми про перевірки фінансової звітності товариств аудитором та ревізійною комісією (ст. 146, 162 ЦК України)⁶⁰.

Втім з прийняттям Принципів корпоративного управління⁶¹ засади корпоративного управління оновилися. З'явилися такі досі

⁵⁸ Щербина В. С. До питання щодо принципів господарського права / Вісник Південного регіонального центру НАПрН України. 2014. № 1. С. 90.

⁵⁹ Лукач І. В. Предмет, метод та принципи корпоративного права України / Журнал східноєвропейського права. 2016. № 30. С. 8.

⁶⁰ Беляневич О. А., Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми: монографія. К., 2017. С. 76.

⁶¹ Про затвердження Принципів корпоративного управління: Рішення НКЦПФР від 22.07.2014 року № 955. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr955863-14#Text>

невідомі (або щонайменше, Ю незастосовувані) вітчизняному корпоративному управлінню принципі як принцип «дотримуйся або поясни» (*comply or explain*), обов'язкового погодження загальними зборами винагороди посадових осіб товариства (*say on pay voting*) тощо.

Принцип максимізації прибутку підприємства (*shareholder value*) хоча і мав місце на практиці, оскільки досягнення максимального прибутку суб'єктом підприємництва є однією з основ ринкової економіки, однак нормативне закріплення отримав саме з прийняттям уже згаданих вище Принципів: «Мета товариства полягає у максимізації добробуту акціонерів за рахунок зростання ринкової вартості акцій товариства, а також отримання акціонерами дивідендів (ч. 1 ст. 1 розділу II).

Жваво дискутується можливість запровадження принципу обов'язкової участі працівників в управлінні товариством, більш відомий як «принцип кодeterminації», який є одним із кваліфікуючих ознак німецької моделі корпоративного управління. Широка дискусія розгорнулася навколо доктрини зняття корпоративної вуалі⁶².

Аналізуючи класифікацію правових запозичень в господарському праві, слід приділити увагу також *способам втілення*, перенесення правових запозичень в господарське право України.

1. Найістотнішу роль звичайно відіграє нормотворча діяльність держави. Законодавець шляхом аналізу конкретних зразків нормативно-правових актів іноземних держав розробляє нормативні акти з урахуванням національних особливостей (рівня сприйняття суспільством, бізнес-середовищем, структури економіки, соціально-політичних обставин в державі загалом). Але діяльністю органів державної влади процес перенесення правових запозичень в господарське право України не обмежується.

2. Значну роль саме в господарському праві має діяльність суб'єктів господарювання, суб'єктів договірних відносин, які, укладаючи між собою договори, переймають цікаві та ефективні до-

⁶² Махінчук В. М. Зарубіжний досвід застосування доктрини зняття корпоративної вуалі та перспективи останньої в Україні / Судова апеляція. 2019. № 1. С. 106–117; Жорнокуй Ю. М. Доктрина «проникнення за корпоративну вуаль»: світовий досвід та сучасні реалії українського правозастосування / Форум права. 2016. № 4. С. 127–132; Карнаух Т. Доктрина «підняття корпоративної вуалі»: сутність та перспективи застосування в Україні / Юридична Україна. 2013. № 3. С. 53–60.

говірні умови іноземних зразків контрактів та поступово починають впроваджувати їх у внутрішню договірну практику, запроваджують у себе інноваційну ділову практику. Підтримує можливість виділення такого типу правових запозичень зокрема Андрас Крішфалуді⁶³, Уве Кішель⁶⁴ та інші. Хольгер Фляйшер наводить приклад американських компаній *Dupont* та *General Electric*, які ще на початку 20-х років ХХ ст. запровадили у своїй структурі особливі типи об'єднань, що згодом стали частиною американського права. Дана практика була запозичена німецькими концернами в 60-х роках ХХ ст. і лише після того відповідні правові запозичення стали частиною корпоративного права Німеччини⁶⁵.

В господарському праві України показовим прикладом відповідного правового запозичення є інститут корпоративного договору, який з'явився зусиллями юристів-практиків під гаслом «дозволено усе, що не заборонено». Конструкція корпоративного договору виникла в англосаксонській правовій системі досить давно та часто застосовується на практиці, особливо, коли учасниками компанії є резиденти різних країн.

Вже протягом 90-х років ХХ ст. було укладено сотні різноманітних договорів між акціонерами (засновниками) багатьох українських підприємств з іноземними інвестиціями, які у тандемі працювали із західними адвокатами над реалізацією відповідних інвестиційних проєктів. Такі угоди, які почали згодом укладатися і між акціонерами суто українських акціонерних товариств, регулювали багато питань здійснення акціонерами своїх корпоративних прав⁶⁶. Оскільки в Україні заборони на укладення акціонерних договорів не було, то останні мали місце в практиці регулювання корпоративних правовідносин. Але одночасно в законодавстві також і не було закріплено прямої можливості на їх укладення. Фактично акціонерні угоди опинилися *praeter legem*. Тому коли акціонерний (корпоративний) договір ставав предметом судового розгляду, часто такі угоди визнавалися недійсними.

⁶³ Andras Kisfaludi. Company Law in Hungary. Private Law in Eastern Europe. Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Vol. 50. 2010. P. 440.

⁶⁴ Uwe Kischel. Comparative Law, Oxford University Press, 2019. P. 63.

⁶⁵ Holger Fleischer. Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004. S. 1135.

⁶⁶ Довгерт А. С. Акціонерні угоди в міжнародному приватному праві / Всеукраїнська науково-практична конференція «Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин» (21–22 вересня 2012 р., м. Івано-Франківськ). 2012. С. 11–16.

Так, у 2004 році між ТОВ «Сторм», яке володіло 43,5% акцій ЗАТ «Київстар Дж.Ес.Ем.», «Теленор Мобайл Коммьюнікейшнс АС» («Теленор»), якому належало 56,5% акцій компанії, і ЗАТ «Київстар Дж.Ес.Ем.» уклали договір між акціонерами, яким детально врегульовувались правовідносини між сторонами. Акціонерна угода, підписана сторонами в 2004 р., була підпорядкована законодавству штату Нью-Йорк, і спори по ній підлягали розгляду шляхом арбітражу відповідно до правил ЮНСІТРАЛ в Нью-Йорку. Компанія була стороною угоди. Конфлікт між «Теленор» і «Сторм» почався ще в 2005 р., після чого відбулося декілька судових розглядів спору як в Україні, так і в США. У травні 2006 р. Апеляційний господарський суд м. Києва визнав недійсними дії гендиректора ТОВ «Сторм» щодо підписання угоди між акціонерами компанії «Київстар». Ще в лютому 2006 р. «Теленор» ініціював арбітражний розгляд справи відповідно до умов акціонерної угоди в Нью-Йорку, і в серпні 2007 р. процес був виграний компанією «Теленор». Проте Печерський районний суд м. Києва відмовився визнати й привести до виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в Нью-Йорку. Суд заявив, що рішення комерційного арбітражу в Нью-Йорку не має ніякої юридичної сили й послався на рішення українського суду, який навесні 2006 р. визнав акціонерну угоду між компанією «Теленор» і «Сторм» недійсною.

Ще більш проблемним стало використання такої запозиченої договірної конструкції після роз'яснень Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) та Верховного Суду України (далі – ВСУ). Рекомендаціями ВГСУ від 28 грудня 2007 р. № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства в розгляді справ, які виникають із корпоративних відносин» була поставлена під сумнів можливість застосування акціонерних угод. Згідно з Рекомендаціями застосування акціонерних угод допускається тільки у випадках, прямо передбачених актами законодавства України. Постановою Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 року «Про практику застосування розгляду судами корпоративних спорів» в принципі дозволялося акціонерам укладати акціонерні угоди, але зазначалося, що «відносини між товариством та акціонерами, між акціонерами АТ щодо його діяльності, а також корпоративного управління регулюються виключно законами та іншими нормативно-правовими актами України». Своїми Рекомендаціями ВГСУ заборонив підпорядковувати в угодах відносини між акці-

онерами і між акціонерами й товариством (зокрема, питання корпоративного управління) іноземному законодавству. Лише згодом можливість їх укладення була закріплена на законодавчому рівні шляхом доповнення Закону України «Про акціонерні товариства» статтями 26-1, 26-2 у зв'язку з прийняттям Закону України № 1984-VIII від 23 березня 2017 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів»⁶⁷. Станом на сьогодні корпоративними договорами допускається регулювання також правовідносин учасників товариств з обмеженою відпо-відальністю.

Тобто хронологічно бачимо, що спочатку дана правова конструкція використовувалася в практиці господарської діяльності товариств, а вже потім стала частиною корпоративного права України.

Іншим прикладом є корпоративний комплаєнс. Увага до корпоративного комплаєнсу серед суб'єктів господарювання України зростає. Чимало господарських товариств приймають на рівні локальних нормативно-правових актів кодекс корпоративної поведінки (етики) та інші документи, спрямовані на підвищення рівня відповідальності та добросовісності поведінки посадових осіб та інших працівників з метою дотримання найкращих світових практик корпоративного комплаєнсу. Особливо популярними вони є серед великих підприємств та підприємств, зорієнтованих на зовнішні ринки. Тим часом нормативного закріплення корпоративного комплаєнсу немає. Існують лише деякі галузеві документи (наприклад, Методичні рекомендації щодо організації корпоративного управління в банках України № 814-рш від 03.12.2018 року⁶⁸).

Таким чином, суб'єкти господарювання запозичують певне правове положення та закріплюють на рівні локальних актів регулювання внутрішньої діяльності учасників (статут, засновницький договір, тощо). А вже згодом дана конструкція, яка набуває дедалі ширшого застосування на практиці, отримує своє нормативне закріплення в національному праві.

⁶⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів: Закон України № 1984-VIII від 23 березня 2017 року / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2018. № 10. Ст. 52.

⁶⁸ Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації корпоративного управління в банках України: Рішення Правління Національного банку України № 814-рш 03.12.2018 року / URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vr814500-18> (дата звернення: 12.07.2020).

3. Слід також врахувати і третій спосіб перенесення правових запозичень – шляхом сприйняття українською правовою думкою певних іноземних термінів чи правових положень. Науковці, аналізуючи іноземну правову базу, правову літературу, пропонують власні правові розробки, які потім сприймаються законодавцем, або ж починають використовувати іноземні фахові юридичні терміни, які з часом починають сприйматися як частина національної правничої термінології господарського права України.

Хотілося б наголосити, що для забезпечення стабільності господарського та цивільного обороту власне такий спосіб сприйняття та імплементації іноземного правового матеріалу повинен був би мати пріоритет перед імплементацією норм права нормотворцем без відповідного наукового аналізу, обґрунтування, оцінки переваг та ризиків, відповідності внутрішнім правовим традиціям та концепції. На жаль, у зв'язку з уже традиційним «розривом» між правовою наукою та діяльністю законотворця, а також надмірним форсуванням з боку політиків процесу гармонізації корпоративного права України з правом ЄС поки-що таке побажання, напевно, залишиться нереалізованим.

РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ САНІТАРНИХ ТА ФІТОСАНІТАРНИХ ЗАХОДІВ У СВІТЛІ АСОЦІАЦІЇ З ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ

Євроінтеграційні зусилля України історично зумовлені різними чинниками. Однак головну роль серед них відіграє бажання наблизитися до високих стандартів життя, характерних для більшості країн Європейського Союзу. Ці європейські стандарти насамперед ґрунтуються на повазі до прав людини, серед яких чільне місце займають захист життя та здоров'я людини. У механізмі правового регулювання економіки для охорони прав та законних інтересів людини як кінцевого споживача товарів і послуг використовуються різні юридичні інструменти. З-поміж таких інструментів варто окремо виділити санітарні та фітосанітарні заходи, адже вони найбільшою мірою орієнтовані на захист життя і здоров'я людини. При цьому навіть у тих випадках, коли йдеться про захист за допомогою санітарних та фітосанітарних заходів життя і здоров'я тварин і рослин, в кінцевому підсумку все знову ж таки, зводиться до захисту людини, адже і тварини, і рослини є частиною харчового ланцюга людини, а отже, від стану здоров'я тварин і рослин, в решті-решт, залежить життя і здоров'я людини. У зв'язку з цим санітарні та фітосанітарні заходи відіграють дуже важливу роль в політиці Європейського Союзу, що знаходить відображення в *acquis communautaire*.

Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, стало потужним поштовхом для розвитку багатьох галузей законодавства України, зокрема й тих, що безпосередньо стосуються санітарних та фітосанітарних заходів. Однією з таких галузей є законодавство про харчові продукти. Так, у 2014 році було прийнято в новій редакції Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів»⁶⁹, яким в законодавство України імплементуються вимоги Регламенту (ЄС) № 178/2002 Європейського Парламенту та Ради від 28 січня 2002

⁶⁹ Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» від 23.12.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. 1998. № 19. Ст. 98

р., що закріплює загальні принципи та вимоги харчового законодавства, утворює Європейське Агентство з питань безпеки харчових продуктів та визначає процедури з питань безпеки харчових продуктів⁷⁰. Саме цим законом були визначені основоположні вимоги до забезпечення безпеки харчових продуктів на всіх стадіях їх виробництва та обігу, які й лягли в основу новітнього харчового законодавства України, заснованого на сучасних європейських стандартах.

Серед найбільш вагомих положень цього закону слід зокрема виокремити впровадження європейських вимог щодо забезпечення простежуваності харчових продуктів. Зазначена система простежуваності ґрунтується на принципах «крок назад» та «крок вперед». За принципом «крок назад» оператор ринку харчових продуктів повинен бути здатним встановити інших операторів ринку, які постачають йому харчові продукти, та інші об'єкти санітарних заходів, тоді як за принципом «крок вперед» оператор ринку харчових продуктів має бути здатним встановити інших операторів ринку, яким він сам постачає харчові продукти, та інші об'єкти санітарних заходів. Крім того, для забезпечення простежуваності харчових продуктів законом встановлені вимоги щодо наявності на маркуванні позначення, що ідентифікує кожен партію таких продуктів.

Іншим важливим нововведенням цього закону стали обов'язкові вимоги щодо застосування постійно діючих процедур, заснованих на принципах системи аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках (НАССР – Hazard Analysis and Critical Control Points). Ця система призначена для ідентифікації, оцінки та контролю небезпечних факторів, що є визначальними для безпеки харчових продуктів. Згідно з законом до принципів системи НАССР належать:

- 1) ідентифікація небезпечних факторів, яким необхідно запобігти або які необхідно усунути або зменшити до прийняттого рівня;
- 2) визначення критичних контрольних точок на етапах, на яких контроль управління є визначальним для запобігання вини-

⁷⁰ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002R0178> (дата звернення: 12.08.2020).

кненню небезпечних факторів, їх усунення або зменшення до прийняттого рівня;

3) установлення критичних меж у критичних контрольних точках, які дають змогу відрізнити прийнятність харчового продукту від неприйнятності з точки зору його безпечності;

4) проведення процедур моніторингу в критичних контрольних точках, які забезпечують отримання даних для оперативного управління небезпечними факторами;

5) запровадження коригувальних дій, які повинні проводитися, якщо результати моніторингу свідчать про те, що певна критична контрольна точка вийшла з-під контролю;

6) розроблення процедур, які повинні застосовуватися на постійній основі, з метою перевірки результативності заходів НАССР;

7) розроблення документів та ведення записів відповідно до виду діяльності та обсягів виробництва для підтвердження результативного застосування заходів НАССР.

Недостатньо розвинутими до недавнього часу залишалися процесуальні вимоги щодо контролю за дотриманням законодавства про харчові продукти. З метою гармонізації відповідних процесуальних норм національного законодавства України з законодавством Європейського Союзу у травні 2017 року було прийнято ще один важливий закон, а саме: Закон України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин»⁷¹. В цьому законі знайшли відображення відповідні норми Регламенту (ЄС) № 882/2004 Європейського Парламенту та Ради від 29 квітня 2009 про заходи офіційного контролю, що здійснюється з метою перевірки дотримання законодавства про харчові продукти та корми, здоров'я та благополуччя тварин.

Прийняття зазначеного закону є логічним, хоча, звісно, не останнім кроком на шляху практичного впровадження європейської концепції забезпечення безпечності харчових продуктів, що ґрунтується на принципі «from farm to fork» (від лану до столу), відповідно до якого державний контроль має охоплювати всі стадії виробництва та обігу харчових продуктів, починаючи з моме-

⁷¹ Закон України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» від 18.05.2017 р. // Відомості Верховної Ради України. 2017. № 31. Ст.343.

нту виробництва вихідної сировини і закінчуючи контролем безпечності харчових продуктів на полицях магазинів та в мережі закладів громадського харчування. Таким чином, державний контроль безпечності харчових продуктів має починатися ще на стадії вирощування рослин і тварин, продукти з яких згодом потрапляють у харчовий ланцюг. Саме цей підхід отримав максимально широке вираження у новому Регламенті (ЄС) № 2017/625 Європейського Парламенту та Ради від 15 березня 2017 року про заходи офіційного контролю та іншої офіційної діяльності, що здійснюється з метою забезпечення застосування законодавства про харчові продукти та законодавства про корми, правил щодо здоров'я та благополуччя тварин, здоров'я рослин та засобів захисту рослин⁷².

Враховуючи комплексний характер концепції «від лану до столу», контроль безпечності харчових продуктів, призначених для споживання людиною, має охоплювати в тому числі й контроль за виробництвом та обігом кормів, призначених для продуктивних тварин, адже через вироблені з них або за їх допомогою харчові продукти тваринного походження відбувається опосередкований вплив кормів на здоров'я людини. У цьому зв'язку слід відмітити, що для послідовної реалізації зазначеної концепції у грудні 2017 року було прийнято ще один важливий євроінтеграційний закон, а саме: Закон України «Про безпечність та гігієну кормів»⁷³. В цьому законі закріплені правові норми, що ґрунтуються на вимогах Регламенту (ЄС) № 183/2005 Європейського Парламенту та Ради від 12 січня 2005 року, що закріплює вимоги

⁷² Regulation (EU) 2017/625 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products, amending Regulations (EC) No 999/2001, (EC) No 396/2005, (EC) No 1069/2009, (EC) No 1107/2009, (EU) No 1151/2012, (EU) No 652/2014, (EU) 2016/429 and (EU) 2016/2031 of the European Parliament and of the Council, Council Regulations (EC) No 1/2005 and (EC) No 1099/2009 and Council Directives 98/58/EC, 1999/74/EC, 2007/43/EC, 2008/119/EC and 2008/120/EC, and repealing Regulations (EC) No 854/2004 and (EC) No 882/2004 of the European Parliament and of the Council, Council Directives 89/608/EEC, 89/662/EEC, 90/425/EEC, 91/496/EEC, 96/23/EC, 96/93/EC and 97/78/EC and Council Decision 92/438/EEC (Official Controls Regulation)Text with EEA relevance // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R0625> (дата звернення:....).

⁷³ Закон України «Про безпечність та гігієну кормів» від 21.12.2017 р. // Відомості Верховної Ради України. 2018. № 10. Ст. 53.

щодо гігієни кормів⁷⁴, Регламенту (ЄС) №1831/2003 Європейського Парламенту та Ради від 22 вересня 2003 року про добавки, призначені для використання в харчуванні тварин⁷⁵ та Регламенту (ЄС) № 767/2009 Європейського Парламенту та Ради від 13 липня 2009 про розміщення на ринку та використання кормів⁷⁶.

В цілому за своєю структурою та основними вимогами Закон України «Про безпечність та гігієну кормів» нагадує Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів». Так, зокрема, подібно до вимог законодавства про харчові продукти цим законом передбачається обов'язок операторів ринку кормів розробляти, запроваджувати та використовувати постійно діючі процедури, засновані на принципах системи аналізу небезпечних чинників і контролю у критичних точках (НАССР). Щоправда, цей обов'язок не буде поширюватися на первинних виробників кормів, а також тих виробників, що транспортують, зберігають чи змішують корми для власного господарства (не використовуючи кормових добавок і преміксів, крім силосних)⁷⁷. Так само як і в харчовому законодавстві Закон України «Про безпечність та гігієну кормів» встановлює вимоги до організації системи простежуваності кормів за принципами «крок назад» і «крок вперед», закріплює цілу низку гігієнічних вимог до кормів тощо.

Водночас найбільший інтерес в зазначеному законі викликають правові норми, що регулюють питання державної реєстрації

⁷⁴ Regulation (EC) No 183/2005 of the European Parliament and of the Council of 12 January 2005 laying down requirements for feed hygiene (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32005R0183> (дата звернення: 21.07.2020).

⁷⁵ Regulation (EC) No 1831/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on additives for use in animal nutrition (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003R1831> (дата звернення: 12.08.2020).

⁷⁶ Regulation (EC) No 767/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the placing on the market and use of feed, amending European Parliament and Council Regulation (EC) No 1831/2003 and repealing Council Directive 79/373/EEC, Commission Directive 80/511/EEC, Council Directives 82/471/EEC, 83/228/EEC, 93/74/EEC, 93/113/EC and 96/25/EC and Commission Decision 2004/217/EC (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0767> (дата звернення: 17.08.2020).

⁷⁷ Бурило Ю. П. Корми в законі / AgroTimes. URL: <https://agrotimes.ua/article/kormi-v-zakoni/> (дата звернення: 03.06.2020).

кормових добавок. Раніше відповідні відносини регулювалися Законом України «Про ветеринарну медицину». Це пов'язано з тим, що кормові добавки подібно до ветеринарних препаратів можуть впливати на стан здоров'я тварин, а отже через харчовий ланцюг можуть мати опосередкований вплив на здоров'я людини. Відтак в обіг не можуть допускатися кормові добавки, що не пройшли процедуру державної реєстрації, під час якої з'ясується їх безпечність, якість та ефективність.

На відміну від досить поверхневого регулювання, що мало місце в Законі України «Про ветеринарну медицину», питанням державної реєстрації, виробництва, обігу та використання кормових добавок в Законі України «Про безпечність та гігієну кормів» присвячено чимало уваги. Насамперед новим законом визначені категорії та функціональні групи кормових добавок залежно від їх властивостей. Це має внести ясність щодо призначення цих добавок як під час їх державної реєстрації, так і під час їх обігу та використання.

Крім того, закріплено нові умови функціонування ринку кормових добавок, преміксів та готових кормів. Так, якщо раніше без державної реєстрації заборонялося виробництво, обіг та використання як кормових добавок, так і преміксів і готових кормів, то тепер така заборона стосується лише кормових добавок. Натомість, премікси та готові корми державній реєстрації більше не підлягають, а отже, їх можна виготовляти, продавати та використовувати без зайвих бюрократичних процедур.

Поряд із цим змінюється концептуальний підхід до державної реєстрації більшості категорій кормових добавок. Так, раніше виробництво, обіг та використання кормової добавки могла здійснювати лише та особа, яка мала реєстраційне посвідчення на кормову добавку, тобто особа, за зверненням якої кормова добавка була зареєстрована. Іншими словами, кормова добавка, так би мовити, прив'язувалася до конкретної особи. Це призводило до того, що кожен виробник або дистриб'ютер, який бажав виробляти, використовувати або продавати одну й ту саму кормову добавку, повинен був отримати на неї реєстраційне посвідчення. Таким чином, одна й та сама добавка реєструвалася декілька разів на різних заявників. Після набуття чинності новим Законом України «Про безпечність та гігієну кормів» ситуація має змінитися на краще, адже щодо більшості категорій кормових добавок прив'язки реєстрації до заявника більше не буде. Це означає, що після державної реєстрації кормової добавки її зможе виробляти,

використовувати у виробництві кормів та продавати будь-яка особа незалежно від того, чи була така особа заявником під час державної реєстрації цієї кормової добавки чи ні.

Щоправда, така лібералізація державної реєстрації стосуватиметься не всіх категорій кормових добавок. Тому введення в обіг зоотехнічних кормових добавок, кокцидіостатиків та гістомоностатиків, а також кормових добавок, які складаються, містять або виготовлені з генетично модифікованих організмів, і надалі дозволитиметься виключно тим операторам ринку кормів (їх правонаступникам, уповноваженим ними особам), за зверненнями яких відповідні кормові добавки були зареєстровані в Україні.

Таким чином, завдяки прийняттю Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» та Закону України «Про безпечність та гігієну кормів» на рівні первинного законодавства сформована певна нормативно-правова основа для подальшого впровадження європейських стандартів щодо безпечності кормів та харчових продуктів.

Разом з тим розбудова сучасного національного законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів піднімає низку питань як теоретичного, так і практичного характеру, які вимагають наукового осмислення. Так, перше очевидне питання, що постає в цьому контексті на тлі апроксимації законодавства України до відповідного законодавства Європейського Союзу – це співвідношення законодавства про харчові продукти та законодавства про корми. Актуальність цього питання обумовлена тим, що державний контроль безпечності харчових продуктів, як вже зазначалося, охоплює не тільки безпечність самих харчових продуктів, а включає в себе також контроль кормів, які, хоча й опосередковано через харчові продукти тваринного походження, але, все ж таки, впливають на здоров'я людини. Відповідь на це питання має значення насамперед тому, що надає можливість краще зрозуміти структурні особливості та внутрішні взаємозв'язки законодавства України та Європейського Союзу.

Оскільки Україна взяла на себе зобов'язання максимально наблизити своє законодавство у сфері санітарних та фітосанітарних заходів до відповідного законодавства Європейського Союзу, наша країна значною мірою, хоча й не завжди буквально і не завжди послідовно, все ж таки, слідує у фарватері розвитку законо-

давства Європейського Союзу. Тому необхідно спочатку поглянути на підняте питання з точки зору права Європейського Союзу. Відповідно до положень Регламенту (ЄС) № 178/2002, який закріплює основні принципи, терміни та вимоги харчового законодавства, зазначене законодавство включає в себе закони, постанови (правила) та адміністративні положення, що регулюють суспільні відносини щодо харчових продуктів в цілому, зокрема в частині їх безпечності, як на рівні Європейського Союзу, так і на національному рівні країн-членів, та поширюються на виробництво, переробку та обіг харчових продуктів, а також кормів, що виробляються або згодовуються продуктивним тваринам. Отже, судячи з цього визначення, законодавство про харчові продукти включає в себе, серед іншого, й нормативно-правові акти, що стосуються кормів. З точки зору безпечності харчових продуктів для людини в такому підході є своя очевидна логіка, адже неможливо забезпечити безпечність харчових продуктів тваринного походження, не забезпечивши при цьому безпечності кормів для продуктивних тварин, враховуючи харчовий ланцюг (корми – продуктивні тварини – продукти тваринного походження – людина).

Все-таки, теза про те, що законодавство про харчові продукти включає в себе, зокрема, й законодавство про корми, не завжди узгоджується з положеннями інших актів законодавства Європейського Союзу, в яких терміни «законодавство про харчові продукти» та «законодавство про корми» вживаються паралельно один до одного, а отже, вважаються різними галузями. Приклади цього можна побачити навіть у назві вже згаданих Регламенту (ЄС) 882/2004 та Регламенту (ЄС) 2017/625.

Слід зазначити, що в Україні при прийнятті нових законодавчих актів у сфері санітарних та фітосанітарних заходів вдалося уникнути зазначеної термінологічної неузгодженості, наявної в Європейському Союзі. Так, в Законі України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» терміни «законодавство про харчові продукти» та «законодавство про корми» мають окремі визначення та вживаються по тексту одночасно, а отже, можуть вважатися окремими галузями національного законодавства. Хоча з сутнісної точки зору такий підхід не можна вважати досконалим, адже кінцевою метою нормативно-правового регулювання суспільних відносин як щодо харчових продуктів, так і щодо кормів є здоров'я людини, а отже, має йтися про єдину галузь законодавства, з

практичної точки зору в українських реаліях розрізнення законодавства про харчові продукти та законодавства про корми є доцільним. Справа в тому, що в Україні превалує буквальне тлумачення права, а отже, коли йдеться, наприклад, про притягнення до відповідальності за порушення того чи іншого законодавства важко було б довести, що законодавство про харчові продукти насправді поширюється також на корми.

Поряд з концепцією «від лану до столу» одним із наріжних принципів європейської, а тепер вже й української системи контролю безпечності харчових продуктів є ризико-орієнтований підхід до організації заходів державного контролю на всіх стадіях виробництва та обігу харчових продуктів. Справа в тому, що забезпечити суцільний державний контроль всієї харчової продукції практично неможливо з суто економічних міркувань, адже такий контроль вимагатиме занадто багато людських, технічних та фінансових ресурсів, а отже, є недоцільним. Тому більш раціональним є державний контроль, що ґрунтується на ризико-орієнтованому підході.

Суть ризик-орієнтованого підходу полягає в тому, що частота проведення заходів державного контролю та їх характер повинні залежати від ступеня ризику, пов'язаного з виробництвом чи обігом того чи іншого харчового продукту. Так, зокрема, харчові продукти тваринного походження (м'ясо, молоко, яйця та ін.) становлять підвищений ризик для життя та здоров'я людини, оскільки через такі продукти можуть передаватися ряд інфекцій (хвороб) від тварини до людини, наприклад, сальмонельоз. У зв'язку з цим заходи державного контролю на підприємствах, де здійснюються виробництво або обіг таких продуктів, мають проводитися частіше, ніж на підприємствах, де виробляються або реалізуються харчові продукти нетваринного походження (хліб, печиво та ін.). Відтак для вдалої організації заходів державного контролю критично важливою є правильна оцінка ризиків.

З прийняттям Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» ще одним важливим інструментом нової системи державного контролю стали інспектування без попереднього повідомлення суб'єкта господарювання. Без таких несподіваних інспектувань неможливо забезпечити ефективність державного контролю безпечності харчових продуктів та кормів, про що свідчить не тільки європейський, а й власний український досвід.

Приклад неефективності державного контролю в цій сфері, що існувала до прийняття зазначеного закону, навів голова Державної служби України з питань безпеки харчових продуктів та захисту споживачів В. І. Лапа. Так, за його словами, для того, щоб представники зазначеного компетентного органу мали можливість вийти на перевірку, споживач має купити пончик або будь-який інший вид харчової продукції, переконавшись, що він не відповідає вимогам законодавства і написати скаргу у відповідний територіальний орган. Скарга дається на погодження до центрального апарату, а потім – до органу формування політики. У випадку небезпечності харчового продукту – це Міністерство аграрної політики і продовольства України. В середньому час між скаргою і фактичним виходом на перевірку це щонайменше місяць-півтора, і зрозуміло, що за цей час на полицях вже знаходиться інший пончик або інший вид продукції⁷⁸.

Тому норма про перевірки без попереджень була вкрай необхідною. Не можна сказати, що така правова норма є абсолютно новою для вітчизняного законодавства. Попередня редакція Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпеки та якості харчових продуктів» теж містила норму про перевірки без попереднього повідомлення. Однак, як слушно зазначає з Є. Горовець, ці положення були мертвими і реально не працювали, тому що суперечили Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», яким передбачено обов'язок контролюючого органу попередити підприємство про перевірку за 10 днів до її початку. Відповідний конфлікт між нормами двох законів усувається Законом України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти», тож бізнес має бути готовий до попередньо не анонсованих візитів державних інспекторів⁷⁹.

Водночас, враховуючи європейську практику та вимоги відповідного законодавства Європейського Союзу, в новітньому українському законодавстві про державний контроль безпеки харчових продуктів та кормів закріплена норма про обов'язко-

⁷⁸ Безпечні продукти на столі: як відкрити споживачам можливості, закладені в угоді про асоціацію з ЄС? URL: <https://medium.com/@reforms/> (дата звернення 01.07.2020).

⁷⁹ Горовець Є. До яких законодавчих новацій слід підготуватися виробникам харчових продуктів / Agrotimes. URL: <http://www.agrotimes.net/journals/article/kontrolnadya-biznesu> (дата звернення: 10.07.2020).

вість попереднього повідомлення у разі проведення такої специфічної форми контролю як аудит постійно діючих процедур, заснованих на принципах НАССР. У випадку аудиту таке попередження, що має здійснюватися за три робочі дні до його початку, об'єктивно необхідне для підготовки необхідної документації, що стосується НАССР, без чого неможливо ефективно провести відповідний захід державного контролю.

Іншим важливим нововведенням Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» є розширення переліку підстав позапланових перевірок, що можуть проводитися стосовно підприємств харчової індустрії та підприємств, які займаються виробництвом кормів. Йдеться про норму частини четвертої статті 18 зазначеного закону, відповідно до якої заходи державного контролю можуть здійснюватися позапланово у разі виявлення невідповідності або появи обґрунтованої підозри щодо невідповідності. Отже, наприклад, якщо під час планового інспектування супермаркету державний (ветеринарний) інспектор зафіксував порушення вимог щодо маркування або інших вимог законодавства, яким має відповідати харчовий продукт, це порушення або навіть підозра щодо вчинення може стати підставою для подальшого позапланового інспектування іншого підприємства – виробника цього продукту.

Хоча в цілому поява зазначеної норми є виправданою, оскільки сприяє оперативному реагуванню на порушення законодавства про харчові продукти та корми, а також посилює охорону громадського здоров'я, в ній водночас закладені певні ризики і наявний потенціал для довільного та маніпулятивного тлумачення. Особливо це стосується терміна «обґрунтована підозра щодо невідповідності». Так, якщо стосовно невідповідності як підстави для подальшого проведення позапланового заходу все більш-менш зрозуміло (спочатку фіксується порушення законодавства, яке в подальшому тягне за собою проведення позапланового заходу державного контролю), то така підстава як «обґрунтована підозра щодо невідповідності» може тлумачитися по-різному. Зокрема, це може бути заява до територіального органу Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів одного суб'єкта господарювання про порушення законодавства про харчові продукти іншим суб'єктом господарювання. Одна справа, коли така заява дійсно є обґрунто

ваною і має під собою фактичні підстави, зовсім інша – коли таке звернення про правопорушення використовується одним суб'єктом господарювання як інструмент у конкурентній боротьбі проти іншого господарюючого суб'єкта. Оскільки норма про обґрунтовану підозру є ще зовсім новою, відповідь на питання: наскільки виправданою та ефективною є зазначена норма зможе дати лише правозастосовча практика.

Слід зазначити, що підняте питання щодо тлумачення терміну «обґрунтована підозра» до певної міри пов'язано з побоюваннями щодо зростання корупційних чинників, оскільки посадові особи відповідних контролюючих органів теж можуть піддатися спокусі довільно тлумачити цей термін. Разом з тим було б неможливо повністю реалізувати базові європейські принципи державного контролю безпечності харчових продуктів та кормів без таких широких категорій як обґрунтована підозра. Справа в тому, що в Європейському Союзі відповідні компетентні органи країн-членів традиційно наділені дуже широкими дискреційними повноваженнями щодо контролю безпечності харчових продуктів та кормів. Так, відповідно до Регламенту (ЄС) 882/2004 та більш пізнього Регламенту (ЄС) 2017/625 компетентні органи, відповідальні за контроль безпечності харчових продуктів та кормів, уповноважені призупиняти діяльність або закривати потужності з виробництва та обігу харчових продуктів та кормів на будь-який період часу, необхідний для усунення виявлених порушень.

На відміну від країн-членів Європейського Союзу в Україні компетентний орган, що здійснює державний контроль безпечності харчових продуктів та кормів, таких необмежених повноважень закривати потужності з виробництва та обігу харчових продуктів або кормів немає. Відповідно до статті 67 Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» головний державний інспектор (головний державний ветеринарний інспектор) уповноважений приймати рішення лише про тимчасове припинення виробництва та/або обігу харчових продуктів та/або кормів, якщо таке виробництво та/або обіг становлять загрозу для життя та/або здоров'я людини та/або тварини на строк, що не перевищує 10 робочих днів.

У разі якщо усунення виявленого порушення потребує більшого строку, для припинення роботи потужності з виробництва або обігу харчових продуктів чи кормів державний інспектор

(державний ветеринарний інспектор) звертається з позовом до адміністративного суду. Такий підхід до визначення повноважень державних інспекторів (державних ветеринарних інспекторів) призупиняти роботу потужностей з виробництва та обігу харчових продуктів та кормів, безумовно, не дотягує до відповідних європейських стандартів та є свого роду компромісом між європейською моделлю державного контролю безпечності харчових продуктів та кормів і прагненням запобігти проявам корупції з боку державних службовців. Можливо в майбутньому після зниження загального рівня корупції в країні Україна зможе повною мірою адаптувати своє національне законодавство до відповідних норм законодавства Європейського Союзу.

Хоча основною метою гармонізації законодавства України про харчові продукти із законодавством Європейського Союзу є захист здоров'я людини – це не єдине його завдання. Не менш важливим результатом цього процесу є розширення можливостей для експорту вітчизняних харчових продуктів на європейські та світові ринки. Логіка тут проста – якщо український виробник дотримується тих самих вимог щодо безпечності харчових продуктів під час їх виробництва, що й у Європейському Союзі, і якщо система державного контролю безпечності харчових продуктів в Україні працює за європейськими принципами, така продукція викликає довіру, а отже, її легше просувати на зовнішніх ринках.

Водночас, попри певні успіхи у наближенні законодавства України у сфері санітарних та фітосанітарних заходів до законодавства Європейського Союзу, для того щоб в Україні повною мірою запрацювала європейська система безпечності харчових продуктів та кормів, ще доведеться пройти чималий шлях. Так, зокрема, для створення механізму реалізації положень нещодавно прийнятих законів, що стосуються безпечності харчових продуктів та кормів, ще необхідно прийняти чимало підзаконних нормативно-правових актів. Так, зокрема, Закон України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» передбачає прийняття понад 40 постанов Кабінету Міністрів України та наказів центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері безпечності та окремих показників якості харчових продуктів та у сфері ветеринарної медицини.

Крім того, потребує істотного оновлення з урахуванням європейських вимог ветеринарне законодавство. Так, зокрема,

останнім часом увага громадськості дедалі більше прикута до проблем медичної реформи, що не в останню чергу пов'язано з пандемією коронавірусу. Водночас значно менше уваги у засобах масової інформації приділяється проблемам ветеринарної медицини. На перший погляд, проблеми ветеринарної медицини не впливають безпосередньо на людину, тому і уваги до них менше. Однак чимало інфекцій передаються від тварин до людини. Лептоспіроз, сибірка, сказ, пташиний грип – це далеко неповний список таких небезпечних хвороб. Тому, насправді, від здоров'я тварин, які нас оточують, залежить здоров'я кожного з нас. Водночас ветеринарна медицина безпосередньо впливає на галузь тваринництва, від якої залежить розвиток агропромислового комплексу, економічні показники та продовольча безпека країни. Отже, модернізація системи ветеринарної медицини теж має бути пріоритетним питанням для держави.

Оскільки Угода про асоціацію з Європейським Союзом, яку підписала Україна, передбачає зобов'язання нашої держави наблизити своє законодавство до законодавства ЄС, реформування системи ветеринарної медицини має відбуватися з урахуванням європейських стандартів. З цією метою протягом кількох останніх років тривала розробка нового законодавства у сфері ветеринарної медицини, насамперед проекту Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» (реєстр. № 3318), який має прийти на зміну чинному Закону України «Про ветеринарну медицину». Попри численні зміни та декілька оновлених редакцій Закон України «Про ветеринарну медицину», прийнятий ще у 1992 році, вже не повною мірою відповідає умовам сьогодення. Настав час для системного оновлення ветеринарного законодавства.

Отже, варто детально ознайомитися з тими нововведеннями, які містить проект Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» та які мають, врешті-решт, наблизити вітчизняне регуляторне середовище у сфері ветеринарної медицини до європейської моделі регулювання.

Одним із пріоритетних завдань цього законопроекту є вдосконалення механізму контролю інфекційних захворювань тварин. З цією метою в законопроекті встановлюється перелік хвороб тварин, що підлягають обов'язковому повідомленню, до яких належать: ящур, класична чума свиней, африканська чума свиней, чума (високопатогенний грип) птиці та африканська чума ко-

ней. Однак цей перелік не є вичерпним. У разі загрози виникнення чи поширення інших інфекційних хвороб тварин цей перелік може бути розширений на підзаконному рівні. Для цього в законопроекті встановлено низку критеріїв, на підставі яких оцінюватиметься потенційна небезпека від тієї чи іншої хвороби і вирішуватиметься питання про віднесення її до відповідного переліку.

Основна мета формування цього переліку хвороб полягає в тому, щоб виокремити найбільш небезпечні хвороби, що можуть мати найбільш руйнівні наслідки для здоров'я як тварин, так і людей, а також для економіки країни. Це надасть можливість зосередити ресурси держави на профілактиці та протидії саме цим хворобам, уникаючи надмірних витрат на боротьбу з іншими менш вірогідними та небезпечними хворобами. Саме навколо профілактики і боротьби з цими небезпечними хворобами і будуватиметься значна частина ветеринарно-санітарних заходів, передбачених цим законопроектом. Це, зокрема, розробка та виконання планів моніторингу хвороб, здійснення карантинних заходів тощо.

Важливою новацією законопроекту, покликаною посилити контроль за епізоотичною ситуацією в Україні є комплекс вимог щодо забезпечення простежуваності тварин під час їх переміщення з однієї потужності на іншу як в межах території України, так і під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності. Простежуваність є одним із наріжних каменів європейського підходу до захисту здоров'я тварин, що має на меті мінімізувати вірогідність поширення інфекційних хвороб.

Інший важливий блок правових норм, що містяться в цьому законопроекті та безпосередньо стосуються здоров'я тварин і опосередковано також здоров'я людей, присвячується ветеринарним препаратам. У порівнянні з чинним Законом України «Про ветеринарну медицину», в якому ветеринарним препаратам присвячено лише 11 статей, у проекті Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» ветеринарним лікарським засобам присвячується 31 стаття. Відтак ступінь деталізації вимог до ветеринарних лікарських засобів у зазначеному законопроекті значно вищий, ніж у чинному законі. Так, зокрема, значно розширений перелік категорій ветеринарних лікарських засобів, які мають відпускатися за рецептом, визначені детальні вимоги до первинного та вторинного маркування ветеринарних лікарсь-

ких засобів, особливості державної реєстрації генеричних, гібридних, комбінованих, гомеопатичних ветеринарних лікарських засобів, вимоги до організації клінічних досліджень ветеринарних лікарських засобів, детально регламентовані обов'язки операторів ринку ветеринарних препаратів тощо.

Серед нововведень у регулюванні ринку ветеринарних препаратів, передбачених законопроектом, слід виділити, зокрема, деякі основоположні зміни. Так, зокрема, варто звернути увагу, що передбачається перехід до безстрокової моделі державної реєстрації ветеринарних лікарських засобів. На разі ж ветеринарні препарати в Україні реєструються строком на п'ять років з можливістю подальшої перереєстрації. З точки зору операторів ринку ветеринарних препаратів це можна розглядати як суттєве адміністративне послаблення. Однак таке послаблення компенсується цілою низкою обов'язків операторів ринку ветеринарних препаратів, за заявами яких були зареєстровані відповідні ветеринарні лікарські засоби.

Більшість цих обов'язків пов'язана із здійсненням фармакологічного нагляду. Так, кожен власник реєстраційного посвідчення на ветеринарний лікарський засіб буде зобов'язаний створити та забезпечити функціонування системи збирання та аналізу інформації про можливі побічні реакції, зумовлені ветеринарними лікарськими засобами, постійно оцінювати баланс «ризик-користь» таких засобів, призначити кваліфіковану особу, відповідаєльну за фармакологічний нагляд, дотримуватися вимог належної практики фармакологічного нагляду щодо ветеринарних лікарських засобів, затверджених центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері ветеринарної медицини тощо.

Варто окремо наголосити, що зазначені обов'язки власників реєстраційних посвідчень на ветеринарні лікарські засоби є важливою складовою національної системи ветеринарного фармакологічного нагляду, на чолі якої стоїть компетентний орган, що проводить державну реєстрацію ветеринарних лікарських засобів. Зазначена система має функціонувати з метою гарантування безпечності та ефективності ветеринарних лікарських засобів шляхом безперервної оцінки їх балансу «ризик-користь».

Для збирання та аналізу інформації про можливі побічні реакції ветеринарних лікарських засобів компетентний орган має створити та забезпечити ведення бази даних ветеринарного фар-

макологічного нагляду. Власники реєстраційних посвідчень будуть зобов'язані вносити до цієї бази даних інформацію про всі побічні реакції на ветеринарні лікарські засоби, зареєстровані за їх заявами, що мали місце в Україні або за її межами та стали їм відомі, а також про відповідні можливі побічні реакції, описані в наукових фахових виданнях, не пізніше, ніж через 30 днів після отримання відповідної інформації.

Іншим важливим нововведенням на ринку ветеринарних препаратів згідно з проектом Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» має стати ліцензування всіх етапів виробництва та обігу ветеринарних лікарських засобів, тоді як згідно з чинним законодавством ліцензія необхідна лише на виробництво ветеринарних препаратів. У разі прийняття зазначеного законопроекту ліцензія стане також необхідною і для здійснення імпорту, оптової та роздрібної торгівлі ветеринарними лікарськими засобами. Запровадження ліцензування обігу ветеринарних лікарських засобів зумовлено безконтрольною торгівлею та значною кількістю фальсифікованих лікарських засобів, що завдає шкоди здоров'ю не лише тварин, а й людей, які споживають продукцію тваринного походження (м'ясо, молоко, яйця та ін.). Безконтрольна торгівля ветеринарними препаратами недопустима в умовах загрозливого зростання антибіотикорезистентності.

Для посилення захисту здоров'я тварин та населення від розвитку антибіотикорезистентності передбачається також низка обмежень щодо застосування протимікробних ветеринарних лікарських засобів (антибіотиків). Так, зокрема, забороняється застосування протимікробних ветеринарних лікарських засобів на постійній основі або для подолання наслідків неналежної гігієни, неналежної практики вирощування тварин, недостатнього догляду за ними або для посилення росту та продуктивності тварин. Так само забороняється застосування протимікробних ветеринарних лікарських засобів в профілактичних цілях, крім виняткових випадків, коли такі засоби застосовуються до окремої тварини чи обмеженої групи тварин у зв'язку з високим ризиком поширення інфекційної хвороби та високою вірогідністю тяжких наслідків такої хвороби. Застосування протимікробних ветеринарних лікарських засобів серед продуктивних тварин дозволяється тільки після визначення чутливості до них у збудника інфекційної хвороби, враховуючи його стійкість до таких засобів та їх діючих ре-

човин. Крім того, на спеціалістів ветеринарної медицини, які застосовують протимікробні ветеринарні лікарські засоби для лікування тварин, покладається обов'язок щоквартально звітувати про застосування цих засобів.

Серед прогресивних новел проекту Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» слід відзначити його спрямованість на лібералізацію умов ведення бізнесу в галузі тваринництва. У цьому зв'язку, зокрема, йдеться про зведення до необхідного мінімуму кількості дозвільних документів, необхідних для переміщення тварин, репродуктивного матеріалу та біологічного матеріалу. Тоді як чинне законодавство передбачає п'ять таких документів (міжнародний ветеринарний сертифікат, ветеринарне свідоцтво, ветеринарна довідка, ветеринарно-санітарний паспорт на тварину та ветеринарна картка), запропонований законопроект передбачає зменшення кількості цих документів до трьох.

Так, у законопроекті пропонується залишити міжнародний ветеринарний сертифікат для супроводження вантажів з тваринами, репродуктивним матеріалом та біологічними продуктами за межі України та ветеринарне свідоцтво для супроводження цих вантажів в межах території України. Ветеринарно-санітарний паспорт на тварину та ветеринарну картку пропонується об'єднати у єдиний документ – ветеринарний паспорт тварини. У ветеринарному паспорті фіксуватиметься інформація про власника тварини, опис тварини, відомості про її маркування, стан здоров'я, діагностику, вакцинацію, лікування, протиепізоотичні заходи щодо тварини, а також ветеринарно-санітарний стан господарства, в якому вона утримується.

Що також важливо, строк видачі ветеринарних документів має скоротитися з одного місяця до одного робочого дня. Ці документи можна буде отримати і використовувати як у традиційному паперовому вигляді, так і в електронній формі.

Чимало уваги в проекті Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» приділяється вимогам до забезпечення благополуччя тварин. Серед іншого, це пояснюється тим, що в Європейському Союзі питання благополуччя тварин сприймається не менш гостро, ніж власне питання захисту здоров'я тварин, адже вважається, що належні умови утримання, транспортування, якісне годування і поїння тварин – це неодмінні передумови захисту їх здоров'я. Саме тому у зазначеному зако-

нопроекті вимогам щодо благополуччя тварин присвячений окремий розділ, який тісно інтегрований з іншими нормами цього законопроекту. Більш того, норми про благополуччя тварин, які прописані у проекті закону, мають бути розвинуті на підзаконному рівні для того, щоб досягти того рівня деталізації, що існує в Європейському Союзі.

Однак, якщо з точки зору представників зоозахистних організацій високі європейські стандарти благополуччя тварин є безумовним благом, то для представників агробізнесу в галузі тваринництва адаптація до цих вимог є непростим завданням, яке потребуватиме суттєвих інвестицій у модернізацію тваринницьких потужностей. Проте впровадження європейських стандартів благополуччя тварин є рухом у правильному напрямку, що має, врешті-решт, вивести вітчизняну тваринницьку галузь на новий якісний рівень.

Європейський підхід до побудови законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів також вимагає уніфікації процедур державного контролю на всіх стадіях харчового ланцюга, так би мовити «від лану до столу». Відтак в проекті Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» передбачається продовження реформи системи державного контролю в агрохарчовому комплексі, розпочатої у 2017 році з прийняттям Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» № 2042. Заходи державного контролю за дотриманням законодавства про ветеринарну медицину та благополуччя тварин будуть здійснюватися на підставі закону № 2042.

Попри те, що проектом Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» передбачається доповнити закон № 2042 низкою норм, які відобразатимуть специфіку контролю за здоров'ям тварин, в цілому ж для контролю за дотриманням законодавства про ветеринарну медицину та благополуччя тварин застосовуватиметься уніфікована система заходів державного контролю, передбачена законом № 2042. Це надасть можливість перевести ветеринарно-санітарний контроль на сучасні європейські рейки, адже в основі цієї системи лежать такі базові принципи, як:

- ризико-орієнтований підхід;
- проведення заходів державного контролю без попереджень;

– прозорість державного контролю (акти державного контролю з вичерпним переліком питань для перевірки, можливість відеофіксації заходів державного контролю);

– захист інформації з обмеженим доступом, отриманої від суб'єкта господарювання під час здійснення заходів державного контролю.

Все це надасть змогу, з одного боку, підвищити ефективність державного контролю за дотриманням законодавства про ветеринарну медицину та благополуччя тварин, а з іншого – захистить інтереси бізнесу від неправомірних зазіхань з боку контролюючого органу.

Для забезпечення неухильного виконання вимог законодавства про ветеринарну медицину та благополуччя тварин законопроект передбачає внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення. Тоді як чинна редакція ст.107 цього Кодексу передбачає за будь-яке порушення ветеринарного законодавства штрафи у розмірі до 170 грн. для громадян та до 340 для посадових осіб, в оновленій редакції санкції значно суворіші. Так, за порушення вимог щодо застосування антибіотиків, що потенційно може призводити до вироблення антибіотикорезистентності як у тварин, так і у людей максимальний розмір штрафу може сягати 6800 грн.

Водночас за порушення законодавства про ветеринарну медицину та благополуччя тварин відповідальність нести будуть не лише пересічні громадяни та посадові особи, а й суб'єкти господарювання. Для цього передбачаються відповідні зміни до ст. 65 Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин». Зокрема, пропонується встановити відповідальність за: невиконання карантинних заходів (карантинних обмежень); порушення вимог щодо захисту здоров'я тварин; вимог щодо забезпечення благополуччя тварин; пропонування до реалізації або реалізацію незареєстрованих ветеринарних препаратів; невиконання вимог до безпечності, якості та ефективності ветеринарного препарату; надання недостовірної інформації під час державної реєстрації ветеринарного препарату; порушення вимог законодавства щодо ведення записів про побічні реакції на ветеринарні препарати, реєстрації таких побічних реакцій тощо.

Щодо перспектив проекту Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» № 3318 варто зазначити, що

він дійсно може наблизити українську ветеринарну медицину до європейського майбутнього. Втім станеться це чи ні залежить від багатьох факторів, зокрема від того, наскільки активно та ефективно діятимуть законодавча та виконавча гілки державної влади, адже від них напряму залежить його прийняття та виконання.

В якості узагальнення слід зазначити, що останніми роками після підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом наша країна здійснила досить масштабну реформу національного законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів. Втім зазначена реформа ще далека від завершення, адже поряд з прийняттям проекту Закону України «Про ветеринарну медицину та благополуччя тварин» № 3318 ще необхідно буде розробити та прийняти закон, що регулюватиме виробництво, обіг та застосування матеріалів, що контактують з харчовими продуктами, адже вони також впливають на безпечність того, що споживає людина. Водночас відкритими залишаються питання оновлення фітосанітарного законодавства та приведення його у відповідність із європейськими вимогами. Крім того, не варто забувати й про те, що ефективна реалізація вже прийнятих законів значною мірою залежить від вчасної розробки та прийняття чималої кількості підзаконних нормативно-правових актів, передбачених цими законами. Саме на цих проблемах і необхідно зосередити наукові дослідження та розробки вітчизняної юридичної науки.

ЕВОЛЮЦІЯ ЗМІСТУ СТАНДАРТИЗАЦІЇ ЯК ЗАСОБУ РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

На сьогодні питання регуляторної політики держави для забезпечення з допомогою права публічних та приватних інтересів є складовою економічної основи господарської діяльності і держави в цілому. У таких умовах стандартизація покликана поєднати інтереси громади, суспільства та держави з інтересами господарюючих суб'єктів. Внутрішня політика України покликана сприяти підйому й економічному розвитку національного виробника, захисту прав українських громадян на споживання продукції, безпечної для життя та здоров'я людини, а також охороні довкілля. Подальший розвиток національної стандартизації визначається стратегічним курсом України на інтеграцію до світової економіки. Ціла низка питань щодо сутності та ролі стандартизації, її значення для правового регулювання господарської діяльності й особливостей вимог стандартизації розглядатимуться далі.

Історичний погляд на стандартизацію. Розвиток стандартизації розпочався разом із технічним удосконаленням життя у людському суспільстві. Люди весь час намагалися уніфікувати міри, побутові речі, будівлі тощо. Тому з'явилася нагальна потреба у відборі та фіксуванні окремих (найбільш вдалих) результатів трудової діяльності з метою їх повторного використання. Таке повторення одного й того самого зразка було дуже зручним при розповсюдженні технологій та товарів по всьому світу. Численними є різноманітні приклади зародження елементів стандартизації, що з'явилися в осередках давніх цивілізацій (Китаї, Стародавній Греції, Єгипті). Ними стали створення мови, писемності, грошових одиниць, систем звітності та мір і ваг, одноманітне та взаємозамінне озброєння, частини будівель та інших конструкцій. Часто у різних історичних джерелах згадуються хети, які вперше ввели так звані стандартизовані будівлі та параграфами 229 і 232 ввели покарання за недотримання будівельних норм⁸⁰.

⁸⁰ Трофанчук Г. І. Історія держави і права зарубіжних країн: навч. посібник. К., 2006. 400 с. С. 41; Хрестоматія з історії держави і права України/упоряд. А. С. Чайковський (кер.), О. Л. Копиленко, В. В. Свистунов, Г. І. Трофанчук. К., 2003. 656 с. С. 14

Як свідчить історичний досвід, такі нововведення мали вагоме підґрунтя, яке і спричинило встановлення стандартизованих методів ведення бізнесу⁸¹.

У післявоєнні роки зростає роль стандартизації як засобу прискорення технічного прогресу, поліпшення якості продукції і створення основи для поширеної спеціалізації виробництва. Розробляються єдині системи нормативно-технічної, проектно-конструкторської і технологічної документації, міжгалузеві системи, у СРСР створюється Державна система стандартизації тощо. З 60-х років ХХ ст. активно почався розвиток наукової думки про стандартизацію та про необхідність її правового регулювання. У наступні роки вже йдеться про застосування економічних санкцій за випуск продукції, яка не відповідає вимогам стандартів і технічних умов⁸²; відбувається перетворення набутого досвіду в галузі стандартизації у практичну діяльність, удосконалюється Державна система стандартизації, яка визначає правила проведення робіт із стандартизації та прогресивні вимоги до якості продукції⁸³.

З подальшим розвитком економіки змінюється нормативно-правова база і в цій сфері. У 1988 році було ліквідовано галузеві нормативно-технічні документи та встановлено два рівні нормативно-технічної документації: державні (республіканські) стандарти та технічні умови. При цьому підкреслювалась необхідність забезпечити на практиці право підприємств самостійно затверджувати після погодження із споживачем технічні умови, технічні описи, зразки-еталони й іншу аналогічну документацію, що необхідна для випуску продукції. У перехідний до ринкових відносин період особливого значення набула робота з удоскона-

⁸¹ Енциклопедія Трипільської цивілізації / Бурдо Н. Б. (відп. секр.), Відейко М. Ю. (гол. ред.) та інші. К., 2004. Т. 1. Кн. 1. 703 с.

⁸² Венгеров А. Б., Мицкевич А. В. Закон и законность в хозяйственной деятельности. М., 1973. 64 с.; Волжин С. Н. Тема семинара: повышение эффективности мер, принимаем к нарушителям требования стандартов // Стандарты и качество. 1977. № 8. С. 83–84; Ринг М. П. Правовое регулирование научно-технического прогресса // Советское государство и право. 1972. № 2. С. 111–121 та інші.

⁸³ Бойцов В. В. Эффективность производства, стандарты и качество // Стандарты и качество. 1977. № 11. С. 3–8; Лаптин М. Н., Седлов П. А. Стимулирование технического прогресса // Советское государство и право. 1970. № 10. С. 90–94; Огрызков В. М. Регулирование качества продукции и стандартизация // Советское государство и право. 1970. № 8. С. 92–96.

лення законодавчих засад стандартизації, прийняття нових і переглянутих науково-технічних документів України, гармонізації вітчизняних стандартів із міжнародними тощо.

Важливо прослідкувати етапи створення національного законодавства зі стандартизації, адже до сьогодні в Україні діяльність у цій сфері регламентувалася близько 100 законами і декретами України, постановами та розпорядженнями Президента України та Кабінету Міністрів України. Якщо аналізувати етапи правового розвитку української стандартизації, то можна з певністю стверджувати, що правові засади вітчизняної стандартизації закладено у 1993 році Декретом Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.93 році № 46-93 з наступним схваленням комплексу основоположних стандартів Державної системи стандартизації України (ДСТУ 1–93), у яких йшлося про систему нормативних документів, адресованих усім користувачам незалежно від їх форми власності. Було вперше встановлено дві категорії стандартизованих положень (обов'язкові та рекомендовані), передбачено поступову заміну чинних радянських нормативно-технічних документів усіх рівнів національними з можливим використанням міжнародних стандартів. Розроблення нормативно-технічних документів було доручено вперше створюваним технічним комітетам із стандартизації (як неприбутковим організаціям), якими було запроваджено двомовне викладення тексту нормативно-технічних документів – українською та російською.

Наступним кроком удосконалення правової основи стандартизації став Закон України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 року № 2408–III. З цього часу ситуація суттєво змінилася, розпочалась активна перебудова системи та загальних засад функціонування національної стандартизації відповідно до принципів, прийнятих у розвинених країнах світу з ринковою економікою, хоча вади колишньої планової системи значною мірою залишалися невикорінними (наприклад, неповороткість системи, повільне впровадження новітніх досягнень науки та техніки у виробництво, а також внесення на їх основі змін у нормативно-технічні документи).

У Законі України «Про стандартизацію» було уточнено функції Держстандарту та запроваджено Раду із стандартизації як консультативно-дорадчий орган при Уряді, сформульовано вимоги до стандартів, які, зокрема, повинні відповідати ринковим потребам і запобігати введенню в оману споживачів. Пізніше

(при внесенні змін) відповідно до практики європейського законодавства (директив ЄС) акцент зроблено на добровільності застосування стандартів, а також розмежовано положення стандартів і законодавчих нормативно-правових актів (технічних регламентів). Іншими словами, були виокремлені законодавчо регульована та нерегульована сфери використання нормативних документів і запроваджено упорядкування першої з цих сфер документами нового типу – технічними регламентами. Технічний регламент визначено як нормативно-правовий акт, прийнятий органом державної влади, що встановлює технічні вимоги до продукції, процесів і послуг. Національні стандарти України мали на меті на добровільних засадах забезпечити підвищення конкурентоспроможності та безпечності продукції, робіт і послуг. У разі гармонізації національних стандартів та/чи інших нормативно-технічних вимог з вимогами документів ЄС вони могли ставати доказовою базою дотримання обов'язкових вимог технічних регламентів, тобто реалізовувати «презумпцію відповідності» основним (суттєвим) вимогам технічних регламентів, що їх стосуються. Одночасно з Законом України «Про стандартизацію» було прийнято Закон України «Про підтвердження відповідності» (від 17.05.2001 року № 2406–III). У ньому з'явився новий вид нормативно-технічних документів (технічні регламенти), що отримали статус урядового нормативно-правового акта. Було встановлено, що цей нормативно-технічний документ має містити: опис видів продукції, що підлягає обов'язковому підтвердженню відповідності; вимоги до такої продукції, які мають убезпечувати людей, тварин, рослини, майно і довкілля; процедури підтвердження відповідності таким вимогам.

У 2005 році наявні правові засади доповнено Законом України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» від 01.12.2005 року № 3164–IV (оновлену редакцію прийнято у 2007 році), в якому, нарешті, визначено поняття «технічне регулювання» як правове регулювання відносин у сфері встановлення, застосування та виконання обов'язкових вимог до продукції або пов'язаних із нею процесів, систем і послуг, персоналу й органів, а також перевірка їх дотримання шляхом оцінки відповідності та/або ринкового нагляду. Щоб не створювати або не призводити до створення зайвих перешкод у торгівлі, нормативно-технічні документи та процедури оцінки відповідності розробляються на основі:

- 1) міжнародних та регіональних стандартів, якщо вони вже

прийняті або перебувають на завершальній стадії розроблення, за винятком випадків, якщо вони є неефективними або невідповідними з огляду на недостатній рівень захисту або базові кліматичні, географічні умови, технологічні проблеми чи особливості держави, умови та суттєві технічні проблеми (якщо міжнародні стандарти не беруться за основу для нормативно-технічного документа, то дається письмове пояснення на запит заінтересованої сторони);

2) стандартів, технічних регламентів і процедур оцінки відповідності, або відповідних їх частин держав, що є членами відповідних міжнародних чи регіональних організацій, або з якими укладено відповідні міжнародні договори України (договори про взаємне визнання, розроблення та застосування стандартів, технічних регламентів і процедур оцінки відповідності);

3) наукових досягнень, знань і практики.

Водночас було внесено зміни до Закону України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 року № 2408-111, уточнено мету стандартизації в Україні, до якої додано підтримку розвитку та міжнародної конкурентоспроможності продукції в процесі торгівлі товарами та послугами. З'явилася і нова норма про прийняття і застосування органами стандартизації на території України Кодексу добродійної практики з розроблення, прийняття та застосування стандартів відповідно до Угоди СОТ про технічні бар'єри в торгівлі. Разом із тим не було скасовано залишки раніше вже відкоригованого Декрету Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.1993 року № 46-93, що втратив цінність у сфері стандартизації.

У 2003 році з прийняттям Господарського кодексу України (ст. 15) господарське законодавство офіційно збагатилося новими нормами з питань стандартизації. У ньому був поданий перелік нормативно-технічних документів, що застосовуються у господарській діяльності, це: державні стандарти України; кодекси ustalеної практики; класифікатори; технічні умови; міжнародні, регіональні та національні стандарти інших країн (застосовуються в Україні відповідно до чинних міжнародних договорів України).

Господарський кодекс України також закріпив коло суб'єктів стандартизації, до яких відніс: 1) суб'єктів господарювання, якщо на стандарти є посилання в нормативно-правових актах; 2) учасників угоди (контракту) щодо розроблення, виготовлення чи по-

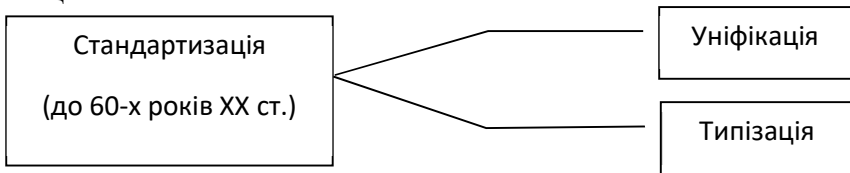
стачання продукції, якщо в ній (ньому) є посилання на певні стандарти; 3) виробника чи постачальника продукції, якщо він склав декларацію про відповідність продукції певним стандартам або застосував позначення цих стандартів у її маркуванні; 4) виробника чи постачальника, якщо його продукцію сертифіковано щодо вимог стандартів.

Зважаючи на перспективи вступу України до СОТ, у Господарський кодекс України було внесено такі застереження: 1) у разі виготовлення продукції на експорт, якщо угодою (контрактом) визначено інші вимоги, ніж ті, що встановлено нормативно-правовими актами України, дозволяється застосування положень угоди (контракту), якщо вони не суперечать законодавству України у частині вимог до процесу виготовлення продукції, її зберігання та транспортування на території України; 2) з метою запобігання наданню послуг і реалізації продукції, небезпечних для життя, здоров'я та майна громадян і довкілля, сприяння споживачеві у виборі продукції, створення умов для участі суб'єктів господарювання в міжнародному економічному, науково-технічному співробітництві та міжнародній торгівлі здійснюється сертифікація, тобто підтвердження відповідності якості продукції та послуг вимогам стандартів.

На сучасному етапі правові основи стандартизації в Україні визначають закони України «Про стандартизацію», «Про технічні регламенти та оцінку відповідності», «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» та інші. Політика в сфері технічного регулювання віддзеркалена також у правових нормах щодо якості продукції, які містяться в нормативних актах з широкого кола питань (Господарському кодексі України, законах України: «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про захист прав споживачів», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» тощо).

Еволюція змісту та основних засад стандартизації. Стандартизація відіграє суттєву роль при управлінні економікою для підвищення ефективності та продуктивності суспільного виробництва і поліпшення якості продукції. Вона акумулює найновіші досягнення науки і техніки, органічно поєднує фундаментальні та

прикладні галузі науки, сприяє швидкому впровадженню наукових досягнень у практику, допомагає визначити найбільш економічні та перспективні напрями розвитку науково-технічного прогресу і різних галузей економіки країни. З технічного погляду стандартизація сприймалася та сприймається як складний процес, до складу якого входять такі елементи, як типізація й уніфікація. Під типізацією розуміють втілення типових ознак у якомусь індивідуалізованому предметі, що входить до тієї або іншої видової чи родової групи⁸⁴. Уніфікацію сприймають як зведення до єдиної форми, системи, критеріїв чи нормативів⁸⁵. З іншого боку, типізація й уніфікація – це методи стандартизації, які можуть здійснюватися як самостійні види роботи та є передумовами стандартизації.



Сьогодні розуміння стандартизації лише як процесу дуже звужує її сутність, а тому не може відображати її регулюючий вплив. Ще у 60–70-ті роки ХХ ст. виникла наукова думка про те, що сутність стандартизації полягає у встановленні правил, загальних принципів і характеристик для загального та багаторазового застосування з метою захисту життя, здоров'я і майна людини, охорони довкілля й усунення загрози для національної безпеки⁸⁶.

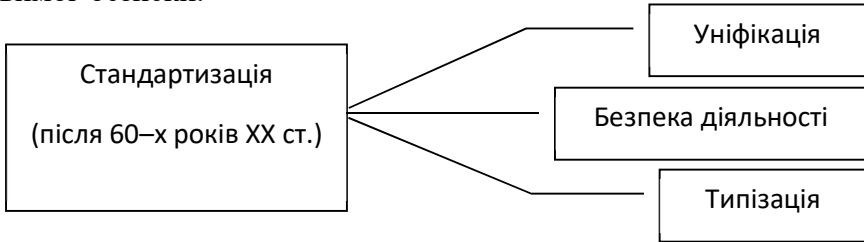
Свого часу в ГОСТ 1.0–68 (нині не діє) стандартизація визначалася як процес встановлення та застосування правил з метою упорядкування діяльності в певній сфері на користь і за участі

⁸⁴ Словник української мови: в 11-ти томах. Т. 10. 1979. 658 с. С. 117.

⁸⁵ Там само. С. 451.

⁸⁶ Добровольська В. В. Правове забезпечення державного регулювання економіки: монографія. Одеса, 2010. 258 с. С. 98, 105; Зверева Е. В. Обеспечение защиты прав потребителей в сфере хозяйственных отношений // Правове регулювання господарських відносин в окремих галузях економіки: напрями вдосконалення: зб. наук. пр./редкол. Мамутов В. К. (відп. ред.) та ін. Донецьк, 2008. С. 52–59; Юлдашев О. Х. Регуляторна реформа в Україні // Проблеми господарського права і методика його викладання: зб. наук. праць/редкол. Мамутов В. К. (відп. ред.) та ін. Донецьк., 2006. С. 51–62. С. 56.

усіх заінтересованих осіб для досягнення всезагальної оптимальної економії з дотриманням умов експлуатації (використання) та вимог безпеки.



Правила та вимоги містилися у стандарті, під яким розуміли зразок, еталон, модель, прийняті за вихідні для зіставлення з ними інших подібних об'єктів⁸⁷. Стандарт, як нормативно-технічний документ, встановлював комплекс норм, правил, вимог до об'єкта стандартизації і затверджувався компетентним органом. Ще раніше у 1952 році Міжнародною організацією стандартизації (ISO) було створено Комітет по вивченню наукових принципів стандартизації (STACO), який здійснює розроблення та перегляд визначення найважливіших термінів у галузі стандартизації. Починаючи з 1962 року, коли ISO прийняла перше визначення терміна «стандартизація», періодично відбувалось його уточнення, що відображало розвиток стандартизації, зумовлений рівнем розвитку науково-технічного прогресу. Сучасний термін у тлумаченні ISO має таке визначення: «стандартизація – це діяльність з метою досягнення оптимального ступеня упорядкування в певній галузі шляхом встановлення положень для загального і багаторазового використання реально існуючих чи можливих завдань»⁸⁸. Про безпекову мету стандартизації в офіційних міжнародних і національних документах прямо не йдеться, але коли розробляється окремий вид документа, то в ньому обов'язково зазначається необхідність врахування безпекових факторів.

Стандартизація є основою для такої важливої своєї ланки як технічне регулювання – від наукових розробок до експлуатації та

⁸⁷ ГОСТ 1.0-68 «Государственная система стандартизации. Основные положения». М., 1969. С. 4–5.

⁸⁸ Офіційні матеріали про перші 50 років діяльності ISO (1947–1997). Див.: Friendship among equals: Recollections from ISO's first fifty years. URL: https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/about%20ISO/docs/en/Friendship_among_equals.pdf (дата звернення: 25.05.2020).

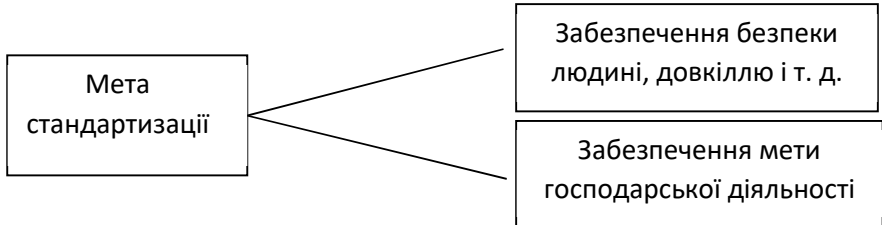
утилізації виробів. Стандартизація поєднує науку, техніку та виробництво, сприяє забезпеченню єдиної технічної політики в різних галузях економіки, технічному переозброєнню виробництва, широкому впровадженню сучасної техніки і процесів, механізації й автоматизації виробничих процесів, підвищенню якості товарів. Усе це створює умови для розвитку економіки країни. Характерною особливістю стандартизації є те, що сфера її дії та застосування, а також рівень розвитку мають широкий діапазон. Немає такої сфери діяльності людини, до якої б не було застосовано вимоги стандартизації. Адже з поширенням і поглибленням пізнання, розвитком науки та техніки, удосконаленням виробництва масштаби робіт значно зростають і поширюється сфера використання принципів стандартизації.

Метою сучасної стандартизації є встановлення положень, що забезпечують відповідність об'єктів стандартизації своєму призначенню та їх безпечність для життя, здоров'я, майна людей, збереження тварин, рослин і охорони природного довкілля, що створюють умови для раціонального використання всіх видів національних ресурсів, сприяють усуненню технічних бар'єрів у торгівлі та підвищенню конкурентоспроможності продукції до рівня розвитку науки, техніки і технологій та розвитку міжнародного економічного, наукового і технічного співробітництва. Досягнення цієї мети здійснюється шляхом розроблення, впровадження та застосування нормативно-технічних документів.

Стандартизація відповідно до мети має різні завдання. Вчені-юристи та фахівці суміжних галузей неоднаково формують основні завдання. Аналіз положень з нормативно-правових актів у сфері стандартизації дозволяє говорити про: реалізацію прав споживачів; відповідність об'єктів стандартизації своєму призначенню; технічну й інформаційну сумісність і взаємозамінність; збіжність та відтворюваність результатів контролювання і випробувань; безпеку господарських об'єктів, складних технічних систем, враховуючи допустимий ризик виникнення природних та техногенних катастроф і інших надзвичайних ситуацій; розвиток міжнародного та регіонального співробітництва; усунення технічних бар'єрів у торгівлі.

Аналізуючи мету стандартизації, ми доходимо висновку, що вона є організаційно-технічною основою усіх видів діяльності як на національному, так і на міжнародному рівнях. Зміцнення науково-технічних та економічних зв'язків привертає увагу до стандартизації усіх розвинених країн світу та країн, що розвиваються,

а також технічних, економічних, міжнародних, регіональних і національних організацій, підприємств та установ. Це є наслідком об'єктивної необхідності стандартизації в управлінні економічними і виробничими процесами.



Законодавчо в Україні стандартизація визначається як діяльність, що полягає у встановленні положень для загального і багаторазового застосування щодо наявних чи можливих завдань з метою досягнення оптимального ступеня впорядкування у певній сфері (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про стандартизацію»). Таким є визначення стандартизації як діяльності з встановлення правил. Разом із тим в Україні інколи застосовується підхід до розуміння стандартизації як процесу із забезпечення якості, коли законодавство про стандартизацію створює правову базу для визначення якості товарів, послуг тощо⁸⁹. Така позиція може пояснюватися тим, що останнім часом однією з ключових проблем науково-технічного та економічного розвитку країн є якість продукції. Поліпшення якості продукції (виробів, процесів, робіт, послуг) – це проблема не тільки споживча чи технічна, але й економічна, соціальна та політична⁹⁰. На нашу думку, лише після появи законодавства про стандартизацію можна говорити про появу законодавства про якість. Стандартизація завжди існувала завдяки господарській діяльності, але і сьогодні предмет правовідносин, які

⁸⁹ Добровольська В. В. Правове забезпечення державного регулювання економіки: монографія. Одеса, 2010. 258 с. С. 102.

⁹⁰ Колбасов О. С. Правовая охрана природы в СССР // Советское государство и право. 1967. № 10. С. 41–48. С. 41; Солоха Д. В., Беякова О. В. Законодавча складова управління розвитком ринку екологічно чистих товарів промислово розвиненого регіону // Напрями удосконалення протидії правопорушенням у сфері господарської діяльності: зб. наук. праць. К., 2010. С. 398–402. С. 398–399.

по суті регулює стандартизація, зазвичай називають продовольчою безпекою, безпекою харчування, якістю продукції⁹¹. Стандартизація є одним із інструментів управління господарською діяльністю. Так у Господарському кодексі України вона знаходить своє місце серед основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання. Деякі вчені вважають, що стандартизація й інші засоби регулюючого впливу держави зможуть урівноважити публічні та приватні інтереси, що дозволить суб'єктам господарювання зосередитися на підвищенні економічних показників⁹².

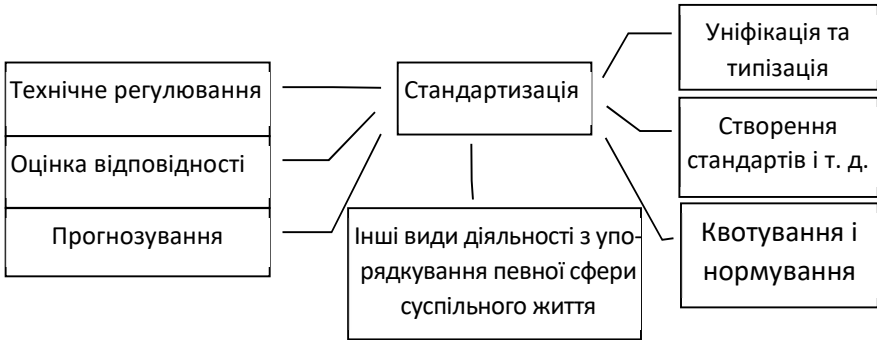
На нашу думку, сучасне розуміння стандартизації як регулятора господарської діяльності має бути ширшим і звучати так: «стандартизація – діяльність, що полягає в установленні та застосуванні положень для загального та неодноразового використання щодо наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері суспільного життя для забезпечення своєї мети».

У сучасному розумінні стандартизації слід говорити про дві складові: технічну та безпекову. Технічна є класичною, такою, що історично складалася і визначає технічні вимоги. Безпекова

⁹¹ Волкова Г. І. Еколого-правові проблеми виробництва і споживання екологічно чистої продукції // *Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора: сб. науч. тр. / редкол. Мамутов В. К. (отв. ред.) и др. Донецк, 2005. С. 89–92. С. 90–91; Раудсалу В. Ю. Общественное производство и охрана окружающей среды // XXVI съезд КПСС и правовые вопросы совершенствования хозяйственного механизма/отв. ред. В. В. Лаптев. М., 1982. С. 234–240. С. 234.*

⁹² Овчаренко Р. В. Правовое обеспечение соблюдения обязательных требований к качеству продукции // *Проблеми господарського права і методика його викладання: зб. наук. праць/редкол. Мамутов В. К. (відп. ред.) та ін. Донецьк, 2006. С. 295–307; Советское хозяйственное право: учебник/Л. К. Воронова, Г. В. Дручок, Г. Л. Знаменский/под общ. ред. И. Г. Побирченко. К., 1985. 335 с. С. 173; Шевердіна О. В. Правові аспекти державного регулювання господарської діяльності // *Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора: сб. науч. тр./редкол. Мамутов В. К. (отв. ред.) и др. Донецк, 2005. С. 177–180. С. 180; Маевский С. А. Об организационно-правовых формах государственного руководства техническим прогрессом промышленности // *Советское государство и право. 1963. № 2. С. 23–32. С. 24; Мамутов В. К. Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология, направления)/отв. ред. В. В. Лаптев. К., 1982. 238 с. С. 18. Брославский Л. И. Ответственность за качество/отв. ред. Б. И. Пугинский. М., 1987. 128 с. С. 3; Землеглазов К. Г. Роль и место стандартизации в научно-техническом прогрессе // *Стандарты и качество. 1968. № 5. С. 3–6. С. 5.****

виникла у середині ХХ сторіччя коли прийшло усвідомлення, що підвищення рівня життя нашого суспільства, яке є основною ознакою науково-технічного прогресу, не повинно вступати в протиріччя із суспільною необхідністю у збереженні довкілля та зміцненні здоров'я людини як основного показника у визначенні рівня розвитку суспільства.



Стандартизація проявляється у двох станах: як у статиці, так і динаміці. У статичному стані стандартизація закріплює положення, стандарти, регламенти та інші вимоги. У динаміці стандартизація працює у вигляді порівняння документально закріплених вимог та існуючих об'єктів стандартизації. Такі процедури називають оцінкою відповідності, результатом якої є видача документа про відповідність, яка ґрунтується на прийнятому після критичного огляду рішенні про те, що виконання визначених вимог було доведене (ст. 1 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності»). Стандартизація у її класичному (технічному) розумінні розглядалася лише у статиці, що не дозволяло і не дозволяє оцінити досягнення мети стандартизації та порівняти результат з метою господарської діяльності. Саме тому, реалізуючи свою гуманістичну та соціальну функцію, Україна запровадила процедури підтвердження відповідності товарів і послуг вимогам стандартизації. Таке підтвердження є складовою частиною стандартизації як процесу та одночасно застосовується як додатковий інструмент регулювання господарської діяльності. Оцінка відповідності має обов'язковий характер лише у разі чіткого зазначення у технічних регламентах (ст. 14 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності»). Цією процедурою підтверджується виконання визначених вимог, що стосу-

ються продукції, процесу, послуги, системи, особи чи органу. Законодавство України добровільною називає оцінку відповідності поза вимогами технічних регламентів, оскільки вона здійснюється на добровільних засадах, у будь-яких формах, включаючи випробування, декларування відповідності, сертифікацію та інспектування, та на відповідність будь-яким заявленим вимогам (ст. 24 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності»).

На нашу думку, добровільною можна вважати ту оцінку, що проводиться на основі внутрішніх вимог підприємства чи іншого суб'єкта господарської діяльності. Вважаємо, що документальне зазначення необхідності проведення оцінки відповідності (у договорах, при визначенні конкурсних, тендерних умов тощо) слід вважати обов'язковою. Підтвердження відповідності товарів і послуг має подвійну природу та може ставати як імперативом, що застосовується при статичному закріпленні вимог, так і диспозитивом, який використовують суб'єкти господарської діяльності. Це може бути і органічне поєднання імперативу та диспозитиву. Тоді держава реалізує свої функції із охорони життя та здоров'я людини і довкілля, а суб'єкт господарської діяльності забезпечує собі більш вигідне становище на ринку, вихід на інші ринки збуту тощо.

Окремо існують процедури підтвердження відповідності товарів (послуг), уживання або використання яких може створити небезпеку для життя та здоров'я людини чи навіть для довкілля. Такі товари і послуги зазвичай віднесені законодавством України до спеціально регульованої сфери та включені до спеціального реєстру. Підтвердження відповідності товарів і послуг, що містяться у таких переліках, відбувається шляхом застосування обов'язкових або добровільних процедур відповідності представленої продукції стандартам та/чи вимогам інших нормативно-технічних документів. Обов'язковими є такі, що прописані у конкретних технічних регламентах і забезпечуються шляхом застосування національних стандартів та/або технічних специфікацій, посилення на які містяться у відповідних технічних регламентах. При обов'язковому підтвердженні відповідності у технічному регламенті чітко зазначаються способи відповідності: 1) відповідність нормативно-технічним документам є єдиним способом або 2) така відповідність є одним із способів задоволення відповідних вимог технічного регламенту (ст. 11 Закону України «Про техні-

чні регламенти та оцінку відповідності»). Тобто може застосовуватися презумпція відповідності об'єктів оцінки національним стандартам, перелік яких затверджений відповідним центральним органом виконавчої влади. Об'єктами оцінки відповідності можуть ставати не лише конкретний матеріал, продукція, установка, процес та/чи послуга, а й система, особа чи орган, щодо яких застосовується оцінка відповідності.

Здійснення добровільної оцінки відповідності не встановлюється технічними регламентами. Таке підтвердження відповідності здійснюється на добровільних та/чи договірних засадах, у будь-яких формах, включаючи випробування, декларування відповідності, сертифікацію та інспектування, а також підтвердження відповідності будь-яким заявленим вимогам. Добровільне підтвердження відповідності забезпечує суб'єкту господарської діяльності привабливість продукції для споживача, підвищення конкурентоспроможності продукції, надає переваги під час участі у тендерах, впевненість виробника або постачальника продукції в її якості.

Законодавство України передбачає, що документами про відповідність є декларація (в тому числі декларація про відповідність), протокол (у тому числі протокол випробувань), звіт, висновок, свідоцтво, сертифікат (у тому числі сертифікат відповідності) або будь-який інший документ, що підтверджує виконання визначених вимог, які стосуються об'єкта оцінки відповідності (ст. 1 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності»). Усі перелічені документи відіграють величезну роль при виведенні товарів і послуг на ринок, у тому числі при прийнятті українською митницею рішення про пропуск тієї чи іншої продукції на територію країни. Часто документ про відповідність вимагають доброчесні суб'єкти господарської діяльності, адже внутрішній контроль за якістю може приймати лише перевірені товари та послуги, що є складовою успішного і безпечного ведення бізнесу та дозволяє уникнути (попередити) непередбачувані витрати.

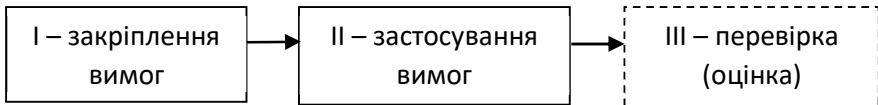
З метою отримання конкурентних переваг суб'єкти господарської діяльності, що отримали документ про відповідність, мають право використовувати знак відповідності⁹³. Йдеться про спеціальне інформаційне маркування, за допомогою якого виробник

⁹³ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження форми, опису знака відповідності технічним регламентам, правил та умов його нанесення» від 30.12.2015

вказує, що продукція відповідає вимогам, які застосовуються до зазначеної продукції та визначені в технічних регламентах.

Підтвердження відповідності за допомогою процедури оцінки часто є необов'язковим (додатковим) етапом стандартизації, що може завершити процес правореалізації або створити передумови для настання як позитивних, так і негативних наслідків для суб'єктів господарської діяльності.

Етапи стандартизації



Висновки. У підсумку слід зазначити, що стандартизація проявляється як у статичі, так і динаміці. У статичному стані стандартизація закріплює положення, стандарти, регламенти та інші вимоги. У динаміці стандартизація працює у вигляді порівняння документально закріплених вимог та існуючих об'єктів стандартизації. Стандартизація у її класичному (технічному) розумінні розглядалася і розглядається лише у статичі, що не дозволяло і не дозволяє оцінити досягнення мети стандартизації та порівняти результат із метою господарської діяльності. Ми пропонуємо нове визначення стандартизації як діяльності, що полягає в установленні і застосуванні положень для загального та неодноразового використання щодо наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері суспільного життя для забезпечення мети стандартизації. Стандартизація включає в себе технічне регулювання та оцінку відповідності.

ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ УГОДИ TRIPS ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПНОСТІ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ В УМОВАХ COVID-19

Актуальність питань розвитку конкуренції фармацевтичних ринків, насамперед, пов'язана з динамічним розвитком їх безпосереднього впливу на життя і здоров'я населення країн. В умовах пандемії коронавірусу COVID-19 в світі посилюються ризики вчинення окремими учасниками фармацевтичних ринків або групами учасників дій щодо постачання лікарських засобів, які можуть призвести до економічно необґрунтованого підвищення цін на лікарські засоби або штучного створення дефіциту товарів. Державні органи рекомендують суб'єктам господарювання утриматися від будь-яких дій, що можуть містити ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції та можуть призвести до зростання цін на фармацевтичну продукцію.

Фармацевтична галузь є складним елементом у структурі економіки країн, що поєднує ринкові механізми (взаємодія між споживачами (пацієнтами), посередниками (оптовими й роздрібними), виробниками лікарських засобів та органами охорони здоров'я) з виконанням соціальної функції у сфері забезпечення населення лікарськими засобами, реалізуючи право кожного громадянина на одержання медичної допомоги.

Зростаючі обсяги фармацевтичних ринків, високі темпи підвищення цін на ліки, дефіцит окремих товарів, необхідність ефективного витрачання бюджетних коштів та соціальна значимість ринків лікарських засобів для держави і суспільства в цілому змусили антимонопольні органи більш ретельно проводити дослідження і змінити погляди на концентрацію ринків. Адже від ступеня розвитку конкуренції на фармацевтичних ринках безпосередньо залежить доступність медичної допомоги для населення¹.

Ці дослідження довели, що фармацевтична галузь Східної Європи значною мірою захоплена багатонаціональними компаніями, що має неоднозначні наслідки. Суб'єкти господарювання у

¹ Миронишина О. Економічні аспекти функціонування міжнародної системи патентного захисту у фармацевтичному секторі. Вісник Львів. ун-ту. Серія екон. 2008. Вип. 40. С. 158–163. URL: http://www.lnu.edu.ua/faculty/ekonom/Visnyk_Econom/2008_40/35_O_Myronyshyna.pdf (дата звернення: 20.08.2020).

складі мультинаціональних компаній меншою мірою реагують на негативні виклики зовнішнього середовища. Спільним для всіх фармацевтичних транснаціональних компаній, що діють на ринках Східної Європи і, зокрема, України, є: сильні позиції на більшості стратегічних світових фармацевтичних ринках; глобальна інтегрованість, що дозволяє не враховувати національні особливості; реалізація гнучкої стратегії публічних закупівель; глобальна структура виробництва; глобальна організація науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт; глобальна організація маркетингу, яка забезпечує стратегічну спрямованість на інтереси/потреби клієнтів. Таким чином, можна прогнозувати, що небезпека глобальних пандемій, зокрема COVID-19, призведе до інтенсифікації процесів злиття/поглинань (створення альянсів) у світовій фармацевтичній промисловості, а це, в свою чергу, призведе до тотальної олігополізації фармацевтичних ринків².

При формуванні в Україні ефективної державної політики у сфері обігу лікарських засобів та фармацевтичної діяльності важливо не тільки враховувати національні особливості, стан розвитку економіки, пріоритети у соціальній сфері, а й використовувати позитивний досвід різних країн, вивчення якого і обумовило актуальність даного дослідження.

Метою дослідження є аналіз найбільш актуальних проблем міжнародного досвіду захисту прав інтелектуальної власності лікарських засобів з точки зору захисту та розвитку економічної конкуренції та використання досвіду провідних країн світу у забезпеченні доступності лікарських засобів для населення.

Основна частина. Досвід індустріально розвинених країн свідчить, що захист інтелектуальної власності був і залишається одним з найпотужніших інструментів економічного розвитку, збільшення експортних можливостей і розповсюдження нових технологій. Для світової фармацевтичної промисловості економічні аспекти захисту прав інтелектуальної власності на винаходи та торговельні марки мають особливе значення. Виробники оригінальних фармацевтичних брендів захищають свої виключні права різними шляхами, в першу чергу, за допомогою інструментів права промислової власності.

² Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугасенко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. С. 13.

З 1970 р. витрати на науково-дослідні та дослідно-конструкторські розробки (далі – НДДКР) у фармацевтичному секторі неухильно зростають, подвоюючись приблизно кожні 5 років. Починаючи з 1980 р., провідні фармацевтичні компанії постійно збільшують частку прибутку від продажів, що спрямовується на фінансування науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт, яка, в середньому, досягає сьогодні 15 %³. Безумовно, що пандемія COVID-19 призвела до зростання цих показників в середньому на 10 – 15 %.

Нині спостерігається тенденція до посилення ефективності використання виключних режимів патентного захисту з загальносвітовому вимірі. Це, насамперед, стосується сфери фармацевтики, для якої, через величезні і все зростаючі витрати на створення нових ліків і надзвичайно високі супутні ризики, правова охорона винаходів особливо важлива⁴ [2]. Ми можемо спостерігати як найбільші товаровиробники за підтримки власних урядів змагаються у швидкості розробки та апробування вакцин від COVID-19. Одночасно з цим ВООЗ та інші міжнародні організації намагаються створити умови вільного доступу до ринку вакцин з метою подолання COVID-19. Паралельно цьому продовжується дискусія з приводу надмірної жорсткості патентного законодавства у сфері обігу лікарських засобів, що обмежує, на думку багатьох, доступ населення бідних країн до новітніх фармакотерапевтичних технологій і сприяє монополізації ринку та зростанню цін з метою отримання надприбутків. Таким чином, проблема захисту фармацевтичних патентів досить актуальна і має низку тісно пов'язаних між собою економічних, соціально-політичних і етичних аспектів [2, с. 176].

Патентний захист є найважливішим елементом системи охорони інтелектуальної власності. Основою його застосування та

³ Миронишина О. Економічні аспекти функціонування міжнародної системи патентного захисту у фармацевтичному секторі. Вісник Львів. ун-ту. Серія екон. 2008. Вип. 40. С. 158. URL: http://www.lnu.edu.ua/faculty/ekonom/Visnyk_Ekonom/2008_40/35_O_Myronyshyna.pdf (дата звернення:01.07.2020).

⁴ Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугасенко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. С. 176.

використання є обмежений період виняткових прав на виготовлення, використання і продаж суспільству нової субстанції, технології тощо, що дають можливість протягом вказаного періоду винагороджувати винахідників (фізичних осіб або організації) за ризику, на які вони погоджуються на етапі НДДКР, і компенсувати їх витрати на цю діяльність. Патент можна вважати своєрідним символом винахідницької діяльності та розглядати як стимулятор прогресу. Суспільне значення патентної охорони фармацевтичної продукції (включаючи вакцини) добре відоме. Зокрема, зазначимо, що:

1) більше 90% нині представлених на ринку ліків є результатом прикладних наукових досліджень, проведення яких стало можливим тільки за наявності такого стимулу, як виняткове право ринкового продажу, що забезпечується патентним захистом;

2) патентна охорона встановлює необхідну рівновагу між природним прагненням винахідників до компенсації витрат і потребами суспільства в нових ефективних лікарських засобах;

3) при високому рівні патентного захисту стає неможливим для виробників випускати фармацевтичні препарати низької якості, які здатні заподіяти серйозну шкоду здоров'ю людей;

4) ефективний патентний захист надає виробникам час, необхідний для навчання фахівців належному використанню нових лікарських засобів і методів лікування.

У сфері патентного захисту діють регіональні угоди і конвенції. Особливе значення для світової фармацевтичної галузі має Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – Угода TRIPS), яка була прийнята в рамках Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів (у 1986 – 1993 роках) у рамках Всесвітньої торгової організації та набула чинності 01 січня 1995 р.⁵ Метою Угоди була гармонізація національних законодавств про охорону інтелектуальної власності та забезпечення стандартів захисту інтелектуальної власності, які потрібно включити до національного патентного законодавства.

Угода TRIPS разом з тим викликає найбільш суперечливі оцінки фахівців, оскільки, забезпечуючи охорону права інтелектуальної власності, передбачає необхідність забезпечення доступно-

⁵ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Міжнародний документ. СОТ. 1994. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/981_018/ page 5 (дата звернення: 12.08.2020).

сті лікування для пацієнтів. З точки зору окремих дослідників, в основу Угоди TRIPS покладено концепцію охорони інтелектуальної власності, відповідно до якої приватні інтереси домінують над публічними⁶.

З одного боку, аргументом на підтримку дотримання законів щодо охорони інтелектуальної власності і патентного захисту у фармакологічному секторі є колосальні витрати на розробку нових ліків, адже доведення винаходу в галузі фармацевтики і біотехнології до стадії практичної реалізації – тривалий, дорогий і ризикований процес. Тому ефективна система охорони інтелектуальної власності, що забезпечує періоди виняткових прав на ринку, критично важлива для наукоємної фармакологічної промисловості. У ці періоди можливо окупити витрати на НДДКР (фахівці вважають, що витрати окупаються через 18 років з моменту подачі заяви на винахід). З іншого боку, на підтримку та захист практики недотримання законів про охорону інтелектуальної власності у фармакологічному секторі висувуються такі аргументи:

1) Обов'язкові високі ціни на фармакологічну продукцію під час її введення на ринок. Дійсно, захищені патентами ліки та форми дорогі і доступні не всім, хоча в індустріальних країнах ця проблема вирішується за допомогою компенсаційно-страхових систем⁷.

2) Вірогідність того, що патентна охорона призведе до стагнації національної фармацевтичної галузі. Проте досвід багатьох країн свідчить, що впровадження сучасної і ефективної системи патентного захисту фармакологічних товарів не лише забезпечує права іноземних виробників, а й сприяє підйому національного фармакологічного виробництва.

В цьому контексті угода TRIPS актуалізувала проблему, що виходить за межі сфери діяльності Світової організації торгівлі (далі – СОТ). Проблема полягає в тому, чи забезпечують існуючі суспільні механізми, втілені в системі охорони прав інтелектуальної власності, найбільш ефективний спосіб створення оптимальних умов для отримання і розповсюдження нових знань і результатів НДДКР. Перед суспільством стоять два завдання –

⁶ Потехіна В. Інтелектуальна власність. Навч. посібник. С. 56. URL: <http://ucheb-nik-online.net/book/870-intelektualna-vlasnist-navchalnij-posibnik-vo-potyexina.html> (дата звернення: 12.07.2020).

⁷ Полонский В. Фармацевтические патенты: экономические и социальные аспекты. Фарматека. 2000. № 4 (40). С. 21.

створення і винахід, з одного боку, і розповсюдження і введення в практику, з іншого боку. Ідеальна система охорони інтелектуальної власності повинна передбачати використання двох інструментів: перший інструмент визначає оптимальні стимули для отримання нових знань і відшкодування пов'язаних з цим процесом значних постійних витрат, а другий – забезпечував би можливість доступності й виробництва з максимізацією вигоди від його розповсюдження і введення в практику. В цьому контексті встановлення терміну дії патентного захисту є найбільш складною і суперечливою проблемою.

На фармацевтичних ринках існують дві основні групи лікарських засобів – оригінальні препарати і генеричні лікарські засоби. Створення оригінального (інноваційного) препарату є досить тривалим і дорогим процесом. У більшості випадків на розробку нового лікарського засобу від стадії дослідження нової молекули до стадії реєстрації витрачається більше 10 років, а ціна створення такого лікарського препарату обходиться в мільйони доларів США. Тривалий шлях від моменту створення нової молекули і до впровадження препарату на фармацевтичний ринок можуть здолати тільки конкурентоздатні інноваційні препарати. Основа майбутнього успіху на фармацевтичних ринках полягає в затребуваності лікарського засобу і тільки час може показати, наскільки конкурентоздатним він виявиться⁸.

Виробники оригінальних фармацевтичних брендів захищають свої виключні права різними шляхами, в першу чергу, за допомогою патентного захисту. Реалізація патентного захисту на ту чи іншу молекулу, яка лежить в основі лікарської речовини, передбачає заборону її відтворення на термін, тривалість якого розрізняється в різних країнах. У країнах ЄС цей термін складає 10 – 15 років, в Україні – 20 років. Навіть у економічно розвинених країнах застосування генериків стимулюється державою при обов'язковому дотриманні патентних прав виробників оригінальних лікарських засобів. У економічному аспекті генерик завжди буде прийнятніший за оригінальний препарат, оскільки не вимагає величезних фінансових витрат на створення і подальше ви-

⁸ Bakalinska O. O., Atamanova Yu. Y., Orliuk O. P. International Experience of using Parallel Imports to Ensure the Accessibility of Drugs // International Journal of Recent Technology and Engineering (IJRTE) ISSN: 2277-3878, Volume-8 Issue-4S, November 2019. P. 52.

вчення властивостей, а також доступніший широким верствам населення унаслідок нижчої вартості в порівнянні з оригінальним препаратом⁹. Використання високоякісних і, як правило, більш дешевих ніж оригінальні, генеричних препаратів надає можливість, з одного боку, істотно зменшити державні витрати на лікування, а з іншого – зберігати високий рівень і якість лікування.

Не секрет, що компанії, орієнтовані на випуск оригінальної продукції, потребують максимально тривалих термінів захисту своєї продукції для того, щоб окупити витрати, реінвестувати кошти, тобто підтримати подальший розвиток своїх інноваційних розробок. Генеричні компанії, кількість і вплив яких останніми роками істотно зріс, зацікавлені в скороченні цих термінів, що приносить вигоду як самим компаніям, так і системі охорони здоров'я, оскільки надає можливість наситити ринок більш доступними лікарськими засобами.

Угода TRIPS передбачає, члени СОТ зобов'язані забезпечити патентну охорону будь-яких винаходів у всіх галузях науки і техніки на термін не менше ніж 20 років¹⁰. Однак, як звернув увагу особливий доповідач з прав людини на Генеральній Асамблеї ООН Ананд Гровер, зазначена Угода відрізняється від Паризької конвенції 1883 р., оскільки в ній не враховано різноманітність потреб різних країн. Наприклад, у Паризькій конвенції та у наступних угодах до неї вимагалось лише точно дотримуватися принципів недискримінації з урахуванням національних режимів та пріоритетності. Країнам надавався достатній ступінь гнучкості в їх діях щодо адаптації прийнятих режимів охорони прав інтелектуальної власності у відповідності з їх соціально-економічними потребами і цілями. Дозволялося також виводити окремі галузі народного господарства, зокрема фармацевтичну галузь, з патентної сфери та визначати період охорони відповідних прав. Саме тому кількість країн, які підписали Паризьку конвенцію про захист промислової власності 1883 р., більше, ніж членів СОТ (175 – учасників Паризької конвенції проти 159 членів СОТ станом на

⁹ Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугаснко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. С.22.

¹⁰ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Міжнародний документ. СОТ. 1994. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/981_018/page5 (дата звернення: 21.08.2020).

02.03.2013 р.). При цьому в контексті забезпечення доступності лікування для населення саме Угода TRIPS є неоднозначною, зокрема, з точки зору патентування, в тому числі фармацевтичної продукції, враховуючи те, що спори, пов'язані з захистом прав інтелектуальної власності, повинні обов'язково розглядатися органами влади, уповноваженими на урегулювання таких спорів¹¹.

У той же час, з початку Уругвайського раунду про укладення Угоди TRIPS у 1986 р. країнам-учасницям надавалася можливість самостійно визначати термін дії патентів на своїй території. Як наслідок, близько 50 країн вирішили взагалі не видавати патенти на фармацевтичну продукцію¹². Крім того, в деяких країнах не приймалися до розгляду заявки на технологічні процеси фармацевтичних виробництв¹³.

Слід зазначити, що фармацевтична промисловість Індії фактично з'явилася та отримала відповідний розвиток в умовах відсутності патентного захисту фармацевтичної продукції. Так, Патентний акт Індії від 1970 р. скасував патенти на фармацевтичну продукцію та забезпечив відповідний правовий режим, який дозволив індійським фармацевтичним компаніям здійснювати виробництво генеричних копій патентованих лікарських засобів з мінімальними витратами. Цей стратегічний вибір дав можливість Індії не лише забезпечити власні потреби у фармацевтичній продукції, а й перетворив фармацевтичну промисловість країни у величезного постачальника недорогих генеричних препаратів¹⁴.

¹¹ Сприяння і захист всіх прав людини, громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних прав, включаючи право на розвиток. Доповідь Спеціального доповідача з питань щодо права кожної людини на найвищий рівень фізичного і психічного здоров'я Ананда Гровера. 2009. С. 56. URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.12_en.pdf (дата звернення: 18.07.2020).

¹² Настанова з належної практики поліпшення доступу до лікування шляхом застосування гнучких положень угоди ТРІПС СОР в області громадського охорони здоров'я. Програма розвитку ООН. 2010. С. 5. URL: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/hiv/aids/English/TRIPS-UNDP-Russian.pdf> (дата звернення: 12.07.2020).

¹³ The Impact of Higher Standards in Patent Protection for Pharmaceutical Industries under the TRIPS Agreement. A Comparative Study of China and India. 2008. URL: http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/research-papers/2008/en_GB/rp2008-36/ (дата звернення: 12.06.2020).

¹⁴ Biswajit Dhar. Transfer of Technology for Successful Integration into the Global Economy: a Case Study of the Pharmaceutical Industry in India. Biswajit Dhar, C. Niranjana Rao. 2002. URL: http://unctad.org/es/Docs/iteipmisc22_en.pdf (дата звернення: 07.07.2020).

Однак Угода TRIPS обмежила повноваження національного законодавства членів СОТ шляхом введення обов'язкових стандартних вимог щодо охорони прав інтелектуальної власності. Ратифікація цієї Угоди була обов'язковою умовою прийняття України до СОТ. Проте, як звертають увагу фахівці, необхідно визнати, що уніфікація мінімальних стандартів охорони прав інтелектуальної власності в рамках СОТ має безпосередній вплив на доступність лікарських засобів у державах-учасницях. Насамперед, це зумовлено однаковим підходом до об'єктів, що можуть одержати охорону як винаходи, з точки зору надання обсягу виключних прав, а також вимог до охорони «нерозголошуваних» даних, що стосуються фармацевтичної продукції¹⁵. Не випадково, за інформацією незалежної міжнародної медичної гуманітарної організації «Лікарі без кордонів», у країнах, на ринках яких препарати захищені патентами та відсутні генерики, вартість лікування значно вища, ніж у країнах, де такі ліки не захищені патентом або патентовласник дозволяє конкуренцію. Крім того, порівняно із розвиненими країнами, користь від патентування фармацевтичної продукції у найменш розвинених країнах та тих, що розвиваються, не така очевидна. Останні змушені імпортувати лікарські засоби, купувати відповідні ліцензії на використання запатентованих винаходів, оскільки їх економічний стан не дає змоги провадити розробки новітніх технологій. Як наслідок, відбувається відтік коштів з цих країн до розвинених, в яких знаходиться основний обсяг виробничих та наукових потужностей, і, власне, з яких надходить більшість заявок на одержання патентів, у тому числі у фармацевтичній галузі¹⁶.

Можливо, тому нині існує точка зору, що Угода TRIPS створена та діє лише в інтересах країн з високим рівнем доходів та економікою, заснованою на інтелектуальних цінностях. Однак, як звертають увагу окремі дослідники, завдяки існуванню виключних майнових прав власник патенту може протягом визначеного

¹⁵ Міндрул А. Значення Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності у правовому регулюванні фармацевтичної сфери. Право України. 2011. № 3. С. 8–11.

¹⁶ Patent Applications by Country of Origin (1995–2008). Country Rankings. URL: http://www.photius.com/rankings/patent_%20applications_by_country_1995-2008.html (дата звернення: 07.07.2020); «The 10/90 Report on Health Research». Global Forum for Health Research. 1999. URL: http://announcementsfiles.cohred.org/gfhr_pub/assoc/s14791e/s14791e.pdf (дата звернення: 07.07.2020).

законодавством строку обмежувати можливості конкурентів у використанні відповідної інновації. Таким чином, реалізується механізм повернення коштів, вкладених у інновації, з метою їх подальшого залучення для інвестування нових розробок. У той же час, за даними ВООЗ, на розробку лікарських засобів від хвороб, поширених серед 90% населення світу, витрачається лише 10% щорічних витрат на проведення досліджень у сфері охорони здоров'я¹⁷. При цьому, наприклад, фармакологічна промисловість США витрачає на маркетинг більше коштів, ніж на розробку нової продукції.

З точки зору розробників зазначеної Угоди, цей документ містить ряд положень, які дозволяють країнам-учасникам здійснювати відповідні заходи з метою поліпшення сфери охорони здоров'я, зокрема, підвищення доступності лікарських засобів для населення. Вони мають назву «гнучкі положення» Угоди. Крім того, Дохійська декларація про угоду TRIPS та громадське здоров'я¹⁸ визначає важливість імплементації та інтерпретації Угоди TRIPS найбільш сприятливим для захисту суспільного здоров'я способом: шляхом забезпечення доступності для населення існуючих лікарських засобів та створення умов для виробництва нових. У Декларації також наголошується, що положення цієї Угоди не суперечать і не повинні суперечити праву країн-членів здійснювати відповідні заходи для захисту суспільного здоров'я.

Досвід країн-членів СОТ також свідчить про можливість вільного тлумачення окремих «гнучких положень» Угоди TRIPS з боку розвинених країн. Наприклад, Таїланд зазнав тиску з боку США після спроби застосування механізму примусового ліцензування на фармацевтичну продукцію. Так, у 2006 – 2007 рр. Таїланд видав примусові ліцензії на лікарські засоби для лікування ВІЛ/СНІДу та захворювань серцево-судинної системи. Однак уже у 2007 р. його було включено до пріоритетного контрольного списку «спеціальної доповіді 301» торговельним представництвом США. Позиція Європейської Комісії також полягала в не

¹⁷ Gathii J. T. The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties. J. T. Gathii. Harvard Journal of Law & Technology. 2002. № 2. URL: [ttp://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v15/15HarvJL-Tech291.pdf](http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v15/15HarvJL-Tech291.pdf) (дата звернення:08.07.2020).

¹⁸ Сесія Ради ТРІПС в Женеві. Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України. 2009. URL: http://sips.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=958 (дата звернення:07.08.2020).

прийнятті заходів, застосованих Таїландом¹⁹.

СОТ співпрацює з рядом міжнародних організацій, в тому числі ВООЗ. Співпраця СОТ та ВООЗ здійснюється для вирішення різних питань у сфері торгівлі та громадського здоров'я, в яких діяльність цих організацій перетинається. Формальної угоди про співпрацю між СОТ та ВООЗ не укладено, проте ВООЗ має статус спостерігача в Комітеті СОТ з санітарних та фітосанітарних норм та в Комітеті СОТ з технічних бар'єрів у торгівлі. Крім того, ВООЗ має статус спостерігача ad hoc в раді Угоди TRIPS та раді Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (надалі – ГУТТ). Секретаріати обох організацій тісно співпрацюють у сфері санітарних та фітосанітарних заходів, а також безпеки харчових продуктів. Особливу увагу вони приділяють питанню доступності необхідних лікарських засобів для населення в контексті Угоди TRIPS та спробам подальшого посилення захисту прав інтелектуальної власності з боку розвинених країн.

Така співпраця необхідна СОТ для вирішення глобальних проблем, пов'язаних з охороною здоров'я. СОТ також тісно співпрацює з Всесвітньою організацією інтелектуальної власності, що дозволяє об'єктивніше оцінювати баланс між охороною здоров'я та охороною інтелектуальної власності. Так, ООН звернула увагу на так зване довічне поновлення патентів фармацевтичним компаніям. Під цим розуміється практика подовження патентного захисту на фармацевтичні препарати за рахунок внесення в патенти незначних змін, що затримує виробництво генеричних препаратів.

Отже, сьогодні представники розвинених держав, які сприяли розробці діючої Угоди TRIPS, визнають, що введення режиму патентного захисту на лікарські засоби в країнах з низьким або середнім рівнем доходів, швидше за все, стане на перешкоді подальшому підвищенню доступності недорогих генериків для населення. Проте, на їх думку, країни у своєму внутрішньому законодавстві мають можливість самостійно встановлювати критерії патентоспроможності винаходів. Так, у ст. 27 Угоди TRIPS визначено три обов'язкових критерії патентоспроможності винаходів, а саме, «новизна», «рівень винаходу» та «промислова засто-

¹⁹ Настанова з належної практики поліпшення доступу до лікування шляхом застосування гнучких положень угоди ТРІПС СОТ в галузі громадської охорони здоров'я. Програма розвитку ООН. 2010. URL: http://www.undp.org/content/dam/undp/library/hiv_aids/English/TRIPS-UNDP-Russian.pdf (дата звернення: 05.07.2020).

совність». Визначення критеріїв та порядок їх інтерпретації відсутні. Однак примітка до цієї статті надає можливість країнам-учасникам ототожнювати термін «inventive step» (винахідницький крок), прийнятий у більшості європейських країн, з критерієм «non-obvious» (неочевидний), що є стандартним в рамках патентної системи США. Тобто у країн-членів є можливість відмовляти у подовженні патентного захисту при внесенні в патенти незначних змін на тій підставі, що останні не задовольняють умовам новизни, винахідницькому рівню або промисловій застосовності²⁰. Так, у звіті Європейської Комісії за 2000 – 2007 рр. відмічається зменшення кількості нових лікарських форм при збільшенні кількості поданих заяв про патенти. Більшість з них (87%) було подано на отримання так званих другорядних патентів.

Для розширення можливостей національної фармацевтичної галузі задовольняти потреби громадського здоров'я застосовується так зване примусове ліцензування. Принцип примусового ліцензування закріплений у ст. 31 Угоди TRIPS, яка передбачає можливість використання патентованої продукції без дозволу власника патенту, за умови виплати йому адекватної грошової компенсації. При цьому Угода TRIPS не передбачає обмеження підстав для застосування примусового ліцензування. Відповідно, кожна країна має право самостійно розробити режим примусового ліцензування, який дозволить при визначених умовах або для досягнення стратегічних цілей виробляти або імпортувати генеричні версії патентованих лікарських засобів.

Примусове ліцензування використовувалося урядами деяких країн, зокрема, Бразилії, Екватору і Таїланду, як з метою виробництва готових лікарських засобів, так і з метою їх імпорту з інших країн. Відомі випадки, коли лише погроза використання механізму примусового ліцензування призводила до значного зниження цін на готові лікарські препарати²¹. Багато країн²², в тому

²⁰ Сесія Ради ТРІПС в Женеві. Офіційний веб-портал Державної служби інтелектуальної власності України. 2009. URL: http://sips.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=958 (дата звернення: 05.07.2020).

²¹ Correa C. Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries. C. Correa. The South Centre. 2002. URL: <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2963e/h2963e.pdf> (дата звернення: 05.07.2020).

²² Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. Report of the Commission on Intellectual Property Rights. 2002. URL: <http://www.biopirateria.org/libros/02-1%20Integrating%20Intellectual%20Property.pdf> (дата звернення: 06.07.2020).

числі розвинених, зокрема США, видають примусові ліцензії з різних причин, наприклад, подолання наслідків антиконкурентної практики.

Дохійська декларація уточнює, що кожна країна самостійно визначає підстави для застосування процедури примусового ліцензування. Тобто причиною застосування процедури примусового ліцензування не обов'язково повинна бути надзвичайна ситуація, більше того, держави самостійно визначають обставини, що вважаються ними надзвичайними.

Крім того, одним з механізмів для захисту прав пацієнтів на доступні ліки і одночасно розширення господарської діяльності на фармацевтичному ринку можна вважати застосування процедури паралельного імпорту. Вона використовується, тоді, коли ціна на лікарський препарат конкретного виробника в різних країнах відрізняється. У такому разі краще імпортувати визначені ліки з країн, де вони дешевші. Дохійська декларація визнає право кожної країни на застосування процедури паралельного імпорту. Для запровадження паралельного імпорту необхідно розробити спеціальний правовий механізм як процедури реєстрації, так і ввезення. Також, на нашу думку, у разі виявлення порушення законодавства про економічну конкуренцію одночасно з процедурою паралельного імпорту варто застосувати примусове ліцензування. Таким чином, на сьогодні в рамках Угоди TRIPS можна відокремити такі механізми захисту прав пацієнтів на доступні ліки та розширення фармацевтичного ринку:

1) посилення вимог до патентоспроможності винаходів з метою уникнення випадків надання патентів на незначні винаходи, що мають на меті отримати «довічний патент»;

2) застосування процедури примусового ліцензування з розширенням підстав для її застосування (тобто підставою не обов'язково повинна бути надзвичайна ситуація в країні, це може бути факт порушення конкурентного законодавства тощо);

3) застосування процедури паралельного імпорту з визначенням правового механізму такої процедури. Зазначена процедура повинна бути безпосередньо пов'язана з процедурою примусового ліцензування.

Залишається лише додати, що для запровадження наведених механізмів держава повинна створити ефективну систему допуску на фармацевтичний ринок лише препаратів з доведеною ефективністю, якістю та профілем безпеки, що не поступається таким самим властивостям оригінального/референтного препарату.

Тобто така система повинна гарантувати, що ліки, які вироблятимуться за процедурою примусового ліцензування, еквівалентні (аналогічні по суті) патентованим препаратам.

Незважаючи на те, що Україна вже понад десять років є членом СОТ, в законодавстві України питання заборони чи легалізації паралельного імпорту однозначно визначено не було. За легалізацію паралельного імпорту завжди виступали представники великого ритейлу, а проти – власники виключних прав інтелектуальної власності та ексклюзивні дистриб'ютери. І лише в листопаді 2019 р. набрав чинності закон щодо захисту прав власності при переміщенні товарів через митний кордон, який наблизив митне законодавство України до практики Євросоюзу і сконцентрував увагу митниці на боротьбі з фальсифікатом, а не оригінальними товарами, створивши підвалини для запровадження паралельного імпорту. На сьогодні Верховною Радою України розглядається законопроект № 2255 Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності»²³, який передбачає можливість здійснювати паралельний імпорт товарів в Україну будь-якими компаніями, які легально закупили товар, а не тільки ексклюзивно обраними імпортерами, що представляють правовласників товарів. Передовсім, за прогнозом торговельних мереж, прийняття згаданого товару дозволить суттєво здешевити вартість багатьох імпортованих товарів для українців і позбутися дивної ситуації, коли аналогічний товар у Польщі або Німеччині коштує дешевше, ніж в Україні²⁴.

Для фармацевтичного ринку України питання паралельного імпорту лікарських засобів є одним з найбільш суперечливих. Це питання сьогодні широко обговорюється як фармацевтичною спільнотою, так і всіма пацієнтами, які щодня йдуть до аптек за тими чи іншими препаратами. До Верховної Ради України подано декілька законопроектів, що дозволяють паралельний імпорт лікар-

²³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності: Проект Закону України № 2255. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67060 (дата звернення: 02.08.2020).

²⁴ Коссе І. Регулювання цін на лікарські засоби в країнах ЄС. І. Коссе, О. Бетлій. Інститут Економічних досліджень та Політичних консультацій. URL: http://www.ier.com.ua/files/publications/Policy_Briefing_Series/2012/Policy_brief_HC2.pdf (дата звернення: 06.08.2020).

ських засобів, проте, як зазначають експерти, навколо даного питання багато суперечок, пов'язаних з тим, що у разі легалізації паралельного імпорту в Україну підуть потоками фальсифіковані, неякісні ліки. Крім того, у відповідних нормативних актах не передбачений належний контроль за якістю ввезених лікарських засобів. Водночас, в поданих до Верховної Ради України законопроектах пропонується вирішити такі проблеми сучасного фармацевтичного ринку України, зокрема:

По-перше, припиняється штучна монополія охоронних документів (патентів) у сфері фармації на ринку лікарських засобів, коли власники патенту на лікарський засіб по завершенню терміну його дії домагаються отримання вторинного патенту, але не через зміну у формулі діючої речовини, а тільки змінивши зовнішній вигляд або норму дозування. Монополія на продаж такого лікарського засобу внаслідок зловживання патентними правами може тривати десятиліттями.

По-друге, автори пропонують відокремити процедури реєстрації ліків і отримання патентних прав. Це надасть можливість виробникам, які не володіють патентом на певний лікарський засіб, розпочати підготовчі процедури для його реєстрації ще протягом строку дії патенту, щоб одразу після спливу чинності документа мати змогу виробництва і продажу.

А по-третє, запроваджується паралельний імпорт лікарських засобів. Тобто імпорт лікарського засобу, який вже зареєстрований в Україні, але який завозиться без спеціального дозволу виробника.

Як зазначають експерти, розширенню цінової і фізичної доступності ліків населенню країн ЄС значною мірою сприяє паралельний імпорт, який діє тільки між країнами Європейського Союзу і ґрунтований на принципі вільного переміщення товарів. На думку Європейського суду, фармацевтична компанія, яка робить інноваційні ліки на цій території і яка обмежує паралельний експорт, відмовляючи задовольнити звичайні замовлення, зроблені оптовиками, зловживає своїм домінуючим положенням і порушує принципи конкуренції, що діють в ЄС. Паралельна торгівля створює умови для того, щоб споживачі-пацієнти при збереженні тих самих стандартів безпеки лікарських засобів мали можливість придбання тих самих препаратів за нижчими цінами.

Паралельний імпорт є ще одним потенційно корисним механізмом у рамках Угоди про торгівлі аспекти прав інтелектуальної

власності²⁵ для розширення доступу до ліків в країнах, що розвиваються. Зазвичай йдеться про імпорт і перепродаж продукції, запатентованої в країні-імпортері, і законно рекламованою і такою, що продається в країні-експортері. Цей крок можна застосовувати без узгодження з патентовласником. Зазвичай це робиться в тих випадках, коли патентовані ліки продаються в країні-імпортері за більш високою ціною, ніж в країні-експортері. Потенційна економія коштів при паралельному імпорті життєво-важливих ліків – до якого, зокрема, вдалася Кенія для закупівлі деяких АРВ-препаратів – може мати найважливіше значення для країн з обмеженими ресурсами²⁶.

Перед застосуванням паралельного імпорту країни, як правило, повинні розробити і ухвалити закони, що безпосередньо дозволяють його. Після цього вони багато в чому захищені від можливих юридичних санкцій відповідно до статті 6 Угоди про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, якою було прямо визначено, що ніякі положення цієї угоди не можуть бути використані проти країни-члена СОТ за дозвіл на паралельний імпорт, що здійснюється відповідно до місцевих законів країни.

Паралельна торгівля є механізмом, який сприяє зниженню цін на європейському ринку. На різних національних ринках частка ліків, які поступають по цих каналах, знаходиться в межах від 1,7% (Фінляндія) до 16,5 % (Данія). Паралельний імпорт дозволений і заохочується Європейською Комісією як інструмент підтримки конкуренції і зниження цін на території ЄС. У своїх рішеннях Європейська Комісія зазначає, що паралельно імпортовані ліки є переважно дешевшими, ніж еквівалентні товари; вони відіграють надзвичайно важливу роль у забезпеченні ринку ліками за більш низькими цінами під час патентного захисту, коли вихід генерика на ринок ще неможливий.

²⁵ Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугасенко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. 452 с.

²⁶ Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугасенко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. С.26, 193, 119.

Паралельна торгівля товарами забезпечує додаткове джерело пропозиції товару на ринку. Це особливо важливо з точки зору споживача, коли йдеться про брендові та запатентовані товари. У випадках, коли на ринку існує мало альтернатив, паралельна торгівля є єдиним джерелом конкуренції. Крім цього, пацієнти прямо виграють від паралельної торгівлі, коли вони змушені платити повну вартість ліків самі або коли державне відшкодування є частковим і виражається у відсотковому співвідношенні стосовно повної вартості ліків.

Багато розвинених країн, наприклад, Швеція, Німеччина, Норвегія, Данія, Нідерланди, Об'єднане Королівство застосовують різноманітні механізми та стимули для підтримки паралельної торгівлі²⁷.

Паралельний імпорт у низці країн безумовно дозволений, у низці країн безумовно заборонений, а в деяких країнах його дозвіл або заборона ставиться в залежність від низки чинників, наприклад, від можливості введення споживачів в оману відносно якості товару. Пояснюється такий крок передусім тим, що низький рівень виробництва і технологічного розвитку країн-учасниць не дозволяє значній частині громадян цих країн задовольнити більшість потреб за рахунок тільки внутрішніх ресурсів. Подібна свобода відповідає положенням статті 6 Угоди про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, яка встановлює право країни-учасниці визнавати ту або іншу концепцію вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Держави, які дозволяють паралельний імпорт, виходять з такого:

– з інтересів споживачів, яким все одно, хто робить товар, аби якість товару залишалася на одному і тому самому рівні (Японія, Канада);

²⁷ Коссе І. Регулювання цін на лікарські засоби в країнах ЄС. І. Коссе, О. Бетлій. Інститут Економічних досліджень та Політичних консультацій. URL: http://www.ier.com.ua/files/publications/Policy_Briefing_Series/2012/Policy_brief_HC2.pdf (дата звернення: 02.08.2020). Результати оцінки доступності лікарських препаратів на основі аналізу потребительських цін і цінообразовання на лікарські препарати в Російській Федерації (в том числі в разі суб'єктів Російської Федерації) і на сопоставимих ринках стран, в том числі входять в СНГ, Европейский союз и БРИКС. Доклад Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации. 2013. URL: http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_31072.html (дата звернення: 02.08.2020).

– з необхідності підтримки внутрішнього ринку (країни «Третього світу»).

Дозвіл паралельного імпорту відповідає інтересам споживачів, оскільки не дає правовласникові встановлювати монополю високих цін на продукцію і примушує правовласника чесно вказувати країну походження. Наприклад, паралельний імпорт в Японії дозволений, оскільки для споживача не має значення, де зроблені товари, якщо вони відповідають за якістю товарам, що продаються володарем товарного знаку в Японії²⁸. Ці положення були надалі закріплені в нормативно-правових актах.

Паралельний імпорт тісно пов'язаний з поняттям «вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності». Принцип вичерпання виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності полягає в обмеженні можливості правоволодільця використовувати належні йому права для перешкодження подальшому обороту товарів, що містять відповідні охоронювані об'єкти, після їх правомірного введення до цивільного обороту. Цей принцип знайшов втілення в законодавстві багатьох країн світу, у тому числі України (зокрема, у ч. 7 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», у ч. 6 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та ін.)²⁹. З точки зору територіального аспекту застосування принципу вичерпання можна виділити три моделі: національне вичерпання прав, регіональне та міжнародне. Якщо виключні права правоволодільця, що надаються в окремій державі, вичерпуються тільки стосовно тих товарів, які були введені в оборот на території цієї держави, то йдеться про національну модель вичерпання. При цьому правоволодільець зберігає можливість контролювати імпорт відповідних товарів, правомірно введених в оборот на території інших держав. Регіональна модель (що існує, наприклад, у ЄС) означає вичерпання прав щодо товарів, введених в оборот на території будь-якої з держав ЄС. При цьому стосовно товарів, уведених в оборот за межами

²⁸ Звіт з науково-дослідної роботи «Міжнародний досвід функціонування ринків оригінальних лікарських засобів та дженериків». Центр комплексних досліджень з питань антимонопольної політики. Антимонопольний комітет України/ Н. М. Бугасенко. К.: Антимонопольний комітет. 2015. С. 195.

²⁹ Євков А. М. Проблематика правового регулювання паралельного імпорту товарів, які містять об'єкти інтелектуальної власності, та вичерпання виключних прав у законодавстві України. Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія ПРАВО. 2014. Випуск 29. Том 1. С. 139–144.

ЄС, принцип вичерпання прав не застосовується. Нарешті, міжнародне вичерпання означає застосування цього принципу стосовно товарів, правомірно введених в оборот у будь-якій країні світу³⁰. Можливість правового обґрунтування паралельного імпорту з'явилася з розробкою концепції міжнародного (універсального) вичерпання прав інтелектуальної власності, яка застосовується для таких цілей:

- обмеження монополістичної діяльності;
- попередження розділення ринку;
- забезпечення вільного обігу товарів на ринку.

Паралельний імпорт може бути заборонений або обмежений державою з таких причин:

– виходячи з інтересів правовласників, що понесли істотні витрати на маркетинг певного товарного знаку або технології, тоді як «сірі імпортери», не витративши засобів на рекламу і впровадження, можуть собі дозволити встановлювати демпінгові ціни на продукцію (Іспанія, Росія);

– виходячи з інтересів національної безпеки, оскільки, зокрема, лікарські засоби мають стратегічне значення для суспільства, а, отже, їх якість має бути більшою мірою, ніж для усіх інших продуктів, гарантована товарним знаком³¹.

Особливі умови правового регулювання паралельного імпорту лікарських засобів встановлені в різних країнах. Схожі обмеження справедливі для усіх розвинених країн: лікарські засоби підлягають реєстрації; лікарські засоби повинні супроводжуватися документацією певного змісту; до упаковки лікарських засобів пред'являються особливі вимоги³².

³⁰Всемирная Организация Интеллектуальной Собственности (ВОИС): Международное исчерпание и параллельный импорт URL: http://www.wipo.int/sme/ru/ip_business/export/international_exhaustion.htm (дата звернення: 05.06.2020). Зубарев Л. В. Интеллектуальная собственность и свободное движение товаров. Государство и право. 1998. № 1. С. 66–78.

³¹ Bakalinska O. O., Atamanova Yu. Y., Orliuk O. P. International Experience of using Parallel Imports to Ensure the Accessibility of Drugs // International Journal of Recent Technology and Engineering (IJRTE) ISSN: 2277–3878, Volume-8 Issue-4S, November. 2019. P. 52–56

³² Marketing Authorization of Pharmaceutical Products with Special Reference to Multisource (Generic) Products. A manual for National Medicines Regulatory Authority. World Health Organization. 1999. URL: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44576/1/9789241501453_eng.pdf (дата звернення: 25.07.2020).

У країнах–членах ЄС для забезпечення єдиного економічного простору не лише прийнята концепція «регіонального вичепання прав інтелектуальної власності», а й розроблена система імпорту лікарських засобів з однієї країни-учасниці до іншої. Зокрема, розроблена система спрощеної процедури отримання дозволу на імпорт ліків за «процедурою паралельного імпорту». Тобто компанія може не реєструвати лікарський засіб, що продається в країні ЄС, а лише заявити, що вона ввозить його за процедурою паралельного імпорту з країни ЄС при дотриманні певних умов. Раніше умовою для дозволу ввезення ліків за процедурою паралельного імпорту було походження цих ліків з «єдиного джерела» (common origin). Доктрина «єдиного джерела» розроблена Судом ЄС і певною мірою схожа з вищеописаною доктриною «економічного зв'язку»: продукти вважаються такими, що походять з «єдиного джерела», якщо вони або робляться двома компаніями, що належать до однієї групи осіб, або за ліцензійними договорами, володарем винятковим правом за якими є одна і та сама особа³³.

Особливим чином питання про паралельний імпорт лікарських засобів вирішується відносно країн, що розвиваються. По-перше, у зв'язку з соціальною значущістю лікарських засобів, у бідних країнах необхідно, щоб вони були дешеві і доступні, тому препарати охороняються як об'єкти інтелектуальної власності не в усіх країнах.

Дохійська Декларація до Угоди про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, підписана у 2001 році, дала можливість бідним країнам відстрочити приведення свого законодавства у відповідність з вимогами Угоди про торгові аспекти прав інтелектуальної власності, а отже, забезпечити охорону лікарських засобів як об'єктів інтелектуальної власності до 2016 року. По-друге, у бідних країнах широко використовується інститут примусового ліцензування для використання технічних рішень в лікарських засобах³⁴.

³³ To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. 2003. 213 p. URL: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf> (дата звернення:26.07.2020).

³⁴ Canada – Patent Protection for Pharmaceutical Products. World Trade Organization. Complaint by the European Communities and their member States. 2000. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf (дата звернення:03.07.2020).

Вищеперелічені заходи надають змогу випускати на ринок дешеві лікарські засоби, причому з дозволу правовласника, що, у разі дозволу паралельного імпорту з цих країн, може привести до значного і необґрунтованого зниження цін на лікарські засоби в розвинених країнах. Отже, обмеження, що накладаються на паралельний імпорт лікарських засобів, відповідають не лише інтересам безпеки споживачів, а й інтересам правовласників.

Висновки. Вивчення міжнародного досвіду функціонування ринків лікарських засобів в світі і проведення порівняльного аналізу діяльності суб'єктів господарювання на ринках лікарських засобів має на меті розроблення ефективного механізму виявлення і припинення порушень чинного конкурентного законодавства на фармацевтичних ринках, зокрема при проведенні торгів, що забезпечить економію бюджетних коштів, а також стимулюватиме розвиток конкуренції на фармацевтичних ринках, що має призвести до зниження цін на лікарські препарати.

Небезпека для життя громадян, зумовлена COVID-19, сприяла запровадженню в Україні низки норм, що спрямовані на забезпечення доступності ліків та лікування і за певних умов мають наслідки, аналогічні заходам паралельного імпорту або пов'язані з його використанням, зокрема, Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)»³⁵ дозволено за згодою хворого на COVID-19 використовувати під час лікування незареєстровані в Україні лікарські засоби, якщо їх ефективність доведена в інших розвинутих країнах і вони рекомендовані офіційним органом США, країн — членів Європейського Союзу, Великої Британії, Швейцарії, Японії, Австралії, Канади, Китаю, Ізраїлю, а Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)»³⁶ було внесено зміни до Податкового кодексу

³⁵ Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби (COVID-19): Законом України// Офіційний вісник України. 2020 р. № 29. С. 7. Ст. 1038, код акта 98733/2020.

³⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19): Законом України//Офіційний вісник України. 2020 р. № 30. С. 5. Ст. 1059, код акта 98765/2020.

ксу України, якими передбачено звільнення від обкладання податком на додану вартість операцій з постачання на митну територію України лікарських засобів, медичних виробів та/або медичного обладнання, необхідних для здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню, локалізацію та ліквідацію спалахів, епідемій та пандемій коронавірусної хвороби (COVID-19), за переліком, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України.

Для України впровадження паралельного імпорту може бути ефективним в короткостроковій перспективі. Дозвіл паралельного імпорту лікарських засобів має значно менше негативних наслідків для правовласника, оскільки неналежна якість товарів, в яких використаний винахід, без використання товарного знаку найчастіше не позначається на діловій репутації патентовласника. Проте обрана модель дозвілу на використання паралельного імпорту з метою забезпечення доступності лікарських препаратів в Україні залишається актуальним і суперечливим питанням, що вимагає великої фахової дискусії. Не секрет, що впровадження паралельного імпорту так чи інакше призведе до зростання обсягів контрафактної продукції та застосування інших заходів недобросовісної конкуренції в міжнародній торгівлі. На нашу думку, пріоритетним механізмом забезпечення доступності лікарських засобів для населення є стимулювання розвитку власного виробництва та залучення прямих іноземних інвестицій у фармацевтичну галузь.

ДОБРА ПРАКТИКА ЯК ЗАСІБ САМОРЕГУЛЮВАННЯ

Вступ

У сучасному світі дедалі більшу роль стала відігравати «добра практика» здійснення господарської діяльності. Вказане пов'язано із глобальним напрямом на забезпечення сталого розвитку, удосконалення корпоративної соціальної відповідальності, корпоративного громадянства як певного транснаціонального публічного порядку. Ці явища взаємопов'язані та доповнюють один одного. Наприклад, «добра практика» дбати про екологічну безпеку при внесенні добрив є складовою ідеєю забезпечення сталого розвитку. «Добра практика» є важливими складовими українського бізнесу. Водночас ці інструменти перебувають на етапі становлення, тому їх розвиток залежить багато у чому від освітньої політики, від виховання підприємців у дусі добросовісності, чесного ведення справ, відповідального ставлення до своєї діяльності.

Для суб'єктів господарювання, бізнес–спільноти запровадження «доброї практики» як «приватних, власних» зобов'язань пов'язане як із позитивними, так і негативними наслідками. З одного боку, за допомогою «доброї практики» удосконалюються процеси виробництва товарів, надання послуг, зростає довіра споживачів; з іншої – «добрі практику» можуть застосовувати як засіб у конкурентній боротьбі, при чому не тільки суб'єкти господарювання та їх бізнес-асоціації, а й держави у контексті створення протекціоністської політики задля обходу положень у рамках СОТ. Зокрема, завдяки приватним стандартам, які по-різному тлумачаться у рамках СОТ, розвинені країни цілком легально можуть обмежити доступ на ринок товарів із третіх держав та таким чином убезпечити від конкуренції власного товаровиробника. Тому неодноразово зазначалося, що, наприклад, вимоги до фітосанітарних заходів повинні базуватися на науці, а не на комерційному розрахунку¹.

¹ Приватні стандарти та СОТ. Серія статей «Розуміємо ключові питання торговельної політики». Інститут економічних досліджень і політичних консультацій у співпраці з Міністерством економічного розвитку й торгівлі України та Національною радою торгівлі Швеції за фінансової підтримки Уряду Швеції. Київ. 2015. С. 12.

Метою статті є визначення особливостей «доброї практики» як засобу саморегулювання суб'єктів господарювання та їх бізнес-спільнот, а також з'ясування нормативно-правової бази їх забезпечення.

Місце «доброї практики» у системі засобів саморегулювання

Запровадження «доброї практики» у більшості випадків асоціюється з сільським господарством та переробною промисловістю. Так, у державах ЄС важливим елементом саморегулювання є дотримання обов'язкових норм та за можливості додаткових, так званої доброї сільськогосподарської практики (належної, раціональної, добросовісної чи сумлінної) (англ. мовою GAP – Good agricultural practice). Особливістю мети запровадження «доброї сільськогосподарської практики» є поєднання публічного та приватного аспекту: застосування інноваційних та/або упорядкованого процесу (-ів) для забезпечення сталого розвитку, безпеки споживачів та отримання переваг на ринку, формування довіри споживачів тощо.

Однак розрізняють також «належну, добру виробничу практику» (англ. good manufacturing practice (далі – (GMP)), яка стосується організації та здійснення процесів на окремих виробництвах (належна лабораторна практика, належна дистриб'юторська практика тощо). Зокрема, в Україні діє Настанова «Лікарські засоби. Належна виробнича практика СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016», що відповідає документу «The Rules Governing Medicinal Products in the European Union. Volume 4. EU Guidelines to Good Manufacturing Practice Medicinal Products for Human and Veterinary Use» («Правила, що регулюють лікарські засоби в Європейському Союзі. Принципи GMP та детальні правила поширюються на всі процеси, що потребують ліцензування відповідно до статті 40 Директиви 2001/83/ЄС та статті 44 Директиви 2001/82/ЄС із поправками. Крім того, вони поширюються на всі серійні виробництва лікарських засобів, зокрема на виробництво в лікарнях². Ця настанова застосовна до виробництва лікарських засобів, що виробляються в Україні для продажу на внутрішньому ринку та

² Настанова «Лікарські засоби. Належна виробнича практика СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2016»: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29.07.2016 р. № 798. 2016. URL: http://aipm.org.ua/wp-content/uploads/2016/08/GMP_42-4.0_2016.pdf (дата звернення: 07.05.2020).

з метою експорту, а також до лікарських засобів, що імпортуються в Україну. Вказана Настанова діє відповідно до наказу Міністерства охорони здоров'я України від 2016-07-29 № 798, тобто виходить від офіційного органу держави. У 2014 році «Настанова. Лікарські засоби. Належна практика дистрибуції» (Good Distribution Practice, GDP) придатна для сертифікації дистриб'юторів на добровільній основі³.

Отже, однією з важливих проблем є виокремлення «доброї, належної практики», яка створюється суб'єктами господарювання, вона є засобом саморегулювання від «доброї, належної практики», яка визначається офіційними органами держави та дотримання якої забезпечується органами державної влади. Причому остання може застосовуватися суб'єктами господарювання як на добровільних, так і обов'язкових засадах.

Слід зазначити, що при вивченні досвіду держав Європейського Союзу можна спостерігати тенденцію, коли добровільна «добра практика» суб'єктів господарювання може стати обов'язковою на національному рівні.

Будь-який суб'єкт господарювання, саморегулівна організація (далі – СРО) можуть впровадити власну добру практику, а також розробити та дотримуватися власних стандартів. Така добра практика та стандарти мають відповідати законодавству, міжнародним договорами та можливо іншим зобов'язанням суб'єкта господарювання. Саморегулівні організації можуть визначати схему сертифікації (розробляти власний сертифікат), маркування тощо.

Однак поняття «стандарт» використовується також і для розробки міжнародних правил (міжнародні стандарти) як міжнародними організаціями так і міжнародними неурядовими організаціями. Офіційні міжнародні стандарти, наприклад, розроблені ISO та ІЕС зазвичай не вважаються «приватними стандартами». Тому рекомендується відрізнити міжнародні стандарти, які використовують принципи, встановлені угодами СОТ, правила, визначені Кодексом належної практики, від інших стандартів, що можуть бути охарактеризовані як «приватні стандарти»⁴.

³ Настанова «Лікарські засоби. Належна практика дистрибуції» СТ-Н МОЗУ 42-1.0:2014»: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 05.02.2014 р. № 100 URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/moz23535>(дата звернення 07.05.2020).

⁴ International standards and «private standards». ISO – February 2010/1500. URL:

«Добра практика» відноситься до засобів саморегулювання, та їх створення є одним із видів діяльності як саморегулювних організацій, так й інших юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців⁵. Залежно від виду засобів саморегулювання господарської діяльності поділяють на:

– договірне – основою є договір (угода):

а) господарські договори (основний договір, арбітражні угоди як віддільні від господарського договору угоди; угоди про вибір права, якими визначається застосовний до конкретного договору правопорядок);

б) звичай ділового обороту (торгівлі) – на основі угоди про вибір права або принципів міжнародного приватного права;

в) стандартні правила, етичні кодекси здійснення певних видів економічної діяльності, кодекси усталеної практики;

г) технічні регламенти;

д) інші узгоджені акти суб'єктів на основі договору;

– корпоративне – застосовуються засоби на підставі корпоративних актів суб'єкта господарювання:

а) статут та засновницький договір;

б) правила етичної поведінки представників корпорації, її працівників, службовців тощо;

в) кодекс корпоративної етики;

г) корпоративний договір тощо;

– процедурне – суб'єкти саморегулювання можуть здійснювати добровільні практики, спрямовані на удосконалення та поліпшення власної господарської діяльності. Зокрема, це певні процедури, які стосуються підвищення якості продукції, надання послуг.

До процедурних засобів саморегулювання можна віднести:

а) самосертифікацію;

б) добровільну сертифікацію;

в) добровільну оцінку діяльності;

г) самоконтроль;

д) «добру практику» («добру сільськогосподарську практику»);

е) елементи комплаєнсу тощо. Перелік засобів, які можна віднести до саморегулювання, не є вичерпним.

http://csm.kiev.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=838%3A-q-q&catid=122%3A2015-09-15-07-01-23&lang=uk (дата звернення: 07.05.2020).

⁵ Гончаренко О. Види саморегулювних організацій у господарській діяльності. *Право і суспільство*. 2018. № 4. С. 109.

Процедурні засоби саморегулювання можуть реалізуватися при договірному, корпоративному саморегулюванні. Отже, «добра практика» є процедурним засобом саморегулювання господарської діяльності за допомогою якого суб'єкти господарювання поліпшують виробництво товарів та надання послуг та сподіваються на отримання вигоди від власної добросовісності у вигляді, зокрема, підвищення попиту. «Добра практика» може виявлятися в удосконаленні одного виробничого процесу або ж процесів, додаванням одного інгредієнту або ж зміни усього виробничого ланцюга тощо. Отже, «добра практика» може бути складним процесом (складатися з кількох процедур) або ж бути односкладною.

«Добру практику» ще часто називають «приватними стандартами». Тобто – це стандарти, ініціаторами та реалізаторами яких є суб'єкти господарювання, саморегулювальні організації, міжнародні неурядові організації. «Добра практика», як правило, стає приватними стандартами, коли передбачає сукупність процедур (складна) для удосконалення, покращення, включення інноваційних елементів.

Приватні стандарти є частиною загальної великої кількості вимог щодо технічних характеристик, методів виробництва, безпеки, методів поводження з тваринами й рослинами, які застосовуються в міжнародній торгівлі⁶. Незважаючи на те, що термін «приватні стандарти» може охоплювати будь-які стандарти, розроблені особою, не пов'язаною з урядом, характеристика може бути оманливою. На багатьох форумах термін «приватний» може сприйматися, як «менший», «корисливий» або «не в інтересах громадськості»⁷.

Однак не слід «добру практику» повністю ототожнювати з «приватними стандартами», оскільки вона може впроваджуватися для удосконалення лише складової процесу. Роздрібні торговці використовують стандарти як «інструменти координації ланцюгів поставок шляхом стандартизації продукції вимогами до постачальників, які можуть охоплювати багато регіонів або

⁶Приватні стандарти та СОТ. Серія статей «Розуміємо ключові питання торговельної політики». Інститут економічних досліджень і політичних консультацій у співпраці з Міністерством економічного розвитку й торгівлі України та Національною радою торгівлі Швеції за фінансової підтримки Уряду Швеції. Київ. 2015. С. 6.

⁷ International standards and «private standards». ISO February 2010/1500. URL: http://csm.kiev.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=838%3A-q-q&catid=122%3A2015-09-15-07-01-23&lang=uk (дата звернення: 07.05.2020).

країн¹⁵⁹. Наскрізь зростаюча концентрація та олігополістична конкуренція, що ґрунтується на якості, призводять до того, що роздрібні торговці перевершують гігантів з переробки їжі, таких як Nestle і Heinz, які раніше підтримували маркетингові переваги над ними⁸. Наприклад, існують так звані «спеціальні стандарти», як наприклад, Глобальний стандарт BRC для харчових продуктів. Цей стандарт було призначено для оцінки тих виробників, продукцію яких супермаркети реалізовували під власним брендом. Розробником стандарту є Британський консорціум роздрібних торговців (BRC) – провідна асоціація Великобританії в галузі роздрібної торгівлі (рітейлу). Серед його учасників такі всесвітньо відомі мережі як Tesco, Marks&Spencer, Sainsbury’s та інші (всього 80–90% підприємств роздрібної торгівлі Британії)⁹. Або ж EuropGAP – це приватний стандарт безпеки харчових продуктів, встановлений великими європейськими роздрібними торговцями. За десятиліття з моменту народження він перетворився на найпрестижніший GAP стандарт, який розробив низку існуючих стандартів. Отже, не усі приватні стандарти є рівноцінними щодо ролі на певному ринку. Деякі дослідники вказують і на негативний досвід використання «доброї практики», зокрема, вивчаючи це питання в Австралії, К. Сміт, Дж. Лоуренс, К. Річард вказують, що супермаркети поверхнево займаються лише екологічними проблемами шляхом вирішення більш помітних і видимих репутаційних питань, таких як пластикові пакети або упаковка¹⁰. Підвищення приватних стандартів, у тому числі тих, що стосуються процесів, що торкаються багатьох зацікавлених сторін, викликає питання про те, чиї інтереси обслуговуються та яку владу використовують для підтримки цих інтересів¹¹.

⁸ Bain C., Deaton J., & Busch L. Reshaping the agri-food system: The role of standards, standard makers and third-party certifiers. In V. Higgins & G. Lawrence (Eds.), *Agricultural governance: Globalization and the new politics of regulation*. London and New York: Routledge. 2005. P. 71–83.

⁹ Алгоритм експорту. Що потрібно знати українському експортеру. 2016. С. 40. URL: http://loga.gov.ua/sites/default/files/collections/algorithm_eksportu.pdf (дата звернення: 07.05.2020).

¹⁰ Smith K., Lawrence G., Richardi C. Supermarkets’ Governance of the Agri-food Supply Chain: Is the «Corporate-Environmental» Food Regime Evident in Australia? *Int. Jnl. of Soc. of Agr. & Food*. Vol. 17. №. 2. P. 157.

¹¹ Nelson V., Tallontire A. Battlefields of ideas: changing narratives and power dynamics in private standards in global agricultural value chains. 2014. *Agric Hum Values* 31. P. 481–497. URL: <https://doi.org/10.1007/s10460-014-9512-8> (дата звернення: 07.05.2020).

До негативних особливостей приватних стандартів також відносять такі їх характеристики, як: складність розуміння, непрозорість, обмежують доступ на ринок інших виробників та надавачів послуг, невиправдані вимоги та очікування покупців як результат їх запровадження. Тому дослідження впливу приватних стандартів на конкуренцію є наразі актуальним питанням. Для України ж означена проблема буде залишатися важливою з огляду на ментальні особливості розвитку саморегулювальних механізмів.

Моральні наративи певного суб'єкта господарювання СРО покликані створити гнучкий механізм, який би об'єднав розрізнених суб'єктів господарювання у спільних прагненнях, цілях. Етичний кодекс може виступати своєрідним атрибутом «доброї практики», комунікації між представниками певного ринку та споживачами товарів та послуг, органами державної влади. Крім того, створення етичних кодексів є своєрідним цивілізаційним імперативом.

У Великій Британії з 1997 року діє схема самосертифікації (selfcertification) компетентних підприємств, яка була запроваджена урядом після тривалих консультацій уряду з представниками будівельної галузі, споживчих асоціацій та інших зацікавлених осіб щодо запропонованої схеми, варіантів її реалізації. Консультації показали загальну підтримку пропозиції у секторах, де ризик для здоров'я і безпеки для населення є низьким¹². У наведеному прикладі спостерігаємо, що самосертифікація як один із засобів саморегулювання у будівельній галузі був встановлений тільки після погодження з органами державної влади, суб'єктами господарювання та представниками споживачів у секторах з низьким ризиком для здоров'я та безпеки населення. Отже, одним з критеріїв встановлення певних засобів саморегулювання можуть бути обмеження ризиків щодо безпечності. Тобто у разі самосертифікації особа виконавця роботи та органу, який видає відповідний акт, збігаються. Самосертифікація впливає на конкурентну боротьбу за ринок, мотивує виробників підвищувати якість продукції.

¹²Беркута А. В., Осинська В. А., Галінський О. М., Вахович І. В. Організаційні та економічні аспекти зарубіжного досвіду саморегулювання у будівництві. Будівельне виробництво. 2010. № 52. С. 5.

Добровільну сертифікацію також називають «приватні» стандарти.

Довіра – це один із моральних критеріїв обмеження саморегулювання. Вимоги до якості продукції та послуг є вищими, ніж передбачені державним регулюванням. Власне, самосертифікація відбувається на основі довіри споживача до виробника продукції, послуг. Тільки той виробник, який тривалий час працює на ринку, має високий рівень довіри споживачів – може використовувати самосертифікацію як додатковий чинник у підвищенні рентабельності підприємства. Як правило, систему самосертифікації створюють на високорентабельних підприємствах та, відповідно, її можна вважати за певний маркетинговий хід. Цю форму застосовують підприємства, які мають власну службу якості, що здатна розробляти правила-стандарти якості, процедуру реалізації та забезпечення впровадження визначених стандартів, відповідальність структурних підрозділів підприємства та визначення критеріїв невідповідності тощо. Самосертифікація впливає на конкурентну боротьбу за ринок, мотивує виробників підвищувати якість продукції.

Самосертифікацію слід відрізнити від добровільної сертифікації, яка здійснюється на основі стандартів, розроблених міжнародними організаціями або ж галузевими асоціаціями та, відповідно, проводиться компетентними особами. Добровільна сертифікація також є засобом саморегулювання господарської діяльності, однак полягає у покладенні на суб'єкта саморегулювання додаткових вимог, розроблених третіми особами¹³.

Наприклад, ТОВ «Органік Стандарт» здійснює сертифікацію за приватними стандартами Міжнародної асоціації учасників органічного виробництва «БЮЛан Україна», а також за чинними міжнародними стандартами – Швейцарії, ЄС, США, Японії у відповідності із потребою та намірами виробника щодо ринку збуту органічної продукції¹⁴. У цьому випадку здійснюється добровільна сертифікація за приватними стандартами.

¹³Гончаренко О. Спеціальні обмеження саморегулювання господарської діяльності. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 8. С. 56.

¹⁴Дудар О. Т. Організаційно-економічні засади формування органічного агровиробництва: дис. ... канд. екон. наук. Тернопіль. 2011. С. 93.

На сьогодні актуальним питанням є розробка проблематики комплаєнсу в Україні. На думку О. О. Бакалінської: «Антимонопольний комплаєнс (система внутрішнього попередження порушень конкурентного законодавства) являє собою комплексну систему правових, організаційно-господарських, оперативних заходів, які розробляються суб'єктами господарювання для того, щоб мінімізувати ризики конкурентного законодавства»¹⁵. Комплаєнс стосується не тільки відповідності антимонопольному законодавству, а й іншим нормативно-правовим актам, правилам та стандартам міжнародних урядових та неурядових організацій, саморегулювальних організацій тощо. Суб'єкти господарювання на основі аналізу відповідних ризиків можуть розробляти свою комплаєнс-політику, відповідно до якої діють, здійснюють контроль та згідно з якою можуть накладати певні обмеження щодо власної діяльності.

В Україні до певних засобів саморегулювання у сфері оцінки відповідності можна віднести: добровільну оцінку відповідності (ст. 24 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» від 15.01.2015 року № 124-VIII); за певними винятками оцінку відповідності вимогам технічних регламентів (ст. 25 вказаного Закону)¹⁶.

Окрім самосертифікації існує інший вид процедурних засобів у діяльності суб'єктів господарювання – самоконтроль. Так, у державах ЄС отримала розвиток система сертифікації виробництва сільськогосподарської продукції, відповідно до якої виробники дотримуються стандартів щодо контролю якості на всіх етапах виробництва, починаючи з сировини. Підприємства гарантують безпеку своєї продукції певною мірою завдяки здійсненню власного контролю над виробництвом «самоконтролю». Основні законодавчо визначені принципи ЄС вимагають від виробників продуктів харчування взяти на себе зобов'язання «самоконтролю» і ветеринарного нагляду як «контроль «самоконтролю». К. Палцер зазначає: «Система самоконтролю обмежується дотриманням контролю за заданим набором правил. Самі постанови, виконання яких контролює орган,

¹⁵Бакалинская О. Проблемы и тенденции внедрения программ антимонопольного комплаенса в Украине. *Leges et Viata*. 2016. №. 2/2/. Февраль. С. 8.

¹⁶Про технічні регламенти та оцінку відповідності: Закон України від 15.01.2015 року № 124-VIII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/124-19/page> (дата звернення: 10.06. 2019 р.).

що здійснює моніторинг, не встановлені цим органом, а, скоріше за все, іншим органом влади, наприклад державою»¹⁷. Тобто це система коли суб'єкти господарювання здійснюють контроль за своєю діяльністю відповідно до правил, встановлених державою.

До прикладу, сфера органічного виробництва ЄС урегульована Регламентом Ради ЄС № 834/2007 від 28 червня 2007 року про органічне виробництво та маркування органічних продуктів та про скасування Регламенту ЄЕС № 2092/91¹⁸ та Регламентом комісії ЄС № 889/2008 від 5 вересня 2008 року про встановлення детальних правил для реалізації Регламенту Ради ЄС № 834/2007 щодо органічного виробництва та маркування органічних продуктів щодо органічного виробництва, маркування та контролю¹⁹, відповідно до яких запроваджується декларація виробника (vendor declaration), у якій він заявляє про відповідність продукту статті 9 Регламенту ЄС № 834/2007 стосовно заборони використання ГМО.

Т. Г. Попович зазначає: «Стандартизація (розробка, затвердження, прийняття та видання стандартів) проводиться на таких рівнях: компанії (стандарт підприємства); групи компаній (стандарт концерну); міністерства (галузевий стандарт); національному (наприклад, національний стандарт України ДСТУ); регіональному (наприклад EN); міждержавному (наприклад в рамках СНД); міжнародному (міжнародний стандарт ISO)²⁰. Далі науковиця вказує, що: «Підприємство розробляє стандарт з такими завданнями: встановити і декларувати підвищені вимоги в порівнянні з вимогами, прийнятими у конкурентів; регламентувати

¹⁷Palzer C. Co-Regulation of the Media in Europe: European Provisions for the Establishment of Co-regulation Frameworks. Legal Observations of the European Audiovisual Observatory. 2002. URL: <https://rm.coe.int/1680783387> (дата звернення: 07.05.2020).

¹⁸Council Regulation (EC) №834/2007 of 28 June 2007 on organic production and labelling of organic products and repealing Regulation (EEC) № 2092/91. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:189:0001:0023:EN:PDF> (дата звернення: 10.05.2020).

¹⁹Regulations Commission Regulation (EC) № 889/2008 of 5 September 2008 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) № 834/2007 on organic production and labelling of organic products with regard to organic production, labelling and control. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:250:0001:0084:en:PDF> (дата звернення: 07.05.2020).

²⁰ Попович Т. Г. Стандартизація як засіб регулювання господарської діяльності: монографія. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. Київ, 2018. С. 93.

внутрішні вимоги, раціоналізувати процеси та операції; забезпечити гарантії споживачам (контрагентам та кінцевим споживачам)»²¹. Саме такі стандарти і є приватними та можуть бути віднесені до «доброї практики».

Отже, стандарти можна поділити на офіційні, які виходять від міжнародних організацій, офіційних органів держав, та приватні – від суб'єктів господарювання, саморегульованих організацій, неурядових організацій. Оскільки у назві і тих і інших фігурує слово «стандарт», то часто виникає плутанина. Приватні стандарти у більшості випадків є добровільними для застосування суб'єктами господарювання, та після того як вони визначилися із потребою їх застосування та взяли на себе зобов'язання щодо їх дотримання, останні стають обов'язковими.

У світі у широкому розумінні під поняття «доброї, належної практики» підпадає низка регламентованих стандартів, які включають як засоби державного регулювання, так і засоби саморегулювання. У більшості випадків застосування того чи іншого приватного стандарту залежить від його корисності та значущості. Відповідно, такі об'ємні стандарти функціонують на глобальному, регіональному, національному та локальному рівнях.

У вузькому розумінні «добра практика» – це удосконалення одного або декількох елементів складного процесу виробництва товарів або ж надання послуг (наприклад, застосування паперових пакетів замість пластикових).

«Добру практику» можна класифікувати відповідно до кількості суб'єктів, які її розробляють та/або впроваджують: одним суб'єктом господарювання; кількома суб'єктами господарювання; транснаціональними корпораціями; СРО; міжнародними неурядовими організаціями. Згодом колективна «добра практика» може стати національним або ж міжнародним стандартом як добровільним, так і обов'язковим.

Добрі практики та Світова організація торгівлі

У рамках СОТ визначена правова база для застосування національних та міжнародних стандартів безпеки харчових продуктів. Одним з дискусійних питань, як було зазначити вище, у рам-

²¹ Попович Т. Г. Стандартизація як засіб регулювання господарської діяльності: монографія. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. Київ, 2018. С. 93–94.

ках СОТ залишається питання застосування приватних стандартів та добрих практик в аспекті протекціоністської політики держав.

Правила СОТ про використання стандартів як основи для регулятивних заходів направлені на те, щоб «міжнародні стандарти» розроблялися уповноваженими організаціями (у випадку Угоди про СФЗ) або відповідали принципам розроблення міжнародних стандартів (у випадку Угоди про ТВТ)²².

Відповідно до статті 4 Угода про технічні бар'єри в торгівлі від 15.04.1994 року члени СОТ забезпечують прийняття й дотримання їхніми центральними урядовими органами з питань стандартизації Кодексу сумлінної практики для розробки, прийняття й застосування стандартів²³. В цій Угоді визначено, що члени СОТ вживають таких доступних обґрунтованих заходів для забезпечення прийняття й дотримання Кодексу сумлінної практики місцевими урядовими та неурядовими органами з питань стандартизації, які знаходяться в межах своїх територій, а також регіональними органами з питань стандартизації, членами яких є вони або один чи більше органів, які знаходяться в межах своїх територій. Щодо поняття приватних стандартів, то про них в цій угоді не йдеться.

Згідно зі статтею 13 Угоди про застосування санітарних і фітосанітарних заходів²⁴ від 15.04.1994 року (далі—СФЗ) члени вживають таких обґрунтованих заходів, які можуть бути доступними для них, щоб забезпечити виконання відповідних положень неурядовими установами на їхній території, а також регіональними органами, у яких відповідні установи на їхній території є членами. І саме цей аспект викликає різноманітність тлумачень та неоднорідність у встановленні «приватних стандартів».

Науковці зазначають, що «Угода СФЗ спрямована на підтримку суверенного права членів на здійснення захисту життя або здоров'я людини, тварин та рослин від шкідників, хвороб та шкідливих харчових добавок. У глобальному контексті

²² International standards and «private standards». ISO. February 2010/1500. URL: http://csm.kiev.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=838%3A-q-q&catid=122%3A2015-09-15-07-01-23&lang=uk. (дата звернення: 07.05.2020).

²³ Угода про технічні бар'єри в торгівлі від 15.04.1994 року . URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_008. (дата звернення: 07.05.2020).

²⁴ Угода про застосування санітарних і фітосанітарних заходів від 15.04.1994 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_006 (дата звернення: 07.05.2020).

зменшуються кількісні тарифні обмеження в поєднанні зі зростаючою видимістю нетарифних бар'єрів. Основна мета цієї Угоди полягає у запобіганні неправомірному використанню заходів щодо охорони здоров'я для захисту національних виробників»²⁵. Заходи СФЗ можуть бути згубним протекціоністським засобом, який важко подолати через їх технічну складність (OECD 2003) та відсутність прозорості в їх реалізації²⁶. Хоча в Угоді є численні правила СФЗ, вони можуть бути скорочені до семи вимог, яких усі члени СОТ повинні дотримуватися²⁷: 1) вимога науки: захист СФЗ (для здоров'я людини, тварин та рослин та безпека) повинен базуватися на наукових доказах та наукових принципах; 2) вимога щодо оцінки ризику: члени повинні забезпечити виконання їх заходів на основі оцінки, залежно від обставин, ризиків для життя чи здоров'я людини, тварин, рослин; 3) вимога національної регуляторної узгодженості: члени повинні уникати довільних або не виправданих розрізень рівнів санітарного захисту, якщо такі відмінності призводять до дискримінації або прихованого обмеження міжнародної торгівлі; 4) вимога найменшого обмеження торгівлі: будь-який застосований захід повинен бути менш обмежувачим щодо торгівлі; 5) вимога використовувати міжнародні стандарти: члени повинні намагатися гармонізувати свої стандарти з міжнародними стандартами, оприлюдненими відповідними міжнародними органами, таких як Codex Alimentarius (для здоров'я людини), Міжнародна конвенція про захист рослин (з охорони здоров'я рослин) та Міжнародної служби епізоотій (для здоров'я тварин); 6) визнання еквівалентності: члени повинні приймати заходи СФЗ від інших членів як рівнозначні, навіть якщо ці заходи відрізня-

²⁵ Butterbaugh K., Fulton R. The WTO primer: Tracing trade's visible hand through case studies. New York: Palgrave Macmillan. 2008.

²⁶ Schuh G. E. Historical and social science perspectives on the role of risk assessment and science in protecting the domestic economy: Some background. In Board on Agriculture and Natural Resources, National Research Council (Ed.), Incorporating science, economics, and sociology in developing sanitary and phytosanitary standards in international trade. Washington, D. C.: National Academy Press. 2000. P. 23–30.

²⁷ Charnovitz, S. Improving the agreement on sanitary and phytosanitary standards. In G. P. Sampson & W. B. Chambers (Eds.). Trade, environment, and the millennium Tokyo, New York, Paris: United Nations University Press. 2000. P. 207–233.

ються від їх власних або від тих, що використовуються іншими учасниками, що торгують тим самим товаром; 7) вимога прозорості: члени повинні надсилати повідомлення стосовно змін у своїх заходах СФЗ та надавати інформацію про зміст заходів СФЗ. Також вказується, що вплив стандартів на продовольчу безпеку може бути непропорційно більшим, ніж безпека харчових продуктів.

Добра сільськогосподарська практика (далі – GAP)

Приватні сільськогосподарські стандарти стали ключовим фактором, які впливають на технічні і соціальні відносини в глобальних агропродовольчих системах. Угода про сільське господарство у рамках СОТ є наднаціональним правовим середовищем для регулювання приватної та публічної діяльності членів з метою забезпечення балансу безпеки та справедливості у міжнародній торгівлі у галузі сільського господарства²⁸. Нині розроблено цілий ряд вимог до систем менеджменту для сільськогосподарських організацій, що вписуються в рамки Належних сільськогосподарських практик (GAPs), найкращої системи управління (ВМР) та адаптованої до рослинництва НАССР²⁹. Критерії належних практик стосуються вибору території господарювання, загального менеджменту сільськогосподарської діяльності, інтегрованого захисту рослин, раціонального використання ґрунтів, водних об'єктів і територій³⁰.

Держави ЄС наділяють можливістью приватні асоціації визначати додаткові стандарти з організації виробництва, які, як правило, є більш жорсткішими. І. І. Єфремова, І. Ю. Ломакіна зазначають, що у практиці Європейського Союзу важливими є такі нормативи: належна (добра, сумлінна) сільськогосподарська практика та належна (добра, сумлінна) фермерська практика³¹. Розроблені Кодекси належної сільськогосподарської практики є прак-

²⁸ Amekawa Yuichiro. Reflections on the Growing Influence of Good Agricultural Practices in the Global South . 2009. *Agric Environ Ethics*. URL: researchgate.net/profile/Yuichiro_Amekawa/publication/225633809_Reflections_on_the_Growing_Influence_of_Good_Agricultural_Practices_in_the_Global_South/links/0 (дата звернення: 07.05.2020).

²⁹ Good Agricultural Practice For Vegetable Farming (GAP-VF). - Singapore certification scheme on GAP-VF. 2005. 12 p.

³⁰ Кос'янчук Н. І., Тютюн А. І. Належна сільськогосподарська практика у тваринництві. Ветеринарна біотехнологія. 2011. № 20. С. 82.

³¹ Єфремова І. І., Ломакіна І. Ю. Становлення та розвиток саморегулювання сільського господарства. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право. Ужгород, 2018. Вип. 52. Т. 1. С. 154.

тичними настановами, які дозволяють виробникам сільськогосподарської продукції вирішувати ряд важливих завдань, зокрема раціонально використовувати природні, трудові, фінансові та інформаційні ресурси, зменшувати негативне навантаження на довкілля, гарантувати якість та безпечність продукції і відповідність діяльності законодавчим вимогам³².

Норми GAP не обов'язкові для виконання, але впроваджуються виробниками добровільно, наприклад, в обмін на державну підтримку³³. Так, Директива Ради № 91/676 про захист вод від забруднення нітратами з сільськогосподарських джерел, із змінами і доповненнями, внесеними Регламентом (ЄС) № 1882/2003, вимагає, щоб держави-члени розробили кодекс (кодекси) належної сільськогосподарської практики з метою забезпечення загального рівня охорони вод від забруднення, який має впроваджуватися сільгоспвиробниками на добровільній основі при державному сприянні, включаючи навчання і надання інформації³⁴. І фермер, який прагне отримувати прямі субсидії, повинен дотримуватись встановлених Директивою водоохоронних вимог³⁵.

У Німеччині існує низка приватних організацій з маркування та стандартів, які є переважною власністю фермерських асоціацій (Bioland, Demeter, Naturland Biopark) і мають суворіші вимоги та системи моніторингу порівняно з вимогами Регламенту Ради ЄС № 834/2007 від 28 червня 2007 року про органічне виробництво та маркування органічних продуктів та про скасування Регламенту ЄС № 2092/91³⁶.

³² Карлашук С. В. Роль належних сільськогосподарських практик в досягненні цілей стійкого сільськогосподарського господарства. Міжнародна науково-практична конференція молодих вчених, аспірантів і студентів. Київ: НУБіП України, Вид-во ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2011. С.100.

³³Інформаційна довідка на тему: «Стандартизація харчової продукції в Європейському Союзі». Київ, 10 лютого 2013 року. Підготував Роман Шваб. С. 4. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/consleg/1991/R/01991R2092-20070101-en.pdf> (дата звернення: 10.04.2020).

³⁴Екологічні новації Спільної аграрної політики ЄС: імплементація в Україні: науково-аналітична зап./ від 10.08.2016 р. № 135-13/440/ Ін-т екон. та прогноз. НАНУ. К., 2016. С. 20.

³⁵Там само. С. 21.

³⁶Council Regulation (EC) № 834/2007 of 28 June 2007 on organic production and labelling of organic products and repealing Regulation (EEC) № 2092/91. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:189:0001:0023:EN:PDF> (дата звернення: 13.04. 2020).

Європейські виробники забезпечують якість продукції тваринництва за допомогою системи безпечності харчових продуктів (НАССР), стандарту сільськогосподарської практики (GAP), стандарту виробничої практики (GMP), стандарту гігієнічної практики (GHP) і стандарту ветеринарної практики (GVP)³⁷.

Виробники харчових продуктів та переробні підприємства добровільно долучаються до суворіших схем і проходять інспектування і сертифікацію відповідно до «приватних» стандартів³⁸. В ЄС субсидії фермерам встановлюються у випадку дотримання низки вимог, зокрема відповідної якості продуктів харчування, захисту навколишнього середовища, дотримання належних сільськогосподарських та екологічних практик, а якщо є тварини, то і належного їх утримання, здоров'я та добробуту. Назвою таких дій є «Cross Compliance» («взаємне дотримання зобов'язань»).

Правила «Cross Compliance» стосуються переважної кількості виплат, передбачених в рамках Спільної аграрної політики (САП) ЄС³⁹. Фермерам у новому програмному періоді 2014–2020 рр. надають такі прямі субсидії: єдина субсидія на сільськогосподарські угіддя; субсидія сільськогосподарських практик, які зберігають клімат і навколишнє середовище; субсидія молодому фермеру; перерозподільна субсидія; субсидія для районів з природними обмеженнями⁴⁰.

За інформацією сайту AgroNews, в Європі немає прямої заборони на використання пальмової олії у виробництві продуктів харчування. Проте багато торгових компаній Франції, Німеччини, Іспанії та Італії прийняли рішення скористатися

³⁷ Кирилюк І. М. Управління безпечністю продукції тваринництва в сучасних умовах. *Ефективна економіка*. 2019. № 11. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=7420> (дата звернення: 10.05.2020). DOI: 10.32702/2307-2105-2019.11.68.

³⁸ Organic in Europe. Prospects and Development 2014. URL: <https://shop.fibl.org/CHen/mwdownloads/download/link/id/634/?ref=1> (дата звернення: 05.05.2020).

³⁹ Making Cross-Compliance More Effective and Achieving Simplification Remains Challenging. European Court of Auditors. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. P. 7.

⁴⁰ Regulation (EU) № 1307/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing rules for direct payments to farmers under support schemes within the framework of the common agricultural policy. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1307> (дата звернення: 10.04.2020).

рекомендаціями EFSA і припинили рекламувати в своїх мережах продукти харчування, що містять пальмову олію. Але це більше рішення сумлінного бізнесу, ніж обмеження на рівні держав⁴¹.

Бертон Е. Суонсон, досліджуючи проблеми належної практики розширення сільського господарства та дорадчих послуг, визначає, що важливу роль мають відігравати приватні фірми та неурядові організації у передачі сільськогосподарських технологій, поліпшення життєдіяльності сільської місцевості та збереження природних ресурсів країни⁴². Тому саморегулювальні організації, а не тільки окремих суб'єкт господарювання, мають активно працювати у поширенні доброї сільськогосподарської практики. Слід додати, що «добрі практики» в окремих випадках є доволі обтяжливими з фінансової точки зору. Тому не кожен підприємець зможе тривалий час їх підтримувати у разі відсутності державних субсидій.

Однак «добрі практики» стосуються не тільки виробників держав ЄС. Держави, що розвиваються, мають свої особливості та приклади застосування «добрих практик».

В'єтнам. Тиск з боку в'єтнамського середнього класу щодо доступу до «безпечної їжі» викликав зміни у традиційному ланцюзі виробництва продовольчих товарів. Цей процес отримав значну підтримку уряду, внаслідок чого було запроваджено політику «безпечного» виробництва овочів та створення стандартів В'єтнамської належної сільськогосподарської практики (VietGAP). VietGAP – урядова постанова, що встановлює принципи сталого та безпечного сільськогосподарського виробництва, що підтримується системами сертифікації та аудиту. Ці споживчі ринкові перетворення разом з урядовою політикою посилили тиск на фермерів щодо прийняття більш сталої практики виробництва. У цьому документі розглядається GAP як основа для забезпечення безпеки харчових продуктів та сталого виробництва та визначається низка заходів: створення сільськогосподарської школи (FFS) як

⁴¹ Розвінчання міфів, або чому не варто забороняти пальмову олію в Україні. URL: <https://agronews.ua/node/90820> (дата звернення: 13.06. 2018).

⁴² Burton E. Swanson Global Review of Good Agricultural Extension and Advisory Service Practices . FAO. 2008. Rome. P 57. URL: https://dorada.org.ua/files/Literature/Global_Review_of_Good_Agricultural_Extension_and_Advisory_Service_Practices.pdf (дата звернення: 10.04.2020).

платформи для навчання GAP, встановлення колективних дій GAP та практики в конкретних в'єтнамських умовах для дрібних власників, де процес GAP жорстко регулюється урядом⁴³.

Таїланд. Справа рисовиків на Центральних рівнинах Таїланду. Для подолання зростаючої стурбованості щодо поліпшення безпечності харчових продуктів, якості та відповідних екологічних практик діяльності на фермах уряд та приватний сектор все частіше просувають стандарти для належної сільськогосподарської практики. У Таїланді уряд реалізував добровільну та безкоштовну програму сертифікації належних сільськогосподарських практик (GAP). Вона спрямована на мобілізацію фермерів для вдосконалення операцій на виробництві безпечної продукції та збереження навколишнього середовища, зменшуючи при цьому витрати на виробництво⁴⁴.

Малазія. Сільськогосподарська практика (GAP) у виробництві та збуті томатів. Дослідження малазійських вчених виявило, що великі фермери, які практикували GAP, мали успіх у підвищенні продуктивності та доходу (у 1,7 рази вище) та експортували якісні помідори на відміну від фермерів, які виробляють помідори, не практикуючи GAP. Дрібні фермери, які не практикували GAP, не мали доступу до кредитів для інвестицій, а також технічної підтримки. Малазійська схема сертифікації потребує вдосконалення, розширення та моніторингу для забезпечення якості продукції⁴⁵.

Індія. Одним з найбільш прогресивних штатів Індії з точки зору організації фермерів є штат Махараштра. У 1991 році за допомогою органів державної влади у цьому штаті була організована як партнерська фірма з 16 виноградарських кооперативів. Ві-

⁴³ Nicetica O., Flierta E., Chienb Ho Van, Maic Vo, Cuongb Le. Good Agricultural Practice (GAP) as a vehicle for transformation to sustainable citrus production in the Mekong Delta of Vietnam. European IFSA Symposium, 4–7 July 2010. Vienna (Austria) P. 1893–1901.

⁴⁴ Srisopaporn S., Jourdain D., Perret S. R., Shivakoti G. Adoption and continued participation in a public Good Agricultural Practices program: The case of rice farmers in the Central Plains of Thailand. *Technological Forecasting and Social Change*. 2015. Vol. 96. P. 242–253.

⁴⁵ Gazi Md Nurul Islam, Fatimah Mohamed Arshad, Radam A., Farha E. Alias. Good agricultural practices (GAP) of tomatoes in Malaysia: Evidences from Cameron Highlands. *African Journal of Business Management*. 2012. Vol. 6 (27). P. 7969–7976. URL: <http://www.academicjournals.org/AJBM>.

дтоді ця організація стала однією з найбільших експортерів свіжого столового винограду. Ця фірма діє як фасилітатор, контролер якості та постачальник вхідних даних для всіх 2 500 членів. Два виконавчих партнера (фермери) відповідають за прийняття рішень у межах організації, і їм допомагає команда професійних менеджерів та технічних спеціалістів. Виконавча рада, що складається з семи обраних голів, забезпечує контроль за діяльністю фірми⁴⁶.

Отже, застосування «добрих сільськогосподарських практик», як правило, вимагає додаткового фінансування або ж організаційних зусиль від суб'єктів господарювання та їх об'єднань.

Реалізація доброї практики в Україні

В Україні традиції, пов'язані з «доброю практикою» бізнесу, доволі молоді.

Відповідно статті 56 «Зближення технічного регулювання, стандартів та оцінки відповідності» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р.: «Україна ...зобов'язується дотримуватися принципів та практик, викладених в актуальних рішеннях та регламентах ЄС». Також стаття 404 цієї Угоди передбачає співробітництво у сфері сільського господарства та розвитку сільських територій охоплює, *inter alia*, такі сфери, зокрема: с) заохочення сучасного та сталого сільськогосподарського виробництва, з урахуванням необхідності захисту навколишнього середовища і тварин, зокрема поширення застосування методів органічного виробництва й використання біотехнологій, *inter alia* шляхом впровадження найкращих практик у цих сферах; d) обмін знаннями та найкращими практиками щодо політики розвитку сільських територій з метою сприяння економічному добробуту сільських громад; і) обмін найкращими практиками щодо механізмів підтримки політики у сфері сільського господарства та розвитку сільських територій; і) заохочення політики якості сільськогосподарської продукції у сферах стандартів продукції, вимог щодо виробництва та схем якості»⁴⁷.

⁴⁶ Mahagrapes. URL: <http://www.mahagrapes.com/> (дата звернення: 10.04.2020).

⁴⁷ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої

Загалом вказана Угода про асоціацію у більшості сфер співробітництва пронизана ідеєю впровадження, обміну практиками, кращими практиками. Крім того, Україна забезпечує поступове приведення законодавства у відповідність до *acquis* ЄС. Проведений аналіз низки Директив ЄС приводить до висновку, що «добрі практики» можуть бути застосовані у багатьох сферах господарської діяльності в Україні.

Цікаво, що низка українських виробників уже добровільно почали використовувати добрі практики. Зокрема, «... українські сільгоспвиробники спробували вийти на європейський ринок. Стало зрозуміло, що продукцію, яка продається у свіжому вигляді, насамперед ягоди, фрукти та овочі, оптові покупці з країн ЄС не беруть без сертифікату GlobalGAP. Його розробили провідні європейські роздрібні мережі, які посідають чільні позиції на світовому ринку»⁴⁸. Або ж: «... лише одне вітчизняне підприємство здійснило оцінювання відповідності продукції тваринництва стандарту GlobalGAP. Він регламентує весь процес виробництва продукції тваринництва, включно з виробництвом кормів, використанням води й ґрунтів. Його добровільно застосовують для оцінювання відповідності ПТіПХТП у понад 100 країнах світу, зокрема в європейських країнах»⁴⁹.

У Аналітичній записці «Щодо вдосконалення агроекологічних умов функціонування сільського господарства» Національного інституту стратегічних досліджень від 15.01.2014 року зазначено, що в Україні слід використовувати світовий досвід ведення економічної діяльності з урахуванням екологічних вимог збереження довкілля, зокрема, щодо встановлення правил ведення сільського господарства – Кодекс Належної сільськогосподарської практики (проект UNDP/GEF «Зниження забруднення довкілля через зміни в сільськогосподарській політиці та демонстрації пілотних проектів» для басейну ріки Дунай); Кодекс Доброї сільськогосподарської практики

сторони, від 27 червня 2014 р. № 984_011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/ (дата звернення: 01.02.2019).

⁴⁸ Як і навіщо отримувати сертифікат GlobalGAP? URL: <https://propozitsiya.com/ua/yak-i-navishcho-otrimuvati-sertifikat-globalgap> (дата звернення: 10.05.2020).

⁴⁹ Кирилюк І. М. Управління безпечністю продукції тваринництва в сучасних умовах. *Ефективна економіка*. 2019. № 11. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=7420> (дата звернення: 10.05.2020).

(регламентується Директивами ЄС «Щодо захисту водних ресурсів від забруднення нітратами від сільськогосподарських об'єктів»; «Добрі умови сільського господарства та навколишнього середовища» (Директива ЄС 1782/2003/ЄС); «Спільні стандарти Доброї фермерської практики» (Директива ЄС 1257/1999/ЄС) тощо⁵⁰.

Також у науці обґрунтовується ідея запровадження підтримки сільськогосподарських виробників за аналогією з підходом *cross-compliance*, що сприятиме реалізації положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС щодо інтеграції екологічної політики в галузеву політику та стимулювання сталого сільського господарства (глава 17, ст. 404)⁵¹, тобто фінансування сільськогосподарської діяльності в обмін на добру практику. Підтримую вказані пропозиції, однак потрібно зважати на готовність самих сільськогосподарських виробників і фінансову, і морально-етичну до таких новацій. Крім того, українські виробники і самі створюють «добрі практики» у тій чи іншій сфері господарської діяльності, тому потрібно враховувати власні національні ініціативи та реалії.

Відповідно до статті 15 Господарського кодексу України «Технічне регулювання у сфері господарювання» встановлено, що у сфері господарювання застосовуються технічні регламенти, стандарти, кодекси ustalеної практики та технічні умови. Також передбачено випадки обов'язкового застосування для суб'єктів господарювання: 1) встановлено нормативно-правовими актами; 2) передбачено посилання угодою (контрактом); 3) складання декларації про відповідність продукції певним стандартам чи застосував позначення цих стандартів у її маркуванні. Однак у цій статті не йдеться про ситуацію, коли сам суб'єкт господарювання або ж суб'єкти господарювання встановили таку практику. У цьому випадку вони також зобов'язані її дотримуватися. Отже, слід доповнити ч. 2 статті 15 Господарського кодексу України абзацом 4 у такій

⁵⁰ Аналітична записка «Щодо вдосконалення агроекологічних умов функціонування сільського господарства» Національного інституту стратегічних досліджень від 15.01.2014 р. URL: <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/ekonomika/schodo-vdoskonalennya-agroekologichnikh-umov-funkcionuvannya-sil'skogo> (дата звернення: 11.08.2020).

⁵¹ Попова О. Л. *Cross-compliance* – європейський підхід взаємного дотримання зобов'язань при наданні державної підтримки сільгоспвиробникам. *Економіка і прогнозування*. 2016. № 3. С. 152.

редакції: « 2. Застосування стандартів, кодексів ustalеної практики чи їх окремих положень є обов'язковим для: абз. 4 суб'єктів господарювання, якщо обов'язковість застосування доброї практики встановлена самим суб'єктом».

Висновки

Добру практику можна віднести до процедурних засобів саморегулювання разом із самосертифікацією; добровільною сертифікацією; добровільною оцінкою діяльності; самоконтролем; елементами комплаєнсу тощо. У найширшому розумінні вказані засоби становлять систему приватних стандартів, які можуть різнитися від держави до держави. Можуть застосовуватися по одинці або у системі. Приватні стандарти в окремій галузі, виді господарської діяльності можуть включати та поєднувати різні засоби саморегулювання.

Водночас на ці види процедурних засобів саморегулювання самообмежень можна подивитися з іншого боку та визначити як види, які застосовуються для підвищення відповідальності, включаючи соціальну відповідальність, суб'єктів саморегулювання. Однак це питання не достатньо досліджено в юридичній науці, тому потребує подальших наукових розвідок.

Результатом впровадження «добрих практик» можуть бути кодекси поведінки, сертифікація (сертифікат), маркування тощо.

Впровадження «добрих практик» різниця залежно від сфери, галузі, ринку, виду (-ів) господарської діяльності. Тому значна увага на сьогодні приділяється агропоромисловому та переробному комплексу, оскільки продовольча безпека та здоров'я людини є ключовими питаннями існування людства та забезпечення його сталого розвитку.

Важливим змістом добрих практик суб'єктів господарювання є вимоги до етичності продукції, яка виготовляється, до якої у сучасних умовах включають також дотримання трудового законодавства тощо. «Добра практика» – це фактично додаткові зобов'язання суб'єкта господарювання.

«Добру практику» можна класифікувати за порядком та ініціативою реалізації на: 1) добровільну, яка реалізується за власною волею з метою отримання певних позитивних результатів (преференцій) від держави, тобто спонукається державою; 2) добровільно-вільну, тобто яка застосовується за власною волею суб'єктом господарювання, критерієм впрова-

дження якої є його власна політика, а мета – отримання конкурентних переваг на ринку, захисту власних прав та інтересів тощо; 3) примусова – впроваджуються відповідно до певного нормативно-правового акта з ініціативи уповноважених органів держави.

ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ У ПРИВАТНИХ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИНАХ

Юридичні факти відіграють важливу роль у виникненні та здійсненні суб'єктивних прав та виконанні юридичних обов'язків у господарських правовідносинах. Встановлення та з'ясування юридичних фактів – це важливий етап механізму правового регулювання відносин, що відбуваються, та визначення реального їх змісту за участю суб'єктів господарювання.

Розвитком теорії юридичних фактів займалися багато вчених, починаючи з М. М. Коркунова, Л. Й. Шершеневича, В. И. Синайського, Л. Й. Петражицького, в подальшому В. В. Лазарєв, М. І. Матузов, В. Н. Шабалін, Л. С. Явич, С. С. Алесєєв та інші. В сучасних умовах в Україні до розвитку згаданої теорії долучилися В. В. Луць, Н. М. Кузнецова, А. В. Коструба, М. Д. Пленюк, О. В. Гарагонич та багато інших.

Незважаючи на те, що теорія юридичних фактів не є новою, окремі її положення викликають дискусії. Також розвиток суспільних відносин вимагає осмислення юридичних фактів в нових умовах, а в низці випадків й перегляду тих чи інших підходів при з'ясуванні механізму правового регулювання суспільних відносин, зокрема в умовах ринкових відносин.

Історично розвиток поняття «юридичні факти» почалося з римського права, де підставами виникнення прав та обов'язків визнавалися контракти, пакти, зобов'язання нібито з договору, зобов'язання з деліктів і нібито з деліктів і ін.¹ Однак юридична думка не змогла досягти належного рівня абстрактності, при якому різноманітність існуючих підстав, що породжують права і обов'язки, можна було звести до узагальненого поняття.

Термін «юридичні факти» в науковий обіг ввів К. Ф. Савін'ї. В праці «Система сучасного римського права» він визначив: «Я називаю події, які призводять до виникнення або закінчення правовідносин, юридичними фактами. Таким чином, всі юридичні факти збігаються один з одним в тому, що

¹ Новицкий И. Б. Римское право: учебник для академического бакалаврата. М., 2015. 298 с.

завдяки їм в правовідносинах певних осіб здійснюється будь-яка зміна в часі. Але в рамках цієї загальної природи в них виявляються великі відмінності». ² З розвитком суспільства набули подальшого розвитку і приватні економічні відносини, які передбачають специфічні юридичні факти, що обумовлені природою і сутністю ринкових відносин.

У сучасній науці юридичні факти досліджуються як в якості самостійних фрагментів правової дійсності, так і в механізмах правового регулювання суспільних відносин, де розглядається місце і функціональне призначення юридичних фактів в процесі виникнення та регулювання суспільних відносин.

Юридичний факт характеризується такими ознаками: 1) є неповторним фрагментом соціальної дійсності, з якою перебуває у постійному зв'язку; 2) характеризується конкретністю (існує у просторі і часі) та індивідуальністю (пов'язаний з конкретними суб'єктами); 3) є життєвою обставиною (подією, дією, станом), не може об'єктивуватися в думках, почуттях, бажаннях; 4) передбачається нормами права – точна або загальна вказівка на факт міститься в гіпотезі права; 5) є підставою для настання певних юридичних наслідків – слугує умовою виникнення, зміни чи припинення правовідносин; породжує суб'єктивні права та обов'язки учасників правовідносин (юридична обставина). ³

Поняття юридичного складу конструюється не із самостійних юридичних фактів, кожний з яких породжує певні юридичні наслідки, а із юридично значущих фактів, які лише у передбаченій законом сукупності здатні викликати юридичні наслідки.⁴

Як зазначала Р. О. Халфіна, найбільш повно теорія юридичних фактів була розроблена в радянському цивільному праві. Однак чисельні положення цивільно-правової науки використовуються для формування загальної теорії юридичного факту як того реального життєвого факту, на підставі якого абстрактна норма закону перетворюється в конкретні права і обов'язки конкретних осіб і організацій, поведінка яких співвідноситься з їх правами і

² Савинь Ф. К. фон. Система современного римского права: В 8-и т. Т. 2. Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М., 2012. С. 212.

³ Скаун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге вид. К., 2010. 520 с.

⁴ Миннебаев Р. Х. Презюмируемые законом факты как элементы фактического состава. *Юридическая техника*. 2010. № 4. С. 385–389.

обов'язками і породжує правові наслідки.⁵ Однак в радянські часи не було ринкових відносин, а була планова радянська адміністративна економіка, яка, як не дивно, регулювалася нормами ЦК України. Це свідчить, що застосування договору як начебто інструменту врегулювання економічних відносин між суб'єктами радянської економіки не визначало сутності таких відносин. Укладення договору не визначало волю учасників відносин та їх рух в досягненні економічних результатів, а фактично оформлювало керівну волю органів управління.

В системі ринкових господарських правовідносин конкретні життєві факти та умови мають свою специфіку, яка пов'язана не лише з волею учасників відносин, яка беззаперечно має вирішальне значення, а й з низкою закономірностей ринкової економіки, насамперед, із економічною нерівністю учасників економічних відносин, необхідністю забезпечення економічної безпеки держави, безпеки товарів, підтримки економічної конкуренції та захисту споживачів. Здійснення господарської діяльності також породжує інші види правовідносин, що не є цивільними, а юридичні факти, що традиційно відносять до підстав виникнення цивільних правовідносин, діють одночасно із іншими юридичними фактами, які визначають інший характер приватних економічних відносин, ніж характер цивільних відносин.

Автор, як базове приймає визначення юридичних фактів, яке надав С. С. Алексєєв, – це конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин.⁶ Слід підкреслити, що таке визначення не охоплює різноманіття таких життєвих обставин та особливості їх впливу на відносини, що виникають. Так, М. А. Рожкова вважає, що при визначенні юридичного факту потрібно ґрунтуватися на розумінні його як реальної життєвої обставини, яка має об'єднувати такі ознаки: по-перше, закріплення в нормі права абстрактної моделі цієї обставини, з настанням якого пов'язуються певні наслідки; по-друге, фактичне (реальне) настання цієї життєвої обставини; по-третє, можливість породжувати правові наслідки. З урахуванням цих ознак автор надає таке визначення поняття юридичного факту в цивіль-

⁵ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 285.

⁶ Алексєєв С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 72.

ному праві: це реальна життєва обставина, яке з огляду на норми права тягне за собою настання юридичних наслідків у сфері цивільних правовідносин.⁷

Автор звертає увагу, що пропозицію визначення кваліфікуючої ознаки юридичного факту у вигляді закріплення в нормі права абстрактної моделі цієї обставини, з настанням якої пов'язуються певні наслідки, можливо розглядати не лише абстрактне, а й як покладання конкретного господарського зобов'язання на невизначене коло суб'єктів господарювання, які здійснюють певні види господарської діяльності. При цьому невизначеність кола суб'єктів господарювання є умовною, оскільки такі суб'єкти внесені до державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців та державою їм присвоєні (зареєстровані) відповідні коди здійснення певних видів господарської діяльності, тобто вони визначені та обліковані. До умов набуття таким юридичним зобов'язанням юридичної сили слід віднести факт здійснення суб'єктом господарювання господарської діяльності (пропонування товарів, робіт або послуг на ринку), оскільки сам факт реєстрації суб'єкта господарювання господарських зобов'язань не породжує. Поясненням цього явища є економічні та правові закономірності, що виникають при здійсненні підприємницької діяльності, особливо в умовах ринкової економіки.

Для дослідження таких закономірностей доцільно дослідити прояв різних груп юридичних фактів в ринкових відносинах. Загальноновизнаним в сучасній науці є поділ на дві основні групи юридичних фактів – події і дії. Як підстава поділу використовується зіставлення юридичного факту з волею особи. Подія – обставина, яка не залежить від волі особи. Дія певним чином пов'язана з волею та свідомістю особи.⁸ Коли ми стверджуємо про наявність певних закономірностей (економічних, політичних, соціальних, правових та ін.) функціонування ринкових відносин, це означає наявність обставин, які як залежать, так і не залежать від волі суб'єктів ринкових відносин, які існують одночасно.

М. М. Коркунов виділяє чотири категорії юридичних фактів:

1) безпосередньо юридичні факти як події або дії, які не суперечать вимогам юридичних норм, яким незалежно від намірів

⁷ Рожкова М. Юридические факты в гражданском праве. *Хозяйство и право*. 2006. № 7. С. 6–9.

⁸ Толстой Ю. К. Теория правоотношений. Л., 1959. С. 13–14; Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 340–369.

їх здійснення присвоєно певне юридичне значення, яке полягає у виникненні юридичних прав і обов'язків або їх зміні чи припиненні;

- 2) юридичні дії;
- 3) неправомірні стани;
- 4) правопорушення.⁹

Г. Ф. Шершеневич звертає увагу, що існує ряд юридичних фактів, що не відповідають поняттю договору, не підпадають під поняття правопорушення, але з якими, проте, закон в інтересах доцільності поєднує виникнення зобов'язання. В таких випадках є лише воля законодавця. Тому нерідко прямим джерелом зобов'язання визнають закон.¹⁰ Таке визначення Г. Ф. Шершеневича фактично збігається із першою категорією юридичних фактів у М. М. Коркунова.

Далі Г. Ф. Шершеневич спростовує наведене твердження, вказуючи, що підставою зобов'язання як правовідношення може бути лише юридичний факт, а не закон, який не може бути поставлений на одну лінію з юридичним правочином або правопорушенням. Закон визначає загальні підстави всіх юридичних відносин, а тому не може бути названий джерелом зобов'язання. Очевидно, що один закон без юридичного факту не створює юридичного факту.¹¹

С. С. Алесєєв зазначає, що юридичні факти у певних випадках мають для суспільних відносин загальний характер. Такими, зокрема, є багато фактів у сфері державно-правових відносин (правосуб'єктність, загальні конституційні права і обов'язки). Загальний характер багатьох фактів породжує ілюзію, що певні правовідносини випливають безпосередньо з закону. Разом з тим, жодні юридичні наслідки безпосередньо з норми права не впливають. Юридичні наслідки, які наступають на підставі юридичних фактів, у цілому можуть бути зведені до основних фаз існування правовідношення до його виникнення або припинення, а також до зміни (правовідносинами є всі правові зв'язки, в тому числі і загальні правовідносини, включно з відносинами правосуб'єктності, правоспроможності).¹²

⁹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Изд 6-е. С.-Петербург, 1904. С. 161. URL: <http://books.e-heritage.ru/book/10080088> (дата звернення 15.08.2020).

¹⁰ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 15.

¹¹ Там само.

¹² Алесєєв С. С. Общая теория права: учеб. 2-е изд. М., 2008. С. 401–402.

З. Д. Іванова зазначала, що існують юридичні факти, які є загальними, обов'язковими елементами для багатьох фактичних складів, тимчасова послідовність в настанні елементів фактичного складу, притаманна більшості складів, проявляється в наявності першого елемента загального характеру (факт стану).¹³ На відносну стабільність стану як елемента фактичного складу вказує Ю. К. Толстой.¹⁴ Р. О. Халфіна визнає, що іноді важко розмежувати стан і тривалі правовідносини, і пропонує стан виділяти в окремі юридичні факти. Вона зазначає, що «загальнорегулятивне» правовідношення об'єднає різноманітні явища: можливість бути суб'єктом певного права, участь у конкретному правовідношенні і *правовідношення, створене самою нормою права* (курсив наш – О. Б.).¹⁵ О. М. Горюнова вказала, що саме стан здатний породити юридичні наслідки.¹⁶

Таким чином, йдеться про те, що в системі правових засобів впливу на суспільні відносини є можливість загального правовідношення та обумовлюючих його норм бути одночасно юридичним фактом щодо подальшого виникнення конкретних прав і обов'язків.

Аналізуючи наслідки прийняття правових норм, що самі по собі створюють юридичні факти, автор не погоджується з тим, що правовідносини не можуть виникати із норми закону. Наприклад, згідно зі ст. 11 ЦК України цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства. Але об'єкти цивільного права, визначені ЦК України, фігурують не лише в цивільних правовідносинах, як відносинах між конкретно визначеними особами. Також на момент прийняття тих чи інших правових норм обставини та загальні відносини, які породжують наслідки, в першу чергу економічні (позитивні і негативні), вже існують унаслідок закономірностей розвитку ринку. І завданням прийнятих правових норм є лише правове оформлення вже існуючих відносин, перетворення їх з реально існуючих економічних відносин в правові. Особливістю приватних економічних відносин є те, що одна сторона відносин має несправедливі доходи, а

¹³ Іванова З. Д. Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан. *Советское государство и право*. 1980. № 2. С. 36.

¹⁴ Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 14.

¹⁵ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 118–120.

¹⁶ Горюнова Е. Н. Диалектика юридических фактов в системе правовых норм. Белгород, 2002. С. 96–97.

справедливість є загальним принципом приватних відносин, інша ж сторона зазнає збитків або шкоди. Виникає дисбаланс ринкових відносин і їх руйнування.

Для встановлення балансу на ринку та відновлення справедливості між учасниками приватних економічних відносин держава встановлює асиметрію у відносинах, покладаючи на одних учасників відносин (суб'єкти господарювання, суб'єкти державного сектору економіки, певні учасники економічної конкуренції тощо) додаткові обов'язки, та надає іншим учасникам відносин (фізичні особи) додаткові права, які не лише можуть бути використані для захисту, а й охороняються державою незалежно від волі такої особи шляхом здійснення господарського ринкового нагляду. Але це правило абсолютно не діє, коли приватні економічні відносини виникають лише між фізичними особами. При цьому покладення на суб'єкта господарювання додаткового обов'язку здійснюється безпосередньо правовою нормою, а виникнення зв'язку (правовідносин) між суб'єктами приватних економічних відносин з приводу їх прав і обов'язків (починаючи від права вимоги уповноваженого суб'єкта, деліктних відносин або охоронних відносин унаслідок господарського ринкового нагляду) може впливати безпосередньо із правової норми без будь-яких інших обставин, які ми могли б трактувати як дії або події.

Загальновідомим є те, що норма права у гіпотезі вказує на умови виникнення правовідносин, в диспозиції – на права і обов'язки суб'єктів правовідносин, в санкції – на можливі негативні наслідки, які можуть виникнути у випадку порушення відповідної норми права. Не досліджуючи в даний момент негативні відносини, змодельюємо ситуацію, коли норма права, що встановлює права і обов'язки, прийнята, а умови виникнення правовідносин фактично існують на момент її прийняття.

Наприклад, відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» на період, що закінчується останнім календарним днем місяця, в якому завершується дія карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України на всій території України з метою запобігання поширенню на території України коронавірусної хвороби (COVID-19), звільняються від оподаткування податком на

додану вартість операції з ввезення на митну територію України та/або операції з постачання на митній території України товарів (у тому числі лікарських засобів, медичних виробів та/або медичного обладнання), необхідних для виконання заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню, локалізацію та ліквідацію спалахів, епідемій та пандемій коронавірусної хвороби (COVID-19), перелік яких визначено Кабінетом Міністрів України.¹⁷ Тобто зобов'язання по сплаті податку на додану вартість припинено, правові відносини тимчасово змінилися.

Особливістю господарських правовідносин є не лише те, що вони відбуваються між певними суб'єктами, які мають спеціальний правовий статус, а й те, що вони відбуваються в межах конституційних основ господарського правового порядку в Україні, який побудований на принципах ринкової економіки та встановлює не лише міру дозволеної поведінки, що притаманно для цивільних правовідносин, а й правові зобов'язання та заборони. Встановлення правовими приписами зобов'язань для учасників відносин незалежно від їх волі не притаманно для цивільних правовідносин, але є поширеним правилом для суб'єктів господарювання в умовах наявності економічних закономірностей ринкової економіки та державного регулювання ринкових відносин з метою врахування дії таких закономірностей і забезпечення захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальної спрямованості економіки, що гарантовано ст. 13 Конституції України.

По-перше, утримання від здійснення протиправної поведінки та порушення правових заборон, що передбачає вольову поведінку певного суб'єкта, тягне за собою певні юридичні наслідки – відсутність правопорушення та дотримання конституційного господарського порядку. Наприклад, сучасний господарський правопорядок в умовах ринку побудований на принципах економічної конкуренції. Сама економічна конкуренція передбачає систему відносин між суб'єктами господарювання, суб'єктами господарювання і споживачами, державою як регулятором і

¹⁷ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)». *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 18. Ст. 123.

суб'єктами господарювання, державою як регулятором і споживачами щодо ринкового нагляду і контролю. Наслідком встановлення правових заборон є виникнення системи добросовісних відносин економічної конкуренції або стану ринку, на якому панує економічна конкуренція.

Необхідно звернути увагу, що наявність юридичних станів також відносять до юридичних фактів, а наявність чи відсутність економічної конкуренції на певних ринках є його станом, що передбачає певні юридичні наслідки.

По-друге, сучасна ринкова економіка не може нормально розвиватися без державного регулювання, коли держава встановлює певні правові зобов'язування, приписи, згідно з якими суб'єкти господарювання зобов'язані та можуть діяти лише у встановленому законом порядку. При цьому зобов'язання фактично виникає і суб'єкт господарювання зобов'язаний здійснити фактичні дії на користь невизначеного кола учасників ринкових відносин.

Наприклад, згідно зі ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів» продавець (виконавець), який реалізує продукцію, повинен обов'язково зазначити ціну кожної одиниці такої продукції або однієї категорії продукції та ціну однієї стандартної одиниці цієї продукції.

Написи щодо ціни реалізації продукції мають бути чіткими і простими для розуміння.

Тобто правові наслідки у вигляді дій щодо визначення ціни продукції та здійснення її написання виникають унаслідок дії правової норми для невизначеного кола (поняття невизначеності є умовним, про що було вказано вище) осіб. При цьому ці відносини конкретизуються у випадку зустрічі продавця і покупця.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про захист прав споживачів» виробник (виконавець) забезпечує належну роботу (застосування, використання) продукції, в тому числі комплектуючих виробів, протягом гарантійного строку, встановленого нормативно-правовими актами, нормативними документами чи договором.

Гарантійний строк на комплектуючі вироби повинен бути не менший, ніж гарантійний строк на основний виріб, якщо інше не передбачено нормативно-правовими актами, нормативними документами чи договором.

Таким чином, поєднання припису правової норми з фактом введення товару в господарський обіг вже передбачає встановлення відносин гарантії з невизначеним колом споживачів.

По-третє, приватні економічні відносини відбуваються в умовах ризику з боку підприємців. Згідно зі ст. 42 ГК України підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. З визначення випливає, що ризик завжди супроводжує та є елементом господарських підприємницьких відносин. Що таке є ризик в умовах приватних економічних відносин?

У сучасній науці концепція і теорія фінансових, економічних та управлінських ризиків досить розроблені, тоді як проблема правових (юридичних) ризиків незаслужено не отримала належної уваги в доктрині.

Р. А. Крючков у праці «Ризик в праві: генезис, поняття і управління» визначив, що ризик в праві є «притаманна людській діяльності об'єктивно існуюча і в певних межах здатна до оцінки і вольового регулювання ймовірність понесення суб'єктами правовідносин негативних наслідків внаслідок настання несприятливих подій, закономірно пов'язаних з різноманітними передумовами (факторами ризику)».¹⁸

М. М. Великанова визначає «три підходи до визначення сутності ризику: об'єктивний, суб'єктивний та об'єктивно-суб'єктивний (змішаний). За об'єктивним підходом ризик розуміється як елемент об'єктивної дійсності, тобто є небезпекою настання негативних наслідків, що не залежить від волі та свідомості суб'єктів. Суб'єктивний підхід до розуміння ризику пов'язується із альтернативністю поведінки особи, її можливістю обирати ризикогенні ситуації. Об'єктивно-суб'єктивний (змішаний) підхід передбачає поєднання елементів і характеристик ризику, притаманному першим двом підходам. Об'єктивна ситуація, його ступінь імовірності та рівень, усвідомлюючись суб'єктом, проявляється у вольовому акті, що є результатом вибору певного варіанта поведінки».¹⁹

М. М. Великанова під ризиком в цивільному праві розуміє «життєву обставину (ситуацію), що триває впродовж певного часового періоду і має такі об'єктивно-суб'єктивні характеристики, як: невизначеність та ймовірний характер настання результату,

¹⁸ Крючков Р. А. Риск в праве: генезис, понятие и управление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011. С. 8.

¹⁹ Великанова М. М. Ризики в цивільному праві: монографія. К., 2019. С. 366–367.

можливість усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та передбачення можливих результатів, альтернативність і здатність створення правових наслідків у результаті взаємодії з іншими юридичними фактами

З одного боку, наявність ймовірності свідчить, що події у вигляді несприятливих наслідків можуть настати, або не настати, тобто юридичний факт може виникнути з незалежних від суб'єкта господарювання обставин або не виникнути. З іншого боку, наявність вольового акта, особливо у підприємстві, на що вказують більшість дослідників, надає підставу стверджувати про певні дії, які тягнуть за собою певні наслідки.

Окрім цього, ризик та несприятливі наслідки не можна розглядати окремо. У підприємницькій діяльності ризик завжди йде поряд з із прибутком. Наслідком підприємницької діяльності є або несприятливі наслідки, коли підприємець зазнає збитків, або відповідальність за результати, або отримання додаткових матеріальних благ у вигляді прибутку. При цьому високоризикові види діяльності (крім монополізованих), як правило, є високоризиковими. Вищезазначене надає підстави стверджувати, що фактор ризику передбачає вольові дії суб'єкта господарювання та є об'єктивним явищем (станом) діяльності суб'єктів господарювання в умовах ринкової економіки.

Окрім доктринальних та наукових поглядів є нормативне визначення поняття ризику та управління ним в процесі здійснення підприємницької діяльності, що дозволяє стверджувати: згідно зі ст. 1 Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» ризик це можливість виникнення та вірогідні масштаби наслідків негативного впливу протягом певного періоду часу.²⁰ Згідно зі стандартами ISO ризик – це наслідок впливу невизначеності на досягнення поставлених цілей.²¹ Звернемо увагу, що саме породження наслідків є властивістю юридичних фактів.

Ризик може бути визначений та оцінений. Оцінка ризику – це процес, що охоплює ідентифікацію ризику, аналіз ризику і порівняльну оцінку ризику. Ідентифікація ризику – це процес визначення, складання переліку та опису елементів ризику. Елементи ризику можуть включати в себе джерела ризику, події, їх причини

²⁰Закон України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності». Відомості Верховної Ради України. 2015. № 14. Ст. 96.

²¹Руководство ИСО 73:2009. Менеджмент риска. Термины и определения. URL: <http://docs.cntd.ru/document/1200088035> (дата звернення 15.08.2020).

та можливі наслідки.²² Поняття та явище ризику є об'єктивним, а настання обставин та виникнення наслідків, в тому числі правових, незважаючи на їх ймовірний характер, також є об'єктивним, оскільки іноді ймовірність перетворюється в реальність. У відносинах страхування страхова подія може наступити, а може не наступити, але ми не ставимо під сумнів відносини страхування. На думку К. Ф. Савин'ї, кожне окреме правовідношення видається нам відношенням між особою і особою, яка встановлюється правовою нормою. Це приречення правовою нормою полягає в тому, що окремій волі виділяється царина, в якій вона повинна панувати незалежно від будь-якої іншої волі.²³

До цього автором окрім подій додаються і дії інших учасників ринкових відносин в умовах економічної конкуренції, а саме, суб'єктів господарювання – конкурентів та споживачів, дії яких можуть призводити до зміни ринкової ситуації. Аналізуючи приватні економічні відносини в умовах економічної конкуренції, необхідно визначити, що в умовах ринку конкурентні відносини між приватними особами існують постійно як загальні правовідносини (відносини економічної конкуренції), а кожний учасник, який укладає правочини породжує відносини конкуренції на ринку, має право вимоги до інших учасників щодо виконання правил конкуренції в умовах господарського правового порядку, що також можливо оцінити як загальні правовідносини.

Статтю 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визначено поняття монопольного (домінуючого) становища. У випадку прийняття Антимонопольним комітетом України рішення відповідно до «Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку», затвердженої розпорядженням АМКУ № 49-р від 05. 03. 2002 року, рішення про визнання певного суб'єкта господарювання таким, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, фактично буде визначено юридичний стан ринку.

І. М. Погрібний визначає юридичні факти-стани як обставини, які існують тривалий час, мають якість об'єктивної реальності, а також безперервно або періодично породжують юридичні наслідки.²⁴

²² Руководство ИСО 73:2009. Там само.

²³ Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. 1. Пер. с нем. Г. Жигулина. Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М., 2011. С. 457.

²⁴ Погрёбной И. М. Теория права: учебное пособие. Харьков: Основа, 2003. С. 78.

В. О. Тархов відносить юридичні стани не до юридичних фактів, а до передумов виникнення правовідносин.²⁵

Прийняття за основу позиції невизнання юридичних станів самостійними юридичними фактами ставить під сумнів можливість набуття прав і виконання обов'язків учасниками господарських правовідносин.

Поряд з явищем ризику у підприємницькій діяльності, яке передбачене правовими нормами, цікавим є наявність у приватних ринкових відносинах феномена ринкової влади (домінування), коли суб'єкт відносин в силу тих чи інших факторів може впливати на діяльність інших суб'єктів, тобто такий вплив має наслідком спонукання інших суб'єктів до певних дій або нанесення шкоди унаслідок економічної конкуренції. Ринкова влада йде поряд з владою за допомогою права та економічної мішності.

Г. В. Мальцев робить оригінальну оцінку сутності права за допомогою відношення панування. «Правове відношення. - зазначає автор, - виявляється не чим іншим, як типом панування, а право – імперативно-владним явищем або, як сказали б представники неопозитивістської юриспруденції минулого століття, загальною пануючою волею». Розвиваючи ідею про суть права, Г. В. Мальцев дійшов висновку, що влада, виражена в праві, по своїй початковій природі не є державною. Державно-владний аспект найчастіше виражається в охоронних, примусових заходах по забезпеченню юридичних норм, які відрізняються від проявів юридичної влади, неполітичної за своїм характером і частенько нейтральної відносно держави. Таким чином, право, спираючись в певних випадках на підтримку державної влади як сили зовнішнього забезпечення, проте залишається і функціонує на базі внутрішньої іманентної йому влади, яку за традицією ми називаємо юридичною. Право є таким самим первинним як економіка і політика.²⁶ За певної дискусійності наведеної позиції, що правові інструменти, наприклад договір, є інструментами влади, економічна влада (примус) може заставляти особу приймати або застосовувати такі інструменти поза її волі. Це відбувається лише в системних приватних економічних відносинах у ринковій економіці, а не у відносинах між окремими особами, що регулюються цивільним правом.

²⁵ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 211–212.

²⁶ Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 287–288.

Розглядаючи розуміння економічної влади та домінування, необхідно звернути увагу, що у 1972 р. у рішенні по справі *Continental Can* Комісія ЄС дала таке визначення поняття домінуючого становища: підприємства, за визначенням Комісії, займають домінуюче становище в тих випадках, коли вони мають владу вести себе незалежно, що дозволяє їм діяти, не беручи до уваги їх конкурентів, покупців і продавців. Це таке становище, завдяки якому підприємства з причини їх ринкової частки, в тому числі разом із технічними знаннями, сировинними ресурсами або капіталом, мають владу встановлювати ціни чи контролювати виробництво або розподіл значної частини відповідної продукції.²⁷

Відповідно до практики Комісії і Суду ЄС підприємство має домінуюче становище, коли його частка перевищує 50 відсотків ринку. У випадку частки на ринку менше 25 відсотків, домінування на ринку виключається. При частках від 25 до 40 відсотків ринку підприємство визнається домінуючим тільки за наявності достатньо вагомих інших обставин. Додатковими ознаками домінуючого стану підприємства на ринку є наявність бар'єрів для вступу нових підприємств на ринок, відсутність суттєвої економічної конкуренції, фінансова потужність потенційно домінуючого підприємства, структура відповідного ринку.²⁸ Але йдеться не про відсотки, а про владу та можливість застосовувати ті економіко-правові інструменти, які було б неможливо застосовувати без наявності феномена економічної влади.

Поняття монопольного (домінуючого) становища, надане в нормативних актах України, визначено, насамперед, з позицій частки товарів на ринку, відривається від розуміння ринкової влади, панування, домінування на ринку, які безпосередньо передбачають можливість здійснення впливу на умови обороту товарів на ринку та економічну конкуренцію. Взагалі, аналіз поняття економічної конкуренції, наданого в Законі України «Про захист економічної конкуренції», свідчить, що законодавець надав визначення певної ситуації (стан досконалої конкуренції), яка повинна виникнути або є результатом певних дій, процесу, без врахування динаміки та впливу цих процесів на систему господарювання у цілому та економічну конкуренцію зокрема.

²⁷ Право Европейского Союза: Правовое регулирование торгового оборота. М., 1999. С. 121.

²⁸ Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие / Х. Й. Шмидт-Гренц, Ю. Плате, М. Пашке и др. СПб., 2007. С. 656.

Частка суб'єкта господарювання на ринку має фактичний характер, що характеризує певний стан. У випадку досягнення певних значень частки на ринку незалежно від волі суб'єкта, вона створює подію обмеження економічної конкуренції на ринку. Ця подія, як юридичний факт, з одного боку є наслідком діяльності особи, з іншого боку, унаслідок дії фундаментальних законів розвитку ринкової економіки та системного характеру відносин на ринку він має правові наслідки.

Як справедливо зазначив Й. Шумпетер, втілення нових способів виробництва й нових товарів з самого початку не сумісно з досконалою (і миттєвою) конкуренцією. Досконала конкуренція автоматично або внаслідок спеціальних заходів тимчасово руйнується і завжди руйнувалася всюди, де з'являлося щось нове, навіть коли всі інші ознаки досконалої конкуренції були в наявності.²⁹ Таким же чином можливо стверджувати, що виникнення нових видів відносин унаслідок втілення нових способів виробництва й нових товарів, зокрема, економічної конкуренції, інших видів ринкових відносин, які потребують нагляд і охорону та можуть мати негативні наслідки для ринку і суспільства, не сумісно із старими поглядами на природу відносин, підстави і порядок їх виникнення.

Д. В. Задихайло навів дефініцію економічної влади «як феномен функціонування господарських відносин, що є базовим типом суспільної влади, яка виникає та реалізується в межах економічної системи у відносинах між її суб'єктами, яким властивий особливий за характером, змістом та інтенсивністю вольовий вплив на економічну поведінку контрагентів, на порядок функціонування економічних інститутів з метою використання приналежних переваг для забезпечення власних інтересів».

У сфері приватних відносин вона «виявляє себе в процесі концентрації економічних активів у визначених законодавством організаційно-правових формах, коли господарська організація за рахунок створення ринкових переваг отримує можливість суттєво впливати на економічну поведінку контрагентів, інших суб'єктів економічної системи, на стан макроекономічної рівноваги з метою реалізації власної стратегії розвитку, в тому числі

²⁹ Шумпетер Й. Капіталізм, соціалізм і демократія. Пер. с англ. М.: Економіка, 1995. С. 151.

через конфлікт з іншими носіями економічної влади». ³⁰ Конфлікт між різними учасниками ринкових відносин унаслідок економічної конкуренції можна також розглядати як подію, яка існує об'єктивно незалежно від волі самих суб'єктів відносин. Сам ефект синергії, що виявляється унаслідок одночасного існування різноманітних ринкових відносин і дії ринкових сил, створює фактичні та правові наслідки.

Для порівняння: у класичному розумінні монополією владою є спроможність фірми або групи фірм впливати на ринкову ціну товарів або послуг, які вони продають. Причиною певної монополією влади можуть стати такі умови:

1) мінімальний економічно ефективний розмір підприємства настільки великий порівняно з розміром ринку, що тільки одна фірма може функціонувати ефективно;

2) диференціація продукції;

3) вхідні бар'єри, що ставлять потенційних конкурентів у невигідне становище щодо витрат виробництва порівняно з фірмами, які давно працюють на ринку;

4) патентне право, що надає виняткове право на використання даного методу виробництва;

5) високі транспортні витрати, що заохочують функціонування місцевих монополістів. ³¹

Чи є, наприклад, ринковий бар'єр для вступу на ринок юридичним фактом? Питання дискусійне, але на думку автора він створює правові наслідки у вигляді неможливості суб'єкта господарювання вступити на ринок та реалізувати на ньому свою правосуб'єктність. Ринковий бар'єр може бути наслідком дій певних учасників ринку. А може виникати унаслідок економічного розвитку.

З економічної точки зору влада на ринку надає можливість з метою отримання прибутку встановлювати ціну, що є вищою конкурентного рівня протягом тривалого періоду часу. ³² Чи є можливість встановлення фактично несправедливої ціни правовим

³⁰Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. докт. юрид. наук: 12. 00. 04. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Х., 2013. С. 8.

³¹ Словник сучасної економіки Макмілліана. Пер. з англ. К., 2000. С. 317.

³² William M. Landrs & Richard A. Posner. Market Power in Antitrust Cases, 94 Harv. L. Rev. , 1981. P. 937.

наслідком наявності ринкової влади? Автор вважає що так, незважаючи на те, що поширеною є думка, що це економічні відносини. Але є фактом, що певні економічні відносини мають юридичні наслідки, тобто вони певною мірою перетворюються в правові, хоча поширеною є думка, що це лише передумова правових відносин.

Чинні нормативні акти України визначають ринкову (монопольну) владу як здатність суб'єкта господарювання (групи суб'єктів господарювання) визначати чи суттєво впливати на умови обороту товару на ринку, не допускати, усувати, обмежувати конкуренцію, зокрема, підвищувати ціну та підтримувати її понад рівень ціни, що існував би за умов значної конкуренції.

Відповідно до п. 10. 3. Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затвердженої розпорядженням Антимонопольного комітету України № 49-р від 05. 03. 2002, ознаками ринкової влади є:

- здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання, який (які) не є єдиним (єдиними) виробником (ами), (постачальником (ами)) відповідного товару (товарної групи), диктувати свої умови при продажу товару (товарної групи), укладенні договору про поставки, нав'язувати споживачу не вигідні умови;

- здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання шляхом монополізації ринку постачання виробничих ресурсів обмежувати конкуренцію, витіснити з ринку інших підприємців, які виробляють відповідні товари (товарні групи) із застосуванням цих виробничих ресурсів, або створювати бар'єри вступу на ринок;

- здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання скорочувати або обмежувати випуск товарів (товарних груп) і постачання їх на ринок збуту з метою отримання односторонньої користі при купівлі або продажу товарів (товарних груп), при укладанні договорів і угод про постачання товарів (товарних груп), а інші суб'єкти господарювання, які є його конкурентами, не здатні компенсувати утворений дефіцит товарів (товарних груп);

- здатність суб'єкта (суб'єктів) господарювання підвищувати ціни на товари (товарні групи) і підтримувати їх на рівні, що перевищує рівень, обумовлений конкуренцією на ринку.

Тобто це поняття прямо не пов'язується із наявністю певної частки на ринку та ступеня його монополізації, як це традиційно розглядається відповідно до вимог антимонопольного законодавства України. Іншим питанням є надання оцінки поняттю «здат-

ність». З одного боку, воно має суб'єктивний характер для конкретного суб'єкта господарювання, з іншого – у сукупності створює юридичні наслідки у вигляді наявності юридичного стану наявності/відсутності економічної конкуренції. Певні вчені вирішують це питання за допомогою встановлення фактичного складу правовідношення, але безсумнівним є наявність юридичних наслідків при відсутності волі такого суб'єкта.

Порівняно із західним законодавством в Україні не деталізують поняття «умови обороту товарів на ринку». Насамперед, незрозуміло, яким чином умови обороту товарів на ринку пов'язані із новаторськими інноваційними рішеннями суб'єктів господарювання для отримання перемоги в конкурентній боротьбі, що визначають споживчі якості товару та попит на нього, та появою на ринку нових виробників, засобів і способів виробництва, товарів. Всі розглядають поняття «умови обороту товарів на ринку» як фактичні обставини. Але в ринкових умовах унаслідок реалізації явища економічної конкуренції, якому законодавець надав юридичний характер, умови обороту товарів на ринку набувають юридичного значення та мають правові наслідки, наприклад, введення споживачів в оману.

Економічна рівновага, яка фіксує умови обороту товарів, має штучний характер, який до певного моменту визначає пануюча фірма на власну користь, і залежить від багатьох факторів, найбільш вдалий перелік яких наведено М. Портером. Ці фактори не завжди залежать від цієї фірми і можуть постійно змінюватися.

На думку Ф. Перу, вивчення ринкових відносин, насамперед, має стосуватися мети, яку мають пануючі фірми в господарських відносинах, методів, за допомогою яких вони диктують власну волю та посилюють особисте становище, засобів протидії тим, хто може підпасти під панування.³³

Тобто суб'єкт господарювання може підпадати під критерії підприємства, що має домінуюче становище, але не мати ринкової влади внаслідок протидії йому з боку інших суб'єктів ринку та зазнавати значної конкуренції на ринку, або мати ринкову владу за допомогою застосування певних організаційних і економічних методів, в тому числі законних, але не відповідати критеріям домінуючого становища на певному ринку, які визначені нормативними документами.

³³ Дементьев В. В. Рентно-ориентированное поведение и господствующая фирма в переходной экономике Украины. *Экономика и право*. 2001. №1. С. 81.

Для того, щоб стверджувати про обмеження або відсутність конкуренції, ми маємо виявити умови, які перешкоджають учасникам ринку конкурувати.

Традиційна теорія конкуренції була побудована на двох незалежних передумовах: відсутності впливу продавця на ціну і вільному вході суб'єктів господарювання на ринок.³⁴ І. Кірцнер слушно зазначає, що конкуренція потенційно існує як процес доти, доки не існує штучних перешкод для входу суб'єктів господарювання на ринок. До того часу, доки суб'єкти господарювання можуть пропонувати більш привабливі можливості для задоволення споживчого попиту, про які їм відомо, ніхто не застрахований ні від спонукання, ні від необхідності конкурувати. Тільки в тому випадку, коли суб'єкт господарювання може запропонувати на ринку більш привабливі пропозиції, але будуть штучно створені умови, які не нададуть йому можливості це зробити, виникне питання перешкоджання або взагалі відсутності конкуренції.³⁵ Тобто лише в такий спосіб можливе створення монополії як перешкоди конкуренції та системі господарювання.

В інших випадках, коли певний вид господарської діяльності надає можливість отримувати певні прибутки, суб'єкти господарювання будуть намагатися конкурувати із підприємством, що займає домінуюче становище, незалежно від ступеня монополізації ринку.

Сучасне законодавство передбачає два основні критерії для визначення домінуючого (монопольного) положення суб'єкта господарювання на ринку: якісний і кількісний.

Якісний критерій, який має бути головним та вказувати на сутність поведінки та взаємовідносин суб'єкта господарювання на ринку, повинен зазнавати значної конкуренції.

Основними ознаками, що визначають сутність поведінки суб'єкта господарювання, є наявність факторів обмеження доступу інших суб'єктів господарювання на ринок та визначення умов обігу товарів, які, зокрема, визначаються:

– наявністю або встановленням бар'єрів для доступу на ринок інших суб'єктів господарювання;

³⁴ Triffin R. Monopolistic Competition and General Equilibrium Theory. Cambridge: Harvard University Press, 1940. P. 136.

³⁵ Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство. Пер. с англ. Под ред. проф. А. И. Романова. М., 2001. С. 102.

– обмеженістю можливостей доступу інших суб'єктів господарювання ще до закупівлі сировини, матеріалів;

– обмеженістю збуту товарів та встановлення бар'єрів для залишення цього ринку з метою знайти на інших товарних ринках покупців (продавців) у зв'язку з труднощами реалізації того, у що був вкладений капітал;

– відданістю споживачів компаніям і їх товарам, продуктам харчування і одягу, які вони знають та використовують.

Антимонопольний комітет України в Методиці визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку під бар'єрами для вступу потенційних конкурентів на відповідний ринок розуміє:

– обмеження за попитом, пов'язані з високою насиченістю ринку товарами (товарними групами) та низькою платоспроможністю покупців;

– адміністративні обмеження;

– економічні та організаційні обмеження;

– екологічні обмеження;

– нерозвиненість ринкової інфраструктури;

– інші обмеження, що спричиняють суттєві витрати, необхідні для вступу на певний ринок товару (товарної групи).

За винятком адміністративних обмежень, навряд чи інші так звані бар'єри мають відношення до критеріїв наявності конкуренції, що впливають із визначення конкуренції, наданого в Законі. Разом з тим наявність посилання на економічні, екологічні, організаційні обмеження свідчить про можливість великого впливу на розуміння факту наявності чи обмеженості конкуренції з боку соціально-політичних чинників. Тому, з іншого боку, надання їм правового значення може свідчити про перетворення соціальних відносин у правові.

Кількісний критерій визначає частку ринку, яку суб'єкт господарювання має займати, щоб це дозволяло йому визначати умови обороту товарів на ринку, створювати бар'єри для вступу на ринок. Але це не завжди є достатньою умовою для спроможності визначати умови обороту товарів на ринку. При цьому для дослідження і надання висновку про наявність чи відсутність конкуренції виникає велика проблема визначення відповідного ринку. Залежно від того, ринок яких товарів досліджується, широти його асортименту, того, наскільки визнається схожість споживчих якостей цих товарів, частка одного й того ж підприємства на ринку може змінюватися від 100 відсотків до 5 і навіть менше.

Тобто, з одного боку, закон визначає частку на ринку, яка передбачає юридичний стан монопольного становища, з іншого – суб'єкт не впливає на загальні умови обороту товарів

Поширеною є думка, що юридичні факти, як правило, виникають і існують поза права, але надання їм законодавцем правового характеру необхідно для їх регулювання і впорядкування.³⁶ Автором ставиться під сумнів таке твердження, оскільки йдеться про юридичні наслідки виникнення правовідносин прийняття і набуття чинності нормативними актами, які встановлюють юридичні зобов'язання для суб'єктів відносин фактично створюючи у певних випадках юридичний факт стосовно невизначеного кола інших суб'єктів. Особливо це притаманно для сфери господарювання, де нормативний акт часто-густо покладає на суб'єктів господарювання позитивне юридичне зобов'язування здійснити конкретні дії на користь інших осіб, наприклад, споживачів, навіть без наявності волі або домагань останніх, а ринковий стан, як фактичний склад відносин, вже існує.

Висновки. Для встановлення балансу на ринку та відновлення справедливості між учасниками приватних економічних відносин держава встановлює асиметрію у відносинах, покладаючи на одних учасників відносин (суб'єкти господарювання, суб'єкти державного сектору економіки, певні учасники економічної конкуренції тощо) додаткові обов'язки, та надає іншим учасникам відносин (фізичні особи) додаткові права, які не лише можуть бути використані для захисту, а й охороняються державою незалежно від волі такої особи шляхом здійснення господарського ринкового нагляду. При цьому покладення на суб'єкта господарювання додаткового обов'язку здійснюється безпосередньо правовою нормою, а виникнення зв'язку (правовідносин) між суб'єктами приватних економічних відносин з приводу їх прав і обов'язків в умовах ринку (починаючи від права вимоги уповноваженого суб'єкта, деліктних відносин або охоронних відносин унаслідок господарського ринкового нагляду) може впливати безпосередньо із правової норми без будь-яких інших обставин, які ми могли б трактувати як дії або події.

³⁶ Юридический факт. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9_%D1%84%D0%B0%D0%BA%D1%82 (дата звернення 15.08.2020).

Серед особливих чинників сучасних приватних економічних відносин в умовах ринку є явища «ризик», «економічної (ринкової) влади», «економічної конкуренції», які можна розглядати як юридичні стани (факти), що породжують загальні правовідносини, які також можуть конкретизуватися та перетворюватися у конкретні правовідносини.

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток

Наукове видання

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВИХ
ВІДНОСИН В УМОВАХ ГРОМАДЯНСЬКОГО
СУСПІЛЬСТВА**

Збірник наукових праць
Випуск третій

Редактор І. А. Янчук
Комп'ютерна верстка С. В. Максименко

Підписано до друку 26.11.2020 Формат 60x84/16
Обл.-вид. арк. 10,7 Тираж 300 прим. Зам. № 20-011

Видавець: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23-а, м. Київ, 01042

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 4758 від 07.08.2014 р.