

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО
ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА**

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВИХ ВІДНОСИН
В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ**

Київ 2023

УДК 34:338.242 (082)

Рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (протокол № 9 від 27 вересня 2023 р.)

Рецензенти:

Дерев'янко Богдан Володимирович – доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Демченко Сергій Федорович - доктор юридичних наук, помічник президента Національної академії наук України, голова Вищого господарського суду України у відставці, заслужений юрист України

Правове забезпечення ринкових відносин в умовах євроінтеграції: Збірник наукових праць / За ред. В.І. Полюховича, Л.В.Андрущенко, Г.Ф.Нікуліної. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. с. 275.

У збірник увійшли статті, в яких висвітлюються актуальні проблеми правового забезпечення ринкових відносин в умовах євроінтеграції. Збірник наукових праць розрахований на науковців, практиків, викладачів, аспірантів і здобувачів, студентів юридичних навчальних закладів та юридичних факультетів, а також усіх, хто цікавиться проблемами приватного права і підприємництва.

ISBN

Адреса редакційної колегії: 01042, м. Київ, вул. Павла Загребельного, 23-А, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. Тел. 286-70-98.

© НДІ приватного права і підприємництва
ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023

ЗМІСТ

НОВІ ЗАКОНОДАВЧІ ІНІЦІАТИВИ В СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ (<i>Полюхович Валерій Іванович</i>).....	3
МІСЦЕ ТА ЗНАЧЕННЯ РИНКОВОГО НАГЛЯДУ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ОБОРОТІ (<i>Безух Олександр Васильович</i>).....	36
ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ПІДТРИМКИ І ЗАХИСТУ УКРАЇНСЬКИХ ЕКСПОРТЕРІВ (<i>Бакалінська Ольга Олегівна</i>).....	60
РОЗВИТОК ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ БАНКІВ З ІНОЗЕМНИМ КАПІТАЛОМ В УКРАЇНІ (<i>Цветков Андрій Михайлович</i>).....	90
ПРЕДСТАВНИЦТВО СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НА ШЛЯХУ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ (<i>Бичкова Світлана Сергіївна</i>).....	111
ГОСПОДАРСЬКА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ В УМОВАХ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВОЄННОГО СТАНУ (<i>Гончаренко Олена Миколаївна</i>).....	135
ПРОСТЕ АКЦІОНЕРНЕ ТОВАРИСТВО ЯК ФОРМА ЗАЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ В ІТ-СФЕРУ (<i>Ковалишин Олександр Романович</i>).....	162
ФУНКЦІОНУВАННЯ ПІДПРИЄМСТВ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ (<i>Черненко Олена Анатоліївна</i>).....	187
ВІЙСЬКОВИЙ ЕКОЦИД: НАСЛІДКИ ДЛЯ ПРАВА І ЕКОНОМІКИ (<i>Олефір Віктор Іванович</i>).....	205
СТРАХУВАННЯ У СФЕРІ ІНВЕСТИЦІЙНО-ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ : МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ (<i>Андрущенко Лілія Вікторівна</i>).....	229
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ МЕЖ РОЗСУДУ В АРБІТРАЖІ (<i>Запорожченко Аркадій Віталійович</i>).....	254

*Полюхович Валерій Іванович,
доктор юридичних наук, старший науковий
співробітник, завідувач відділу правового забезпечення
ринкової економіки Інституту приватного права і
підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

НОВІ ЗАКОНОДАВЧІ ІНІЦІАТИВИ В СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Вже більше року в Україні тривають активні воєнні дії внаслідок агресії російської федерації та діє воєнний стан. Проте законотворча робота в сфері антимонопольного регулювання після певної перерви була поновлена і станом на сьогодні у Верховній Раді України зареєстровано два нові об'ємні законопроекти: «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 9330 від 26.05.2023 [1] (далі по тексту – законопроект № 9330) та альтернативний до нього «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 9330-1 від 02.06.2023 [2] (далі по тексту – законопроект № 9330-1).

В межах свого дослідження я розгляну основні законодавчі новели запропонованих законопроектів.

Законодавці пропонують внесення ряду змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» [3]. Так в межах законопроекту № 9330-1 пропонується оновлення Загальних положень щодо правового статусу Антимонопольного комітету України, його підзвітності, основних принципів діяльності. Так, запропоновано викласти статтю 1 Закону в такій редакції: «Антимонопольний комітет України є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, моніторингу та контролю функціонування систем державної допомоги та публічних закупівель та їх відповідності міжнародним зобов'язанням України спрямованим на

забезпечення захисту та розвитку конкуренції у сферах державної допомоги та публічних закупівель.»

Так, дійсно зміст правового статусу Антимонопольного комітету України вже тривалий час потребує уточнення шляхом внесення давно назрілих змін, пов'язаних з виконанням функцій захисту та розвитку конкуренції у сферах державної допомоги та публічних закупівель.

В межах цього ж законопроекту пропонується внесення змін і до статті 2 Закону «Підконтрольність, підзвітність та відкритість діяльності Антимонопольного комітету України». Так пропонується доповнити положення чинної статті нормами, що встановлюють чіткі часові рамки подання АМКУ звіту Верховній Раді України про свою діяльність (не пізніше квітня наступного за звітним року), а Верховна Рада заслуховує його на своєму пленарному засіданні Верховної Ради (не пізніше червня місяця) та за результатами заслуховування звіту Антимонопольного комітету України Верховною Радою України приймається постанова, яка містить оцінку діяльності Антимонопольного комітету України за звітний період.

Також запропоновано закріпити положення про те, що «Звіт повинен містити оцінку стану захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, стану моніторингу та контролю функціонування систем державної допомоги та публічних закупівель, наявності загроз неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції для економічного розвитку держави, шляхи їх подолання та пріоритети діяльності Антимонопольного комітету України.»

В зв'язку з цим доповнено повноваження Голови Антимонопольного комітету України в статті 9 Закону: «Голова Антимонопольного комітету України не рідше одного разу на рік звітує перед Верховною Радою України про діяльність Антимонопольного комітету України та представляє звіт Комітету на пленарному засіданні Верховної Ради України».

Це достатньо слушна пропозиція, яка спрямована на підвищення якості аналізу та більш глибокому дослідженню звітності діяльності

Антимонопольного комітету України з боку Верховної Ради України. Адже чинні положення щодо підзвітності АМКУ Верховній Раді України без обов'язку заслуховування на пленарному засіданні мають своїм наслідком формальний підхід до оцінки його діяльності законодавчим органом. Цей формат звітності безперечно сприятиме підвищенню обізнаності про діяльність Антимонопольного комітету України та надасть можливість зацікавленим та компетентним в конкурентній сфері депутатам задавати безпосередньо в межах пленарного засідання питання голові АМКУ з приводу діяльності органу та виконання ним своїх завдань, особливо в частині розгляду резонансних справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, наявності загроз неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції для економічного розвитку держави, шляхи їх подолання.

Запропоновано доповнити статтю 4 Закону «Принципи діяльності Антимонопольного комітету України» принципами верховенства права, правової та процесуальної визначеності. Це також давно назрілі зміни, що відбивають процеси розвитку правового забезпечення діяльності АМКУ.

На мій погляд потребує оновлення і стаття 5 Закону «Законодавство про Антимонопольний комітет України», адже окрім законів України "Про захист економічної конкуренції", "Про захист від недобросовісної конкуренції", "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" невід'ємною частиною конкурентного законодавства є закони України «Про природні монополії» та «Про публічні закупівлі», про що також необхідно вказати в Законі, оскільки така правова традиція має місце.

В межах обох законопроектів пропонується внесення змін до статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» «Повноваження Антимонопольного комітету України». Вартою уваги є пропозиція в межах законопроекту № 9330-1 по розвитку положень щодо проведення перевірок, огляду приміщень, накладення арешту, передбачених в новій редакції п. 7 ст. 7 Закону: «7) у випадках та порядку, визначених законом, в межах перевірок

та на підставі рішення суду мати безперешкодний доступ до приміщень підприємств, установ та організацій, до місць зберігання інформації, що перебуває у володінні та/або користуванні суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (комп'ютерів, засобів телекомунікації (електрозв'язку), технічних засобів електронних комунікацій та зберігання інформації, серверів, сейфів, робочих місць працівників тощо), незалежно від їх місцезнаходження (крім житлових приміщень), копіювати та/або одержувати копії такої інформації та документів, на підставі рішення суду накладати арешт або вилучати предмети чи інші носії інформації, оригінали документів, опломбовувати (опечатувати) приміщення, системи комунікацій чи місця зберігання інформації у спосіб, що унеможливує ознайомлення з їх змістом, на підставі рішення суду проводити огляд приміщень та інших володінь суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, що перевіряються».

Необхідно звернути увагу, законодавець пропонує проводити всі вказані дії – доступ та огляд приміщень, вилучення предметів чи носіїв інформації та накладення арешту здійснювати виключно на підставі рішення суду. На мою думку, ці пропозиції відповідають процесам демократизації процедур діяльності АМКУ, але в дійсності їх запровадження має ризики ускладнити виконання Антимонопольним комітетом України своїх обов'язків, адже про звернення до суду для отримання дозволу на вчинення таких дій може стати відомо представникам об'єкта перевірки, що надасть їм змогу приховати, знищити можливі докази їх протизаконної діяльності і вихолостить всі зусилля працівників АМКУ по їх виявленню. Законодавець для того щоб запобігти можливому розголошенню інформації про отримання органами АМКУ пропонує внесення до Господарського процесуального кодексу України зміни, в яких передбачити особливий розгляд справи у порядку

спрощеного позовного провадження за клопотаннями Антимонопольного комітету України. В запропонованій ст. 252-1 передбачається, що Антимонопольний комітет України звертається до суду з клопотанням про проведення перевірки суб'єкта господарювання, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації, а також про доступ до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації (крім житлових приміщень) під час розгляду Антимонопольним комітетом України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Визначено зміст та обов'язкові складові такого клопотання, серед яких зазначаються:

підстави та обґрунтування необхідності проведення перевірки, доступу до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації, в тому числі викладення обґрунтованих підстав вважати, що предмети, оригінали документів або інші носії інформації перебувають або можуть перебувати у володінні або користуванні відповідного суб'єкта господарювання, підприємства, установи, організації, органу влади, органу місцевого самоврядування, органу адміністративно-господарського управління та контролю, а також обґрунтування того, що доступ до предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації неможливо отримати органом Антимонопольного комітету України у добровільному порядку в інший спосіб;

можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах, документах чи інших носіях інформації, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей, документів чи інших носіїв інформації;

обґрунтування необхідності вилучення речей, оригіналів або копій документів чи інших носіїв інформації, якщо відповідне питання порушується органом Антимонопольного комітету України.

Суд розглядає клопотання в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи за наявними у справі матеріалами. За клопотанням Антимонопольного комітету України або з власної ініціативи суду розгляд справи може проводитися в судовому засіданні з викликом Антимонопольного комітету України.

Суд відмовляє у задоволенні клопотання у разі, якщо не наведено достатніх підстав для необхідності проведення таких дій та/або не достатньо обґрунтовано необхідність отримання такого дозволу.

Головною особливістю ухвали господарського суду про надання дозволу на проведення перевірки суб'єкта господарювання, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації, а також про доступ до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації є те, що вона не підлягає оприлюдненню до початку проведення органом Антимонопольного комітету України огляду або тимчасового доступу до речей та документів. А її оскарження можливе лише протягом 20 днів з дати отримання її копії суб'єктом господарювання. Оскарження ухвали не зупиняє її виконання, якщо інше рішення не прийнято судом. Оприлюднення ухвали про надання дозволу на проведення перевірки суб'єкта господарювання, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації, а також про доступ до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації здійснюється не раніше наступного дня за останнім днем закінчення строку дозволу на проведення таких дій.

Відповідні зміни пропонуються до Закону України «Про доступ до судових рішень» [4], де в ст. 2 Закону пропонується закріпити виключення з чинного порядку оприлюднення рішень: «2. Судові рішення є відкритими та підлягають оприлюдненню в електронній формі не пізніше наступного дня після їх виготовлення і підписання, крім ... ухвал господарського суду про надання дозволу на проведення перевірки суб'єкта господарювання, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших

носіїв інформації, а також про доступ до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації, під час розгляду органами Антимонопольному комітету України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, які підлягають оприлюдненню не раніше дня їх звернення до виконання.»

А загальний доступ до ухвал господарського суду про надання дозволу на проведення перевірки суб'єкта господарювання, накладення арешту, вилучення предметів, оригіналів документів чи інших носіїв інформації, а також про доступ до приміщень, систем комунікацій чи місць зберігання інформації під час розгляду органами Антимонопольному комітету України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, забезпечується через один рік після внесення таких ухвал до Єдиного державного реєстру судових рішень.

Будемо сподіватися, що запропонований механізм обмеження доступу до інформації про ухвали про надання дозволів органам АМКУ буде достатнім для забезпечення непоширення інформації про відповідні процесуальні дії.

Також серед нових повноважень Апарату Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень передбачено внесення до ст. 15 Закону положення щодо забезпечення «самопредставництво інтересів Антимонопольного комітету України та його органів у суді». Вживання терміну самопредставництво на нашу думку некоректне, бо звужує можливості для представництва шляхом залучення інших фахівців, адвокатів у справах АМКУ.

В зв'язку з цим є актуальною давно назріла пропозиція по законодавчому закріпленню повноважень та обов'язку поліції по забезпеченню силової підтримки для виконання Антимонопольним комітетом України покладених на нього завдань.

Відповідно до п. 8 частини 1 статті 7 Закону у разі перешкоджання працівникам Антимонопольного комітету України у виконанні ними

повноважень, передбачених пунктами 4, 5 і 7 цієї частини, залучати поліцейських для застосування заходів, передбачених законом, для подолання перешкод, а також відповідно до п. 9 статті 7 Закону Антимонопольний комітет України має повноваження залучати поліцейських, працівників митних та інших правоохоронних органів для забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема в разі проведення розслідування.

Хоча відповідні норми закріплені в Законі України «Про Антимонопольний комітет України» ще в 2004 році, проте відсутність кореспондуючої норми в спеціальному законодавстві, яким регулюється діяльність органів правопорядку, унеможлиблювала залучення працівників міліції, а згодом поліції до забезпечення належного проведення перевірок та інших заходів працівниками Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень.

В обох представлених законопроектах є пропозиції по внесенню змін до Закону України «Про Національну поліцію» [5] шляхом доповнення ст. 23 «Основні повноваження поліції» окремим пунктом такого змісту: вживає заходів для належного проведення перевірок працівниками Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень, забезпечення публічної безпеки і порядку під час проведення таких перевірок, розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції або вилучення доказів у справі, а також вживає заходів, спрямованих на усунення загроз життю та здоров'ю працівників Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень та інших осіб, які беруть участь у зазначених у цьому пункті діях. Залучення працівників поліції для проведення перевірок працівниками Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень під час розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції або вилучення доказів у справі здійснюється за вмотивованим зверненням, яке надсилається керівнику територіального органу поліції за

місцем проведення відповідної дії. Відмова у залученні працівників поліції для проведення зазначених у цьому пункті дій допускається лише з підстав залучення особового складу цього територіального органу поліції до припинення групового порушення громадської безпеки і порядку чи масових заворушень, а також для подолання наслідків масштабних аварій чи інших масштабних надзвичайних ситуацій.»

Особливо відзначимо, що визначений виключний перелік підстав для відмови у залученні працівників поліції повинен служити запорукою виконання працівниками поліції своїх обов'язків по відношенню до органів Антимонопольного комітету України.

Взагалі, в діяльності конкурентних відомств зарубіжних країни є практика існування відповідних силових підрозділів в їх складі, що безпосередньо забезпечує супровід працівників при здійсненні ними зовнішніх заходів, пов'язаних з проведенням перевірок суб'єктів господарювання та відповідно 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. Цей шлях є більш фінансово затратним. І враховуючи сьогоденний стан справ в Українській державі навряд чи є можливим для його 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.

Тому внесення запропонованих змін повинно створити належні правові основи для забезпечення виконання підрозділами Антимонопольного комітету України своїх завдань.

Серед інших новел також відзначимо доповнення Закону статтею 24/1 «Відкритість та прозорість діяльності Антимонопольного комітету України»:

На офіційному веб-сайті Антимонопольного комітету України оприлюднюється інформація про дослідження ринків - звіти про результати проведених досліджень ринків. Звіти підлягають оприлюдненню протягом десяти робочих днів з дня їх затвердження Антимонопольним комітетом України або адміністративною колегією Антимонопольного комітету України. На офіційному веб-сайті Антимонопольного комітету України оприлюднюються порядки денні засідань Антимонопольного комітету України та адміністративної колегії Антимонопольного комітету України. Оприлюднення рішень, рекомендацій, попередніх рішень, інформації про прийняті до розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, інформації про справи про концентрацію, узгоджені дії здійснюється відповідно до вимог Закону України "Про захист економічної конкуренції"».

Необхідно зазначити, що більшість із зазначеного вже регулярно здійснюється органами Антимонопольного комітету України. Проте окремо маємо зазначити, що доцільним є в сфері дослідження ринків визначити обов'язкові критерії підготовки та оприлюднення інформації. Мова йде про визначення переліку ринків, які є предметом дослідження органів АМКУ, періодичності проведення дослідження і відповідно публікації їх результатів, можливим також є закріплення переліку складових дослідження та його критеріїв. Доповнення Закону такими положеннями створить додаткові дисциплінуючі обов'язки в сфері дослідження ринків органами Антимонопольного комітету України.

Внесення великого пласту законодавчих новел запропоновано до Закону України «Про захист економічної конкуренції» [6] - основного нормативного акту конкуренційного законодавства.

Значний обсяг пропозицій до першого розділу Закону пов'язаний із зміною або запровадженням нової термінології. Так, в межах законопроекту № 9330 пропонується нова редакція визначення єдиного майнового комплексу:

«єдиний майновий комплекс – активи, які сукупно забезпечують здатність суб'єкта господарювання здійснювати господарську діяльність або нарощувати присутність на ринку в економічно доцільні строки, зокрема рухоме майно (устаткування, інвентар, сировина, продукція тощо), нерухоме майно (будівлі, споруди, земельні ділянки тощо), права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права».

Щодо змісту запропонованого зазначимо, що має місце певне нагромодження зайвих слів, які ускладнюють сприйняття, але водночас не несуть суттєвого додаткового смислового навантаження. Наприклад, «здатність ... здійснювати господарську діяльність», «нарощувати присутність на ринку в економічно доцільні строки». Попутно виникають ряд питань. Якщо щодо застосування слова «здатність» можна спробувати навести достатні аргументи, то, що таке «економічно доцільні строки» потребує окремого нормативного пояснення. Вважаємо, що використання зайвих слів у термінологічних формулюваннях породжує їх реферативний, розмитий характер, що не повинно бути притаманно нормативним актам. Суттєвим в запропонованому формулюванні є видалення згадки про цілісний майновий комплекс, що є певним кроком до уніфікації термінології. Взагалі одночасне існування в чинному законодавстві двох схожих за обсягом нормативного змісту термінів «єдиний майновий комплекс» і «цілісний майновий комплекс» є певною вадою законодавства, бо має місце невиправдане ускладнення правового регулювання в означеній сфері господарських відносин.

Більш ґрунтовні пропозиції щодо термінології запропоновані в альтернативному законопроекті № 9330-1. Так визначення «єдиного майнового комплексу» є більш компактним, наповненим саме нормативним змістом, зокрема, в ньому відсутнє «нарощувати присутність на ринку в економічно доцільні строки».

Запропоновано ряд нових термінів, існування яких є загалом об'єктивно доцільним.

Вже достатньо давно в науковому та публічному обігу використовується вираз «адвокутування конкуренції», тому його нормативне закріплення вже назріло. Запропонована редакція є достатньо оптимальною: «адвокутування конкуренції – напрямок конкурентної політики, який полягає у діяльності органів законодавчої, виконавчої влади, громадських організацій, спрямований на підтримку, просування, розвиток та захист добросовісної конкуренції на товарних ринках України».

Із змісту попереднього терміну окрім іншого витікає необхідність запровадження терміну «конкурентна політика», як такого що охоплює заходи державного та місцевого регулювання в досліджуваній сфері. Термін запропоновано у наступній редакції: «конкурентна політика – державна політика у сфері розвитку та захисту конкуренції у підприємницькій діяльності; здійснення заходів щодо розвитку та адвокутування 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, відповідно до повноважень, визначених законами». На мій погляд, першу частину визначення доцільно викласти більш ґрунтовно для охоплення предмету регулювання, а саме «державна політика у сфері розвитку, захисту економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності».

Також логічним є виходячи із змісту попереднього терміну запровадження визначення поняття нейтральності у конкуренції: «нейтральність у конкуренції – недопущення надання органами влади переваг будь-яким суб'єктам господарювання, крім випадків прямо встановлених законом». Я лише вважаю, що існуюча юридична техніка потребує замість запропонованого виразу «органами влади» вжиття виразу «органами державної влади та місцевого самоврядування».

В межах законопроекту № 2330-1 пропонується заміна традиційного терміну «законодавство про захист економічної конкуренції» на термін

«конкуренційне законодавство» та відповідно зміна назви ст. 3 Закону та частини 1 цієї статті.

При цьому відсутні будь-які обґрунтування для такої заміни. На мій погляд, 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 вважаю можливим використання запропонованого терміну «конкуренційне законодавство» як синонімічного, проте його зміст повинен бути чітко визначений, а запровадження обґрунтовано. В даному випадку має місце механічна заміна одного терміну на інший в межах ст. 3 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

В обох досліджуваних законопроектах є ряд пропозицій до розділу V Закону «Контроль за концентрацією суб'єктів господарювання». Здебільшого вони мають уточнюючий характер до діючих положень, тому звернемо увагу лише на окремі аспекти. Так в обох законопроектах передбачається доповнення ст. 22 Закону положенням про те, що для визнання концентрацією зміна контролю має відбуватися на довгостроковій основі, тобто такій, що призводить до довгострокових змін у структурі ринку. При цьому в законопроекті № 2330-1 уточнено, що така зміна контролю має відбуватися протягом тривалого періоду (не менше двох років). На мою думку, пропозиція щодо двох річного терміну є некоректною хоча б з огляду на те, що в чинній на сьогодні редакції п.2 частини 3 ст. 22 Закону визначено: «3. Не вважаються концентрацією: 2) придбання часток (акцій, паїв) суб'єкта господарювання особою, основним видом діяльності якої є проведення фінансових операцій чи операцій з цінними паперами, якщо це придбання здійснюється з метою їх наступного перепродажу за умови, що зазначена особа не бере участі в голосуванні у вищому органі чи інших органах управління суб'єкта господарювання. У такому випадку наступний перепродаж має бути здійснений протягом одного року з дня придбання

часток (акцій, паїв)». Тому огляду на існуючий правовий порядок цілком логічним є визначення довгостроковим терміном для зміни контролю строк більше одного року з дня здійснення концентрації, що і необхідно закріпити в тексті запропонованої норми.

Анлогічно потребує уточнення і запропоновані в межах законопроекту № 2330 пропозиції, згідно яких не вважаються концентрацією «створення двома і більше суб'єктами господарювання суб'єкта господарювання, який самостійно не здійснюватиме повнофункціональну господарську діяльність протягом тривалого періоду». На мою думку, «тривалий період» також доцільно обмежити строком в один календарний рік з дня здійснення концентрації.

Звертають на себе увагу також пропозиції, викладені в законопроекті № 2330-1 щодо зміни до ч. 3 ст. 30 Закону «Розгляд справи про узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання», де передбачено, що «Строк розгляду справи про узгоджені дії чи концентрацію не повинен перевищувати шести місяців з урахуванням всіх обставин, які зумовлюють зупинення розгляду справи. Перебіг строку починається з дня прийняття органами Антимонопольного комітету України розпорядження про початок розгляду справи про узгоджені дії, концентрацію». Ці положення суттєво відрізняються від чинних станом на сьогодні. Адже зараз передбачається, що «Строк розгляду справи про узгоджені дії чи концентрацію не повинен перевищувати трьох місяців. Перебіг строку починається з дня подання заявником (заявниками) у повному обсязі інформації та отримання висновку експерта згідно з частинами першою та другою цієї статті».

На мою думку варто було б при запровадженні нової редакції зберегти положення про обмеження строку розгляду справи про узгоджені дії чи концентрацію трьома місяцями, при цьому зазначивши, що він не повинен перевищувати шести місяців з урахуванням всіх обставин, які зумовлюють зупинення розгляду справи. Тому що в запропонованому випадку розгляд справ буде тривати як правило не менше шести місяців.

Окремий блок пропозицій спрямовані за внесення змін до розділу VII Закону «Розгляд справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції». Суттєвою є пропозиція законопроекту № 2330 до ст. 36 Закону «Підстави для початку розгляду справи», де запроваджується обов'язок заявника доводити свою позицію щодо наявності ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції саме через призму порушення його прав, свобод або законних інтересів: «Органи Антимонопольного комітету України мають право не здійснювати розгляд заяви про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, якщо особа, яка подала заяву, не доведе, що дії чи бездіяльність, що містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, порушують її права, свободи або законні інтереси. Про відсутність достатніх підстав для розгляду такої заяви органи Антимонопольного комітету України повідомляють заявника листом. Заявник має право надати мотивовану відповідь на користь розгляду заяви». Це положення є доречним для обмеження надіслання необґрунтованих заяв.

Також суттєвим та давно назрілим є доповнення Закону статтею 37-1 «Строки розгляду справ про порушення конкуренційного законодавства». Адже станом на сьогодні строки розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції встановлено на відомчому рівні Антимонопольним комітетом України, а можливість їх необмеженого подовження віднесена до компетенції посадових осіб Комітету.

Пропозиції по доповненню Закону статтею 37-1 є в обох досліджуваних законопроектах, проте більш раціональною, на мою думку, є позиція викладена в законопроекті № 2330-1, де пропонується обмеження терміну розгляду справи про порушення конкуренційного законодавства строком в 2 роки та можливості подовження на один рік, на відміну від 3 років для розгляду та 2 років для подовження, що запропоновані в законопроекті № 2330. Також прогресивним є доповнення частини першої статті 49 Закону абзацом сьомим, що містить нову підставу для закриття справи: «закінчилися

строки розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбачені статтею 37-1 цього Закону».

В обох законопроектах значно розширено і деталізовано положення про докази, їх забезпечення. Так, виділено три види доказів: письмові, електронні, речові. Визначено порядок вилучення доказів, накладення арешту, які здійснюються на підставі рішення суду. Як і в коментарі присвяченому новелам до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» зазначу, що на мій погляд ці пропозиції відповідають процесам демократизації процедур діяльності АМКУ, але в дійсності їх запровадження має ризики ускладнити виконання Антимонопольним комітетом України своїх обов'язків, якщо про звернення до суду для отримання дозволу на вчинення таких дій стане відомо представникам об'єкта перевірки.

В одному рядку недостатньо продуманих новел можна зазначити і запропоноване положення щодо опечатування приміщень у випадку відмови в доступі до них працівникам АМКУ: «У разі якщо державному уповноваженому Антимонопольного комітету України, голові територіального відділення Антимонопольного комітету України, уповноваженим ними працівникам Антимонопольного комітету України або його територіального відділення, які мають повноваження на вчинення відповідних процесуальних дій, передбачених цим Законом, відмовляють у доступі до приміщення, іншого володіння чи іншого місця зберігання носіїв інформації або створюють інші перешкоди і при цьому є достатні підстави вважати, що у таких приміщеннях, іншому володінні або іншому місці зберігання носіїв інформації зберігаються предмети, документи чи інші носії інформації, які можуть бути доказами у справі, уповноважені працівники Антимонопольного комітету України, територіального відділення Антимонопольного комітету України мають право опечатати таке приміщення чи інше місце зберігання носіїв інформації з метою забезпечення збереження доказів на період та в обсязі, необхідних для проведення перевірки».

При цьому далі зазначено, що «Працівники об'єкта перевірки зобов'язані забезпечити недоторканність опечатаного приміщення, іншого володіння чи іншого місця зберігання носіїв інформації і цілісність печаток до закінчення строку, зазначеного у протоколі про опечатування. Доступ будь-яких осіб без участі уповноважених працівників Антимонопольного комітету України, територіального відділення Антимонопольного комітету України, які проводять перевірку, до опечатаного приміщення, іншого володіння чи іншого місця зберігання носіїв інформації забороняється і має наслідком відповідальність, встановлену законом за вчинення перешкод у проведенні такої перевірки».

Справа в тому, що такий захід є недостатнім для забезпечення збереження доказів, бо навіть у випадку наступного пошкодження печатки та відповідно знищення потенційних доказів відповідальність за такі дії настає згідно з п. 16 ст. 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», що складає штраф у розмірі до одного відсотка від доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. А з урахуванням того факту, що з 2016 року діють норми внутрішнього документа АМКУ (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 № 39-рр [7]), згідно яких максимально можливий розмір штрафу за правопорушення, що передбачене п. 16 ст. 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» не перевищує 170 000 грн., то, зрозуміло, що здійснюючи проникнення в опечатане приміщення та знищуючи докази, що можуть свідчити про більш масштабні правопорушення, суб'єкт господарювання вибирає можливість уникнути більшого покарання. Проте в досліджуваних законопроектах пропонується закріплення спеціального складу порушення

законодавства про захист економічної конкуренції шляхом доповнення ст. 50 Закону пунктом «21) розпломбування (розпечатування) приміщень, систем комунікацій, інших володінь чи місць зберігання інформації, опломбованих (опечатаних) працівниками Антимонопольного комітету України, його територіального відділення», та відповідно вносяться зміни до ст. 52 Закону, де передбачено накладення штрафу за таке правопорушення у розмірі до одного відсотка доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. Наразі невідомо чи будуть поширені діючі правила положення Рекомендаційних роз'яснень від 09.08.2016 р. № 39-pp щодо нового складу правопорушення, проте за існуючою практикою та логікою правозастосування на нього вони повинні також бути поширені. В противному випадку буде мати місце неспіврозмірність реального застосування штрафних санкцій до схожих за своїм змістом правопорушень. Тому я вважаю, що необхідно застосовувати більш дієві та рішучі методи для забезпечення вилучення та зберігання доказів. В іншому випадку діяльність АМКУ в сфері виявлення, припинення правопорушень та притягнення до відповідальності буде малоефективною.

Запропоновані заходи щодо процедури вилучення доказів та накладення арешту цілком логічні та достатньо обґрунтовані.

Щодо процедури проведення вилучення чи накладення арешту на майно, предмети, документи, інші носії інформації, то вона здійснюється у робочий час в період з 9 години до 18 години (крім святкових, неробочих і вихідних днів) та може бути продовженим у разі здійснення процесуальної дії у повному обсязі, якщо затримка у проведенні таких дій або незакінчення їх проведення може призвести до втрати доказів. Проведення зазначених дій у нічний час (з 22 години до 7 години) не допускається. Проте вважаю, що саме в цьому випадку можна допустити початок проведення процесуальних дій в інший від робочого часу у випадку, коли у працівників АМКУ є безпосередні дані щодо наявності в певному місці (приміщенні) доказів протиправної

діяльності і є великі ризики знищення таких доказів. Проте такі дії повинні бути передбачені відповідною ухвалою суду, яка б підтверджувала правомірність їхніх дій. У випадку ж безпідставних дій працівників АМКУ в зв'язку з здійсненням заходів у неробочий час, можливо вести мову про відповідні компенсаційні виплати для суб'єктів господарської діяльності.

Новелою є пропозиція доповнення Закону новою статтею 44-1 «Проведення перевірки». Станом на сьогодні відповідна діяльність органів АМКУ врегульована Положенням про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції, яке затверджено розпорядженням Антимонопольного комітету України № 182-р від 25.12.2001 із змінами, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 13 лютого 2002 р. за № 139/6427 [8]. Станом на сьогодні незрозуміло чи буде наслідком прийняття статті 44-1 Закону скасування дії Положення. На мій погляд обсяг нормативного матеріалу, викладений в Положенні значно більш об'ємний та більш деталізований. Водночас в межах статті врегульовано основні положення щодо проведення перевірок.

Щодо безпосереднього змісту проекту статті 44-1 надамо декілька зауважень. Позитивним є визначення обмежувального терміну проведення перевірки строком в один місяць. Також передбачено, що продовження перевірки можливо також не більше ніж на один місяць. Проте водночас зазначено, «Продовження терміну більше ніж на один місяць допускається у разі: Письмової згоди суб'єкта господарювання, об'єднання, органу влади, органу місцевого самоврядування, органу адміністративно-господарського управління та контролю, який перевіряється». На мою думку, така норма є контрпродуктивною, бо важко уявити, що суб'єкт господарювання буде з радістю погоджуватись на продовження перевірки. Значно більш логічним було запровадження необхідності отримання ухвали суду для продовження перевірки. В цьому випадку вона повинно бути прийнято попередньо перед продовженням терміну перевірки. Зауважень до змісту розпорядження про проведення перевірки, повноважень членів комісії з перевірки в у мене

відсутні. Зазначу лише, що передбачена можливість у разі перешкоджання проведенню перевірки або з метою запобігання створенню перешкод перевірка може проводитися із залученням поліцейських, працівників інших правоохоронних та митних органів на практиці може реалізовуватись лише з відповідним закріпленням таких повноважень у нормативних актах, якими врегульовано діяльність відповідних правоохоронних органів.

Доповнення ст. 46 Закону частиною четвертою є по суті закріпленням вже існуючої практики публікації органами АМКУ рекомендацій, які вони надають органам влади, органам місцевого самоврядування, органам адміністративно-господарського управління та контролю, суб'єктам господарювання, об'єднанням стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а у разі, якщо порушення припинено, - щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень.

Окремим блоком новел в законодавстві про захист економічної конкуренції є пропозиція прийняття статті 46-1 «Врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії та зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку» та кореспондуючої їй статті 52-1 «Підстави та порядок звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій». Це по суті є деталізація та розширення норм частини 5 ст. 6 Закону, яка з прийняттям вказаних статей буде вилучена.

Запропонована редакція ст. 46-1 Закону передбачає певний механізм, який передбачає можливість укладення угоди про врегулювання справи між суб'єктом господарювання (відповідачем по справі), що здійснив порушення законодавства про захист економічної конкуренції, а саме антиконкурентні узгоджені дії чи зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, та уповноваженим органом Антимонопольного комітету України. Процедура врегулювання у справі вважається розпочатою, якщо орган Антимонопольного комітету України письмово повідомив відповідача про

надання згоди на застосування процедури врегулювання у справі. Орган Антимонопольного комітету України має право ознайомити відповідача з певними доказами у справі. Інформація, одержана Антимонопольним комітетом України під час застосування процедури врегулювання, є службовою інформацією. Орган Антимонопольного комітету України може розкривати інформацію про хід та зміст переговорів щодо врегулювання у справі виключно за згодою відповідача.

Передбачено, що істотними умовами угоди про врегулювання справи є:

1) визнання відповідачем факту вчинення порушення, що є предметом розгляду у справі;

2) обставини порушення, визнані відповідачем;

3) припинення порушення;

4) пропозиції та гарантії відповідача щодо усунення причин виникнення таких порушень і умов, що сприяють їх виникненню (за наявності), а також щодо усунення наслідків порушення (за наявності);

5) зменшення штрафу на 15 відсотків порівняно з розміром штрафу, визначеним при прийнятті рішення, передбаченого абзацами другим і сьомим частини першої статті 48 цього Закону.

В по суті всі означені складові угоди про врегулювання справи достатньо логічні та обґрунтовані. Викликає певні питання лише позиції останнього пункту, а саме розміру зменшення штрафу на 15 відсотків. Чим зумовлено саме таких розмір знижки до штрафу. Адже в ст. 52-1 Закону передбачено підстави та порядок звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій, який передбачає механізм повного звільнення від відповідальності, а також часткового звільнення в розмірі до 50 відсотків, до 30 відсотків, до 20 відсотків, про що детальніше буде розглянуто нижче. Тому фактично положення ст. 46-1 Закону мають перспективу застосування лише до відповідачів, що здійснили зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, бо застосування цих норм до відповідачів, що здійснили антиконкурентні узгоджені дії, не має для них

матеріального смислу, а тому і ця норма в цій частині буде «мертвою». На мій погляд, не варто виходячи із змісту запропонованої в ст. 46-1 Закону виділяти відсоток зменшення штрафу, але визначити це предметом домовленості між відповідачем та органом Антимонопольного комітету України. Тоді не буде виникати смислових протиріч з положеннями ст. 52-1 Закону. Інший шлях можливий, якщо присвятити зміст ст. 46-1 Закону виключно врегулюванню справ, предметом яких є зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку.

В ст. 46-1 Закону зазначено, що угода про врегулювання справи, укладена між органом Антимонопольного комітету України та відповідачем, є підставою для прийняття органом Антимонопольного комітету України рішення у справі про порушення конкуренційного законодавства щодо цього відповідача відповідно до умов зазначеної угоди.

Суттєвим застереженням є положення ч. 10 ст. 46-1 Закону про те, що у разі недосягнення згоди щодо істотних умов угоди про врегулювання справи згода відповідача на участь у процедурі врегулювання у справі, надані відповідачем пояснення під час переговорів щодо процедури врегулювання у справі не можуть вважатися визнанням відповідачем факту вчинення порушення та використовуватися як докази вчинення порушення. В зв'язку з цим незрозуміло як застосовувати норми цієї статті, якщо надані документальні докази правопорушення стосуються інших юридичних та фізичних осіб і більш того доводять зміст правопорушення в цілому. В такому випадку можливе навпаки використання процедури недосягнення згоди для нівелювання існуючої доказової бази щодо існуючого правопорушення. Важко спрогнозувати наслідки застосування цієї норми на практиці.

Також передбачені два виключення щодо можливого застосування угоди про врегулювання справи. Процедура врегулювання у справі не може бути застосована, якщо порушення не могло і не може бути припинено, а його причини та наслідки не могли і не можуть бути усунуті діями відповідача.

Процедура врегулювання у справі не застосовується до суб'єкта господарювання, якщо справа про вчинення ним антиконкурентних узгоджених дій або зловживання монополюним (домінуючим) становищем на ринку розпочата протягом п'яти років з дня притягнення його до відповідальності за таке саме порушення, вчинене раніше. Таким чином, угода не застосовується якщо вона не може вплинути на реально існуючий стан речей щодо тривалості та наслідків правопорушення, а також якщо має місце рецидив, а тому порушник морально не здатен до нормальної поведінки з дотриманням норм законодавства про захист економічної конкуренції.

Щодо змісту запропонованої статті 52-1 «Підстави та порядок звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій» коротко розглянемо положення запропонованих норм щодо звільнення від відповідальності учасника антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання. Це є по суті спроба подальшого розвитку програми «ліненсі» системи заходів по звільненню від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій, що явились з повинною. Зокрема визначено, що особи, які вчинили антиконкурентні узгоджені дії, передбачені статтею 6 цього Закону, можуть бути звільнені від відповідальності повністю або частково у порядку, встановленому цим Законом та нормативно-правовими актами Антимонопольного комітету України. Повністю може бути звільнена від відповідальності лише одна особа, інші особи можуть бути звільнені частково. Так особа, яка вчинила антиконкурентні узгоджені дії та раніше за інших учасників цих дій подала до Антимонопольного комітету України заяву про звільнення від відповідальності, повністю звільняється від відповідальності за вчинення таких антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої статтею 52 цього Закону, якщо вона:

- 1) розкрила Антимонопольному комітету України такі антиконкурентні узгоджені дії;

2) припинила свою участь в антиконкурентних узгоджених діях не пізніше дня подання заяви про звільнення від відповідальності, крім випадку, якщо така участь в антиконкурентних діях є необхідною для забезпечення цілісності розгляду справи;

3) співпрацювала з органами Антимонопольного комітету України на засадах, зокрема, оперативності, своєчасності надання інформації, повноти та достовірності наданої інформації, тривалості співпраці

4) надала докази, відсутні в Антимонопольного комітету України, які:

є достатніми для прийняття розпорядження про початок розгляду справи - якщо на день подання заяви про звільнення від відповідальності розпорядження про початок розгляду справи за ознаками такого самого порушення не прийнято;

мають суттєве значення для прийняття рішення у справі – якщо розпорядження про початок розгляду справи прийнято, але Антимонопольний комітет України не має достатньо доказів для закінчення розслідування справи та прийняття рішення у справі.

Тобто, звертаємо увагу, акцент робиться на тому, що учасник повідомляє саме раніше за інших. Таким чином, лише перший учасник може бути звільнений від відповідальності при прийнятті рішення про викриття антиконкурентних узгоджених дій, в яких він приймає участь. Важливим є те, що інформація, яку він надає органам Антимонопольного комітету України є необхідна для закінчення розслідування та прийняття рішення у справі. Тобто це є нова, невідома органам АМКУ інформація.

Для особи, яка в результаті розгляду заяви звільняється від відповідальності, передбачений також і «пільговий режим» щодо відшкодування шкоди, завданої проти правними діями. Запропоновано ст. 55 Закону доповнити часиною 3: «3. Шкода, заподіяна суб'єктом господарювання, який звільняється від відповідальності відповідно до частини третьої статті 52-1 цього Закону, відшкодовується виключно:

- його прямим покупцям або постачальникам;

- іншим особам, яким заподіяно шкоду, лише якщо відшкодування шкоди не може бути отримано від інших суб'єктів господарювання - відповідачів у тій самій справі про порушення конкурентного законодавства.»

Щодо інших учасників антиконкурентних узгоджених дій автори законопроекту пропонують також суттєві зменшення розміру штрафу:

Для інших учасників антиконкурентних узгоджених дій, які не можуть бути повністю звільнені від відповідальності у зв'язку з тим, що таке звільнення отримує інший учасник відповідних антиконкурентних узгоджених дій, який раніше подав заяву про звільнення від відповідальності, але які бажають отримати часткове звільнення від відповідальності, розмір штрафу зменшується за рішенням постійно діючої тимчасової адміністративної колегії Антимонопольного комітету України, Антимонопольного комітету України.

Рішення про зменшення розміру штрафу приймається, якщо відповідні особи добровільно надали докази вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що мають суттєве значення для прийняття рішення у справі та відсутні Антимонопольного комітету України, за умови дотримання вимог, передбачених пунктами 1-3 частини третьої цієї статті. У такому разі розмір штрафу зменшується порівняно з розміром штрафу, визначеним при прийнятті рішення, передбаченого абзацами другим і сьомим частини першої статті 48 цього Закону, залежно від черговості звернення: 1) для першого заявника – до 50 відсотків; 2) для другого заявника – до 30 відсотків; 3) для інших заявників – до 20 відсотків.

Як ми бачимо, і щодо інших учасників пропонується в якості умови застосування зменшення розміру штрафу пропонується надання нової, невідомої раніше органами Антимонопольного комітету України інформації, що має суттєве значення для прийняття рішення по справі. По суті на рівні закону пропонується встановити умови для «змагання» між учасниками антиконкурентних узгоджених дій з метою визначити шляхом звільнення від

покарання та зменшення розмірів штрафів в залежності від того, хто перший звернеться до органів Антимонопольного комітету України та викрие та дії та учасників, їх ролі.

Далі в ч. 5 ст. 52-1 Закону пропонується закріпити правило, що «Учасник антиконкурентних узгоджених дій може відкликати свою заяву про звільнення від відповідальності та надану ним інформацію. Відкликання заяви про звільнення від відповідальності не перешкоджає реалізації Антимонопольним комітетом України повноважень, передбачених конкурентного законодавства, щодо отримання відповідної інформації.» Як на мій погляд, зміст цієї норми протирічить вищерозглянутому нами порядку, встановлюваним в ч. 10 ст. 46-1 Закону про те, що у разі недосягнення згоди щодо істотних умов угоди про врегулювання справи згода відповідача на участь у процедурі врегулювання у справі, надані відповідачем пояснення під час переговорів щодо процедури врегулювання у справі не можуть вважатися визнанням відповідачем факту вчинення порушення та використовуватися як докази вчинення порушення. Адже звернення із заявою про звільнення від відповідальності можливе з наданням інформації, яка служить доказами вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що мають суттєве значення для прийняття рішення у справі та була відсутня Антимонопольного комітету України.

Таким чином, в одному випадку закон передбачає неможливість використання відкликаної інформації в якості доказів, а в іншому про це нічого прямо не зазначає, а навпаки підтверджує, що відкликання заяви про звільнення від відповідальності не перешкоджає реалізації Антимонопольним комітетом України його повноважень. Вважаю, що необхідно усунути існуюче протиріччя в текстах розглядуваних законопроектів. На мою думку, доцільно виправити положення ч. 10 ст. 46-1 Закону шляхом видалення норм, що унеможливають використання органами Антимонопольного комітету України отриманої інформації, якщо

вона має документальний характер і підтверджується об'єктивними матеріальними джерелами.

Також, на нашу думку, запропонований варіант відкликання заяви є не зовсім логічно обгрунтованим з тієї точки зору, що факт надання інформації про змову є по суті визнанням вини і подальша відмова, відкликання заяви хоч і створюють певні процесуальні ускладнення, але по суті невідворотно ведуть до визнання такого заявника винним і застосування до нього відповідного покарання. Таким чином, заявник перед зверненням до Антимонопольного комітету України з відповідною заявою повинен чітко уявляти наслідки такого кроку для себе. Можливо саме відсутність позитивних перспектив таких кроків є причиною того, що програма «ліценсі» існувала і існує по сьогодні лише на папері і на практиці не має реалізації.

Цікавим є запропоноване положення ч. 6 ст. 52-1 Закону, в якій зазначено, що «Якщо заявник надає достатні докази, які Антимонопольний комітет України використовує для доведення додаткових фактів, що зумовлює збільшення розміру штрафу порівняно з розміром штрафу, який мав бути накладений на учасників порушення за відсутності таких доказів, орган Антимонопольного комітету України при визначенні розміру штрафу для такого заявника не враховує обставини, які не були відомі до надання зазначених доказів.» В даному випадку інтерес викликає сам механізм такого неврахування при застосуванні вищенаведених знижок по зменшенню суми штрафу. Логічно, щоб для розрахунку базової суми штрафу до якого застосовується таке зменшення не враховувались суми, зумовлені наданням відповідачем додаткових фактів, що зумовлює збільшення розміру штрафу порівняно з розміром штрафу, який мав би бути накладений на учасників порушення за відсутності таких доказів.

Водночас передбачено ряд обставин, за яких учасника не може бути звільнено від відповідальності. Такими обставинами визначено до заявника, який:

1) не відповідає вимогам, передбаченим частиною третьою цієї статті (тобто основним умовам подання заяви про звільнення від відповідальності);

2) знищував, фальсифікував або приховував інформацію чи докази, що стосуються заявлених антиконкурентних узгоджених дій, до подання заяви про звільнення від відповідальності до Антимонопольного комітету України;

3) розголосив інформацію про свій намір подати заяву про звільнення від відповідальності до подання такої заяви.

Заявник не може бути повністю звільнений від відповідальності, якщо він примушував інших учасників антиконкурентних узгоджених дій до вчинення таких дій або до їх продовження.

Зазначені обставини мають логічно обґрунтований характер окрім хіба що позиції щодо приховування інформації чи доказів, що стосуються заявлених антиконкурентних узгоджених дій. На нашу думку, це зайве обмеження, бо звертаючись і заявою відповідач розкриває всю відому йому інформацію і факт її попереднього приховування не повинен бути перешкодою для можливостей вирішення справи по суті.

Тим більше, в наступній частині 8 ст. 52-1 Закону передбачено цілий ряд обов'язків для особи, яка вчинила антиконкурентні узгоджені дії та подала заяву про звільнення від відповідальності і зобов'язана співпрацювати з органами Антимонопольного комітету України з дня подання такої заяви до дня прийняття рішення у справі, зокрема, шляхом:

1) надання всієї необхідної інформації та інших доказів щодо вчинення заявлених антиконкурентних узгоджених дій, які перебувають у її розпорядженні або доступні для неї;

2) забезпечення можливості органам Антимонопольного комітету України отримати пояснення від службових та посадових осіб, які працюють у заявника станом на день отримання пояснень, а також, у разі можливості, від службових та посадових осіб, які працювали у заявника раніше;

3) незнищення, нефальсифікування та неприховування інформації або доказів, що стосуються заявлених антиконкурентних узгоджених дій;

4) нерозголошення інформації про свій намір подати заяву про звільнення від відповідальності, про зміст такої заяви та про співпрацю з органами Антимонопольного комітету України до прийняття рішення у справі, крім випадків, погоджених з органом Антимонопольного комітету України.

Також пропонується положення згідно з яким орган Антимонопольного комітету України на підставі вмотивованого клопотання в інтересах розгляду справи про порушення конкурентного законодавства забезпечує конфіденційність інформації про особу, яка подала заяву про звільнення від відповідальності, до прийняття рішення у справі. На мою думку, доцільно передбачити, що орган Антимонопольного комітету України забезпечує конфіденційність інформації про особу, яка подала заяву про звільнення від відповідальності, і після прийняття рішення у справі.

Таким чином, запропонований механізм повного та часткового звільнення від відповідальності шляхом укладення відповідної угоди про врегулювання справи відповідно до статті 46-1 або звернення із заявою про звільнення від відповідальності відповідно до статті 52-1 хоча і є новим кроком у розвитку механізмів вирішення справ у сфері захисту економічної конкуренції, проте потребують значного удосконалення та узгодження між собою для уникнення як конфлікту окремих норм, так і створення прозорих умов у відносинах між суб'єктами господарювання та органами Антимонопольного комітету України.

Окремо звернемо увагу на пропозицію доповнення ст. 52 «Штрафи» частиною 8 такого змісту: «Порядок визначення розміру штрафу, що накладається за порушення конкурентного законодавства, встановлюється нормативно-правовим актом Антимонопольного комітету України.» Справа в тому, що особливостям визначення штрафів присвячено вищезгадувані нами 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», які є

внутрішнім відомчим документом АМКУ, який постійно застосовується при визначенні розмірів штрафів, але не є за своїм статусом нормативно-правовим актом Антимонопольного комітету України, бо не пройшов реєстрацію в Міністерстві юстиції України. Таким чином, можливо прийняття такої нової норми спонукатиме Антимонопольний комітет України надавати своїм відомчим документам, які активно застосовуються в його діяльності і мають поширення на невизначене коло осіб статусу нормативно-правового акту.

В обох розглядуваних законопроектах пропонуються різні за змістом доповнення у вигляді частини 11 до ст. 56 «Порядок виконання рішень та розпоряджень органів Антимонопольного комітету України, голів територіальних відділень Антимонопольного комітету України». Так в законопроекті № 2330 запропоновано запровадження солідарної субсидіарної відповідальності щодо сплати штрафу, накладеного органом Антимонопольного комітету України: «Якщо стягнення з особи штрафу, накладеного органом Антимонопольного комітету України, неможливе внаслідок припинення такої особи, доведення до банкрутства або недостатності майна з вини її засновників (учасників, акціонерів), які мають право надавати обов'язкові для відповідача вказівки, у такому разі правонаступники такої особи, засновники (учасники, акціонери), що входять до групи, яка визнається суб'єктом господарювання відповідно до статті 1 цього Закону і до якої на момент вчинення правопорушення входила така особа, на яку органом Комітету було накладено штраф, солідарно несуть субсидіарну відповідальність щодо сплати штрафу, накладеного органом Антимонопольного комітету України».

В законопроекті № 2330-1 запропоновано інші редакцію частини 11 ст. 56 Закону «11. Якщо рішення органу Антимонопольного комітету України прийнято стосовно декількох відповідачів або якщо виконання такого рішення має бути здійснено в різних місцях, або якщо таким рішенням передбачено вчинення декількох дій, Голова Антимонопольного комітету

України, голова територіального відділення Антимонопольного комітету України видає декілька наказів, у кожному з яких зазначаються один відповідач та один стягувач, а також визначається, в якій частині має бути виконано рішення органу Антимонопольного комітету України». Як видно з тексту наведеного мова йде про видання Головою Антимонопольного комітету України, головою територіального відділення Антимонопольного комітету України наказів на підставі рішень органів АМКУ в якості виконавчих документів. Проте станом на сьогодні не передбачено можливості видачі наказів на підставі рішень органів АМКУ в якості виконавчих документів, що вже давно є предметом дискусій в сфері законотворчого процесу. Адже виконання рішення органів АМКУ шляхом стягнення коштів неможливе у випадку фактичної відмови суб'єкта господарювання це здійснювати. Відтоді органи АМКУ, що прийняли відповідне рішення вимушені звертатися до господарського суду з позовами про виконання прийнятого рішення для прийняття судового рішення про примусове стягнення накладеного штрафу. Це по суті окремий судовий процес, який також займає досить довгий час, а тому затягується виконання прийнятого рішення АМКУ. Це вже не говорячи про те, що і саме рішення органів АМКУ часто є предметом оскарження в господарському суді, а тому процес виконання затягується часто на роки. Вважаємо, що для оптимізації процедур реалізації рішень органів АМКУ потрібно розглянути можливість видачі на підставі таких рішень наказів як виконавчих документів.

І наостанок варто додати, що в обох законопроектах запропоновано внесення змін до ст. 60 «Оскарження рішень органів Антимонопольного комітету України», де передбачено можливість оскарження не лише рішень органів АМКУ, але і розпоряджень. Це позитивний крок у напрямку захисту прав суб'єктів господарювання, що надасть додаткові процесуальні можливості для відповідачів.

Підсумовуючи розгляд законопроекту № 9330 від 26.05.2023 та альтернативного до нього законопроекту № 9330-1 від 02.06.2023 необхідно

зазначити, що вони містять багато давно назрілих до впровадження в нормативний обіг новел, хоча і не віршують весь комплекс назрілих проблем правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції. Проте законодавча практика останніх років свідчить про надто малу частину законодавчих ініціатив, які в підсумку набувають чинності. Тому сподіваємось, що запропоновані нові правові механізми будуть доопрацьовані та згодом прийняті і набудуть статусу закону України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 9330 від 26.05.2023 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41995>;

2. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 9330-1 від 02.06.2023 // офіційний веб-портал Верховної Ради України: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42036>;

3. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року № 3659-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, № 50, ст.472;

4. Закон України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 року № 3262-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 15, ст.128;

5. Закон України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року № 580-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 40-41, ст.379.

6. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року № 2210-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 12, ст.64;

7. Рекомендаційні роз'яснення Антимонопольного комітету України «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 № 39-pp // офіційний веб-портал Антимонопольного комітету України: <https://amcu.gov.ua/news/rekomendatsiyni-rozysnennya-shchodo-rozrakhunku-shtrafiv>;

8. Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції, яке затверджено розпорядженням Антимонопольного комітету України № 182-р від 25.12.2001 із змінами, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 13 лютого 2002 р. за N 139/6427 // офіційний веб-портал Антимонопольного комітету України: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0139-02#Text>.

*Безух Олександр Васильович,
доктор юридичних наук, провідний науковий
співробітник Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені
академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії
правових наук України*

МІСЦЕ ТА ЗНАЧЕННЯ РИНКОВОГО НАГЛЯДУ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ОБОРОТІ

Ключовим завданням розвитку сталого та прозорого ринку, боротьби з недобросовісною конкуренцією та іншими недобросовісними практиками, визначення розумного балансу між суспільними інтересами та інтересами і правами підприємців та споживачів є забезпечення безпечності продукції згідно визначених стандартів.

Підписавши Угоду про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і його державами-членами, Україна взяла на себе зобов'язання з виконання, зокрема, вимог статей 55, 56 та 57 в частині створення ефективної системи ринкового нагляду з метою поступового досягнення відповідності з технічними регламентами ЄС та системами стандартизації, метрології, акредитації, робіт з оцінки відповідності та ринкового нагляду ЄС та зобов'язується дотримуватися принципів та практик, викладених в актуальних рішеннях та регламентах ЄС. Необхідно зазначити, що термін «ринковий» нагляд використовується у багатьох законах, кожний з яких має власну сферу регулювання. Навіть закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» обмежує здійснення ринкового нагляду за продукцією, що обмежується вимогами щодо нехарчової продукції (далі - продукція) та її обігу на ринку України, встановлені технічними регламентами.

Згідно з домовленостями, закріпленими в Угоді про асоціацію з ЄС (стаття 56.1 - 1), Додатком 3 (пункт 1) до неї протягом першого року набуття

чинності Угодою Україна зобов'язалася гармонізувати власне законодавство з п'ятьма актами гармонізованого законодавства ЄС, три з яких мають відношення до сфери ринкового нагляду, а саме Директиви № 2001/95/ЄС про загальну безпеку продукції (п.1.1 Додатку 3), Регламенту (ЄС) № 765/2008 щодо загальних вимог для акредитації і ринкового нагляду, що стосується торгівлі продукцією (п.1.2 Додатку 3) та Директиви Ради № 85/374/ЄЕС про відповідальність за дефектну продукцію (п.1.5 Додатку 3).

На виконання цього зобов'язання було розроблено на основі відповідних актів ЄС та ухвалено закони у сфері державного ринкового нагляду, а саме Закон України «Про загальну безпечність нехарчової продукції»; Закон України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції»; Закон України «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту продукції» та зміни до них у вигляді Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо зменшення тиску на бізнес з боку органів ринкового нагляду», спрямовані на запобігання введенню в обіг небезпечної продукції, запровадження системи ринкового нагляду та системи контролю такої продукції, а також запровадження європейського принципу відповідальності виробника за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, що введена ним в обіг. Кабінетом Міністрів України прийнято кілька постанов, спрямованих на реалізацію законів України у сфері державного ринкового нагляду.

Разом з тим поняття ринкового нагляду як правової категорії у сфері господарювання не є усталеним. Так закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» визначає державний нагляд (контроль), як діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів, державних колегіальних органів, органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування (далі - органи державного нагляду (контролю)) в межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення та запобігання порушенням вимог

законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема належної якості продукції, робіт та послуг, допустимого рівня небезпеки для населення, навколишнього природного середовища. Це загальне визначення можливо розповсюджувати на весь господарський оборот.

Незважаючи на загальність такого визначення, Стаття 2 зазначеного закону окреслює сферу дії наведеного закону, яка виключає значну кількість питань нагляду (контролю) у різних сферах та аспектах господарської діяльності, які прямо стосуються порушень вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема належної якості продукції, робіт та послуг, допустимого рівня небезпеки для населення, навколишнього природного середовища. Зазначене також свідчить, що прийняті та викладені в законі основні засади державного нагляду є не зовсім основними, а можуть застосуватися у досить вузькій сфері, та про відсутність узгодженості загальних принципів державного нагляду у сфері господарювання, оскільки основні засади повинні бути основними, тобто розповсюджуватися на всю сферу господарювання, хоча можуть передбачати особливість їх правозастосування в певних сферах.

Як справедливо зазначене в Директиві Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів надзвичайно важко ухвалити законодавство Співтовариства для кожного продукту, який існує або який може бути розроблено; існує потреба у виробленні ширших законодавчих рамок горизонтального характеру, щоб охопити такі продукти, заповнити лакуни, зокрема в очікуванні перегляду чинного спеціального законодавства, та доповнити положення чинного і майбутнього спеціального законодавства, зокрема з метою забезпечення високого рівня безпечності та охорони здоров'я споживачів.¹

¹ Директива Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів. URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text)

Закон України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» встановлює, що державний ринковий нагляд (далі - ринковий нагляд) - діяльність органів ринкового нагляду з метою забезпечення відповідності продукції встановленим вимогам, а також забезпечення відсутності загроз суспільним інтересам. Встановлені вимоги згідно закону це вимоги щодо нехарчової продукції (далі - продукція) та її обігу на ринку України, встановлені технічними регламентами.

Звертає на себе увагу обмеження вимог щодо нагляду лише технічними регламентами, оскільки актів з реквізитом «Технічний регламент» не так багато та існує багато інших документів, що встановлюють вимоги до продукції, зокрема, стандарти, дотримання яких здійснюється добровільно, технічні умови та інші. Звичайно існує загальний технічний регламент – закон України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності», зокрема ст. 9; 10, якого відносять до технічних регламентів нормативні акти, затверджуються законами, актами Кабінету Міністрів України відповідних державних органів та міністерств. Нормативно-правовий акт, що має визначені зазначеним Законом ознаки технічного регламенту, вважається технічним регламентом незалежно від використання в назві такого акта слів «технічний регламент».

Встановлення окремих технічних регламентів здійснюється відносно невеликої кількості продукції, ніяким чином не може послаблювати безпеку інших продуктів.

Також слід зазначити, що поняття продукції, щодо якої передбачено державне регулювання, законодавством України чітко не визначене. Коли можливе загальне визначення продукції як матеріальний результат трудової діяльності або виробничих процесів, що має корисні властивості і призначений для використання споживачем.²

З точки зору системи менеджменту якості продукція являє собою результат процесу як сукупності взаємопов'язаних видів діяльності або видів

²Продукція. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki>

діяльності, що взаємодіють між собою. Є чотири узагальнені категорії продукції¹:

- послуги (наприклад, перевезення);
- інтелектуальна продукція (наприклад, комп'ютерна програма, словник);
- технічні засоби (наприклад, механічна частина двигуна);
- перероблені матеріали (наприклад, оливи).

Багато видів продукції складаються з елементів, що належать до різних узагальнених категорій продукції. У такому разі віднесення продукції до послуги, інтелектуальної продукції, технічних засобів або перероблених матеріалів залежить від елемента, що переважає. Наприклад, запропонована продукція «автомобіль» складається з технічних засобів (наприклад, шин), перероблених матеріалів (наприклад, олив, охолоджувальної рідини), інтелектуальної продукції (наприклад, програми керування двигуном, інструкції для водія) і послуг (наприклад, пояснень щодо функціонування, надаваних продавцем).³

В законі України «Про загальну безпечність нехарчової продукції» під продукцією розуміють будь-яка речовина, препарат або інший товар, виготовлений у ході виробничого процесу. Взагалі «доброю» традицією українського законодавства є визначення певних понять через інші невизначені поняття, наприклад, інший товар. Поняття товару в умовах ринкового обороту охоплює все, що можливо продати та отримати прибуток, зокрема, майно, роботи, послуги.

Наприклад, Директива Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів наголошує, що хоча ця Директива не охоплює послуги, але щоб забезпечити досягнення визначених цілей захисту, її положення мають також застосовуватися до продуктів, які постачаються чи надаються споживачам у контексті надання послуг (підкр. авт.), для користування якими такі споживачі змушені використовувати постачені чи надані продукти. Безпечність обладнання, що

³ Там само.

його використовують самі надавачі послуг для надання послуг споживачам, не входить у сферу застосування цієї Директиви, оскільки таке обладнання слід розглядати в поєднанні з безпечністю надаваних послуг. Зокрема, обладнання, яким споживачі користуються для проїзду чи подорожей, та яке експлуатується надавачами послуг, виключене зі сфери застосування цієї Директиви.⁴

У господарському законодавстві, зокрема Законі України «Про захист економічної конкуренції», товаром визнається будь-який предмет господарського обороту, в тому числі продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери), тобто предметом господарського обороту є товар. Згідно з європейським правом під товаром слід розуміти продукти, які можливо оцінити в грошах і які спроможні як такі формувати основу комерційної трансакції.

Сама сутність комерційної трансакції є більш складною ніж просто укладення договору. Як зазначає В. М. Махінчук, сутність здійснення підприємницької діяльності «базується на балансі (залежності, взаємопов'язаності) ступеня ризиків від здійснення певних операцій (дій, правочинів тощо) та бажання отримання від них прибутку. Саме прагнення до отримання прибутку «штовхає» підприємців (комерсантів) іноді до ризикових операцій у сфері підприємницької діяльності».⁵ Тобто бажання отримання прибутку при укладенні правочину призводить до виникнення низки правових явищ: економічної конкуренції, нечесної підприємницької практики, введення в оману споживачів, які, в свою чергу, можуть опосередковуватися різноманітними складними правовідношеннями. Іншою ознакою комерційних трансакцій є їх системність. О. А. Беяневич зазначає, що «у сфері господарювання договори різного виду, будучи самостійними правовідношеннями, водночас своїми

⁴ Директива Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів. URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text)

⁵ Махінчук В. М. Про засади стабільності цивільного обороту // Стабільність цивільного обороту в Україні: проблеми забезпечення: збірник наукових праць, за ред. О. А. Беяневич. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 51.

умовами пов'язані один з одним, внаслідок чого виникають «ланцюжки» договорів, кожна з яких впливає на інші».⁶

Законодавством встановлено сферу обороту товару (взаємозамінних товарів), тобто сферу господарського обороту, якою є ринок. Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» ринок товару (товарний ринок) – це сфера обороту товару (взаємозамінних товарів), на який протягом певного часу і в межах певної території є попит і пропозиція. Сьогодні саме поняття «господарський оборот» прямо пов'язане із поняттям «ринок», який є специфічним об'єктом правового впливу.⁷

Господарський оборот передбачає систему взаємопов'язаних відносин, яка бере свій початок з встановлення технічних регламентів та оцінки відповідності при введенні товару в оборот, його стандартизації і сертифікації, а в подальшому забезпечення певних умов обороту та споживання товарів (ціна, якість, безпечність, однаковість, конкурентність, недискримінаційність тощо).

І. О. Покровський, характеризуючи підприємницькі договори, зазначав, що всякий має право розраховувати, що ті послуги, які пропонуються публіці взагалі, будуть надані і йому; відкриття підприємства для публіки має бути пов'язане і з відповідним обов'язком.⁸ Покладення на суб'єктів господарювання додаткових обов'язків, не передбачених договором, зокрема, щодо відповідності товару встановленим вимогам, його безпечність для споживача, додаткової відповідальності за порушення правил економічної конкуренції, складової якої є якість товару і інформація про його властивості, надання додаткових прав та можливостей споживачам.

Як зазначав К. Маркс: забезпечте капіталу 10% прибутку і капітал згоден

⁶ *Беляневич О. А.* Аксіологічні засади господарського обороту та його стабільності: постановка проблеми // Стабільність цивільного обороту в Україні: проблеми забезпечення: збірник наукових праць, за ред. О. А. Беляневич. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 9.

⁷ *Безух О. В.* Ринок як об'єкт правового впливу // Стабільність цивільного обороту в Україні: проблеми забезпечення: збірник наукових праць. Випуск 3 / Беляневич О. А., Бакалінська О. О., Гриняк А. Б. та ін.; за ред. О. А. Беляневич. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 8–24.

⁸ *Покровський И. А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 250.

на всяке застосування, при 20% він стає жвавим, при 50% позитивно готовий зламати собі голову, при 100% він зневажає всі людські закони, при 300% немає такого злочину, на який він не ризикнув би піти, хоча б під страхом шибениці.⁹ Це обумовлює встановлення у сфері господарського обороту ринкового нагляду, який полягає не лише у встановленні, а й нагляді (контролі) та контролі правил введення товару в обіг, його руху при здійсненні господарського обороту.

Саме відносини введення товару в оборот та забезпечення безпечності товару в процесі обігу і потребують державного ринкового нагляду, який тісно пов'язаний з технічним регулюванням, контролем за його наслідками та притягнення винних до відповідальності. Таким чином державний ринковий нагляд здійснюється не за безпосередньою діяльністю суб'єктів господарювання, а за продукцією та її відповідністю, яка є об'єктом відповідних технічних регламентів, а також за продукцією, яка не є об'єктом технічних регламентів з метою забезпечення її відповідності встановленим вимогам. Такий підхід відповідає європейській практиці і положенням Регламенту ЄС № 765/2008.

Не зовсім вдалим є визначення поняття особи, що вводить продукцію у господарський оборот та повинен нести відповідальність за її дефектність, невідповідність встановленим вимогам. Так Закон України «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції» виробник - виробник готової продукції, сировини або комплектувального виробу, складової частини продукції та будь-яка особа, яка, розміщуючи на продукції своє найменування, торговельну марку чи іншу ознаку, заявляє про себе як про виробника. За формальною ознакою коли суб'єкт господарювання імпортує продукцію та її перепродає, то формально він не є виробником, коли він не ставить своє маркування на продукції. Таких продуктів багато у роздрібній торгівлі в Україні.

⁹ *Dunning T. J., Trade's Unions and Strikes: Their Philosophy and Intention. — London: Published by the author, and Sold by M. Harley, No 5, Raquet court, Fleet street, E.C. 1860. P. 35—36. 52 p., цитата: за К. Марксом и Ф. Энгельсом. Сочинения. Изд. 2-е. Т. 23. С. 770.*

У визначення Директиви Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів поняття «виробник», означає:

- виготовлювач виробу, коли він діє у межах Співтовариства, будь-яку іншу особу, яка представляється як виготовлювач, проставляючи на виробі своє прізвище, торгову марку, чи інший знак, чи особу яка полагоджує виріб;
- представник виготовлювача, коли виготовлювач не діє в межах Співтовариства, чи, коли немає представника, який діє у Співтоваристві, імпортера виробів;
- інша особа з ланцюга постачання, якщо її діяльність може вплинути на властивості безпеки виробу, розміщеного на ринку.

Незважаючи, що за безпечність продуктів відповідає фактично будь-яка особа, що є ланцюгом господарського обороту вимоги до відповідальності суб'єктів господарського обороту посилюються. Показовим є розвиток європейського законодавства у сфері ринкового нагляду, зокрема, прийняття 20 червня 2019 р. (з набуттям чинності 16 липня 2021 р.) нового Регламенту 2019/1020 стосовно ринкового нагляду та відповідності продукції, який істотно посилює повноваження органів ринкового нагляду та самі механізми ринкового нагляду.

В європейському праві згідно Регламенту ЄС 2019/1020 встановлено вимоги про наявність на території ЄС відповідального економічного оператора, який повинен представляти на ринку ЄС підприємство. Нове Положення про нагляд за ринком передбачає критерії для визначення відповідального оператора на загальній основі. Таки як імпортер товарів в ЄС, уповноважений представник виробника або постачальник фулфілмент-послуг (логістичні послуги під час відвантаження замовлень з європейського складу, наприклад, у рамках електронної комерції). Інформація про економічного оператора ЄС та його контактні дані повинні бути зазначені безпосередньо на продукції або упаковці. У разі відсутності такої інформації імпортер та продаж товарів в ЄС може бути обмежено.

В обов'язки представника повинне входити:

– зберігання декларації відповідності та технічного файлу (документації, яка доводить відповідність продукції вимогам регламентів і директив ЄС), а також співпраця з наглядовими органами.

– посилення вимог до ринкового нагляду за інтернет торгівлею;

– розширення повноважень органів ринкового нагляду;

– визначення завдання нагляду за ринком та надання таких повноважень, як відбір зразків та накладення штрафів;

– створення електронного інтерфейсу для обміну інформацією між митними органами та системою інформаційного обміну ринкового нагляду.¹⁰

Регламент також передбачає новий вид учасника господарського ринкового обороту – постачальника так званих фулфілмен-послуг, яким є фізична або юридична особа, що надає щонайменше два види з таких послуг, як: складське зберігання, упаковка, обробка, відвантаження замовлення без зміни права власника на товар, який не є виробником в ЄС, імпортером або уповноваженим представника.

Таким, що заслуговує до уваги є визначення органів, які можуть відкликати продукт із вільного обігу в разі якщо під час перевірки встановлено невідповідність продуктів встановленим вимогам. Такими порушеннями можуть бути: відсутність визначеної документації щодо продукту, який постачається, яка встановлена законодавством ЄС, або якщо є обґрунтовані сумніви стосовно автентичності, точності або повноті такої документації; продукт має маркування європейського співтовариства або будь-яку іншу марку, необхідну згідно законодавства, яка була нанесена неправильним способом або таким, що вводить в оману; найменування, торгівельна марка або зареєстрований товарний знак, а також контактні дані, включаючи поштову адресу економічного оператора, на якого поширюється

¹⁰ Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2019/1020 від 20 червня 2019 року про ринковий нагляд та відповідність продуктів, а також про внесення змін до Директиви 2004/42/ЄС та Регламенту (ЄС) № 765/2008 і Регламенту (ЄС) № 305/2011. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_012-19#Text. и

законодавство ЄС, не визначені або не можуть бути встановлені; з будь-якої іншої причини, якщо є підстави вважати, що продукт не відповідає законодавству або є серйозний ризик для здоров'я, безпеки, навколишнього середовища або будь-яких інших громадських інтересів. Заборона є обов'язковою, якщо продукт не має маркування або маркування відповідно до застосованого до нього законодавства Союзу.

В Україні застосовується інший підхід шляхом встановлення переліку видів продукції щодо яких здійснюється державний ринковий нагляд. Такий перелік затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2016 р. № 1069 «Про затвердження переліку видів продукції, щодо яких органи державного ринкового нагляду здійснюють державний ринковий нагляд»¹¹, яким встановлено здійснення державного ринкового нагляду відносно 64 видів продукції. Вірогідно органи державної влади вважають, що відносно інших видів продукції введення в оману споживачів, недотримання загальних принципів державного нагляду є припустимим.

В Україні на сайті Міністерства економіки України офіційно визначено всього 10 державних органів, що здійснюють державний ринковий нагляд.¹² В той час, коли згідно постанови Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2016 р. № 1069 таких органів 11. Разом з тим згідно ст. 19 Господарського кодексу України держава здійснює контроль і нагляд за господарською діяльністю суб'єктів господарювання у таких сферах:

збереження та витрачання коштів і матеріальних цінностей суб'єктами господарських відносин - за станом і достовірністю бухгалтерського обліку та звітності;

фінансових, кредитних відносин, валютного регулювання та податкових відносин - за додержанням суб'єктами господарювання кредитних

¹¹ Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2016 р. № 1069 «Про затвердження переліку видів продукції, щодо яких органи державного ринкового нагляду здійснюють державний ринковий нагляд» URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1069-2016-%D0%BF#n59>

¹² Перелік органів державного ринкового нагляду. URL:<https://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&tag=PerelikOrganivDerzhavnogoRinkovogoNagliadu&id=8feb089-19ca-4886-88dc-9932f057277b&pageNumber=2>

зобов'язань перед державою і розрахункової дисципліни, додержанням вимог валютного законодавства, податкової дисципліни;

цін і ціноутворення - з питань додержання суб'єктами господарювання державних цін на продукцію і послуги;

монополізму та конкуренції - з питань додержання антимонопольно-конкурентного законодавства;

земельних відносин - за використанням і охороною земель; водних відносин і лісового господарства - за використанням та охороною вод і лісів, відтворенням водних ресурсів і лісів;

виробництва і праці - за безпекою виробництва і праці, додержанням законодавства про працю; за пожежною, екологічною, санітарно-гігієнічною безпекою; за дотриманням норм і правил, якими встановлено обов'язкові вимоги щодо умов здійснення господарської діяльності;

споживання - за якістю і безпечністю продукції та послуг;

зовнішньоекономічної діяльності - з питань технологічної, економічної, екологічної та соціальної безпеки.

Порівняння переліку органів державного нагляду згідно сайту Міністерства економіки України, переліком видів продукції, що підлягають державному нагляду зі сферами господарської діяльності, визначеними Господарським кодексом України свідчить про їх не співпадіння. Можливо це пояснюється, що господарський нагляд і ринковий нагляд є різнорідними поняттями та господарський нагляд є більш широким поняттям, але суперечливі думки не сприяють однаковому розумінню та правозастосуванню.

В європейському Регламенті вперше передбачено нагляд за торгівлею в мережі Інтернет. Правила ринкового нагляду тепер стосуватимуться продукції, що продається європейським споживачам через інтернет-магазини. Якщо продукція, яка продається он-лайн, постачається на територію ЄС, до неї застосовуються ті ж правила, що і до офлайн-продажу (у т.ч. стосовно наявності представника виробника у ЄС та відповідного

маркування). У разі порушень під час реалізації товарів онлайн органи ринкового нагляду в ЄС можуть блокувати сторінки інтернет-магазинів.

Розвиток електронної комерції відбувається завдяки збільшенню кількості надавачів послуги інформаційного суспільства, які зазвичай через платформи за винагороду пропонують посередницькі послуги зі зберігання стороннього контенту без здійснення контролю такого контенту, а отже не діють від імені суб'єктів господарювання. Вилучення контенту стосовно невідповідних продуктів або, якщо це неможливо, обмеження доступу до невідповідних продуктів, що їх пропонують через їхні сервіси, не має обмежувати правила.

Цікавою проблемою в ринковому нагляді є співвідношення понять якості та безпечності продукції. Щодо якості автор поділяє думку, «що юридичне поняття не завжди співпадає з його технічним поняттям. Якість як техніко-економічна категорія не залишається незмінною у процесі розвитку виробництва, науки і техніки, вона постійно розвивається і вдосконалюється».¹³

В загальному розумінні якість це сукупність властивостей продукції, які обумовлюють її придатність задовольнити певні потреби відповідно до призначення.¹⁴

У правовому сенсі поняття якості не є визначеним. Стаття 673 Цивільного кодексу України (якість товару) лише зазначається, що у разі відсутності в договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується. Якщо законом встановлено вимоги щодо якості товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, який

¹³ Зільник Н.М. Адміністративна відповідальність за правопорушення в галузі стандартизації, якості продукції, метрології і сертифікації : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук : 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / Міністерство освіти і науки України, Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2017. 246 с.

¹⁴ Якість продукції. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki>

відповідає цим вимогам. Це передбачає відповідність виробу заздалегідь визначеним, затвердженим або погодженим критеріям та вимогам.

Згідно зі ст. 674 ЦК України відповідність товару вимогам законодавства підтверджується способом та в порядку, встановленими законом та іншими нормативно-правовими актами. Також необхідно зазначити, що якість товару та відповідність товару вимогам законодавства є різнопорядковими категоріями, оскільки відповідність вимогам законодавства передбачає не лише якість товару, а й інші вимоги, наприклад, щодо упаковки, маркування, умов зберігання та ін., що забезпечує встановлені державою умови обороту товару на відповідному ринку.

Оцінка якості продукції встановлює ступінь відповідності властивостей продукції вимогам, закріпленим у відповідному документі, що свідчить про доброякісність продукції або навпаки. При цьому вимоги до якості товару (роботи, послуги) підлягають обов'язковому виконанню незалежно від волі сторін, тобто мають форму імперативного припису, що підлягає контролю з боку органів ринкового нагляду. Головним критерієм якості продукції є її користь та безпека, що задовольняють відповідні потреби суб'єктів господарського обороту.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» належна якість товару, роботи або послуги – властивість продукції, яка відповідає вимогам, встановленим для цієї категорії продукції у нормативно-правових актах і нормативних документах, та умовам договору із споживачем. Згідно з Постановою Державного комітету СРСР по стандартах від 26 січня 1979 р. № 244 під якість продукції розуміють сукупність властивостей продукції, що обумовлюють її придатність задовольняти певні потреби відповідно до її призначення. Показником якості є кількісна характеристика одного або кількох властивостей продукції, що входять до її якості, і розглядається відповідно до певних умов її створення та експлуатації або споживання¹⁵.

¹⁵ ГОСТ 15467-79 Управление качеством продукции. Основные понятия. Термины и определения. URL: https://znaytovar.ru/gost/2/GOST_1546779_Upravlenie_kaches.html (дата звернення: 04.04.2018).

О. П. Покровський на підставі аналізу стандартів ISO сформулював розуміння якості як міри відповідності продукції (послуги) як прописаним вимогам, так і не прописаним очікуванням¹⁶. І, напевно, в цьому є сенс, оскільки бажання споживача на придбання товару іноді визначають його позитивні думки про товар, які можуть не збігатися із об'єктивними властивостями товару. В цьому випадку ми говоримо про або введення споживача в оману, або самооману, які виникають при певному поданні інформації про товар. У випадку правильного встановлення вимог до товарів і інформації про них очікування будуть наближатися до реального стану такого товару. Тому акти технічного регулювання мають на меті забезпечення якості товарів та усвідомлення цього з боку споживачів.

В європейському праві встановлено поняття «безпечний виріб», що означає будь-який виріб, який за звичайних умов використання, чи таких, що можна передбачити, включаючи тривалість використання, не являє собою жодного ризику чи лише мінімальний ризик сумісний із використанням виробу, який можна вважати за прийнятний і який відповідає високому рівню охорони безпеки і здоров'я людей, при цьому враховуються такі аспекти:

- характеристики виробу, включаючи її склад, пакування, інструкції, складання, впровадження та використання;
- вплив на інші вироби, де можна передбачити його використання з іншими виробами;
- представлення виробів, етикетування, будь-які попередження та інструкції щодо використання та продажу і будь-які інші вказівки чи інформації, що стосується продукції;
- категорії споживачів, які ризикують, використовуючи виріб, зокрема діти або люди похилого віку.¹⁷

¹⁶ Покровський А. П. Содержание стандарта ISO 9001 и ГОСТ Р ИСО 9001. URL: <http://www.iso9001.ru/iso9001> (дата звернення: 02.04.2018).

¹⁷ Директива Європейського парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 року про загальну безпечність продуктів. URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-01#Text)

В Україні загальний контроль здійснюється згідно Закону України «Про технічні регламенти і оцінку відповідності». Статтею 1 закону надано визначення технічного регулювання як правового регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних з ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю).

Технічне регулювання, незважаючи на те, що воно визначене як засіб державного регулювання, як і будь-яке правове регулювання здійснюється за допомогою відповідних правових засобів. Саме ці засоби і є засобами ринкового нагляду (контролю).

Розглядаючи технічне регулювання як загальну категорію та правове явище, що застосовується органами ринкового нагляду, необхідно, по-перше, зазначити, що прийнятий в Україні з метою технічного регулювання розподіл продукції на харчову і нехарчову є лише питанням особливостей нагляду за відповідністю товару та застосування термінів для потреб окремого правового акта та виду продукції. Результат, який має бути досягнутий, визначається метою технічного регулювання та його функціями, які забезпечують безпеку товарів та встановлюють умови введення товарів в оборот та умови їх обороту на ринку. Як і в Європейському Союзі окремі галузі будуть потребувати окремого регулювання при збереженні загальних підходів технічного регулювання.

Наприклад, у п. 5 Рішення № 768/2008/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами та скасування рішення Ради ЄС 93/465/ЄЕС, яке розглядається як акт технічного регулювання на ринку, зазначено, що специфіка окремих галузей економіки може зажадати прийняття інших нормативно-правових документів, що регулюють суспільні відносини. Особливо це стосується тих сфер, в рамках яких вже склалася деталізована правова база. Сюди, наприклад, можна

віднести торгівлю продуктами харчування, косметикою, тютюновою продукцією, товарами сільського господарства, добавками для вирощування культурних рослин і засобами для захисту їх від шкідників, оборот донорської крові та тканин людського організму, виробів медичного призначення та товарів для ветеринарії, а також торгівлю хімікатами. Коригування загальних принципів і підведення їх під галузеву специфіку потрібно також у сфері торгівлі медичним обладнанням, будівельними матеріалами, обладнанням для мореплавання¹⁸.

При цьому загальне розуміння технічного регулювання і ринкового нагляду, його принципів та мета зберігаються. Конкретна сукупність правових засобів держаного регулювання може визначатися окремими законами.

Сфера виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних з ними процесів та методів, виробництва та виникаючих унаслідок цього зобов'язань суб'єктів господарювання щодо споживачів, конкурентів та органів господарського (ринкового) контролю фактично охоплює або торкається всіх відносин, що виникають в процесі господарського обороту товарів на ринку між зазначеними суб'єктами. Залежно від конкретного виду товару формується конкретна сукупність правових засобів, що забезпечують технічне регулювання у відповідній сфері та на ринку стосовно певних груп товарів та правовий вплив органів ринкового нагляду.

Як слушно зазначив А. В. Малько, категорія «правові засоби» надає змогу чітко побачити місце і роль різних юридичних явищ в реалізації інтересів суб'єктів, в єдиному процесі правового впорядкування, що береться в цілому як механізм правового регулювання. Саме властивості юридичних засобів, які виступають елементами (ланками) даного механізму,

¹⁸ *Решение № 768/2008/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС по установлению общих правил торговли товарами и отмене решения Совета Европейского Союза 93/465/ЕЭС*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b42 (дата звернення: 02.04.2018).

характеризують його найбільш повною мірою як логічно завершену систему, як самодостатній організм¹⁹.

Як засіб державного регулювання технічне регулювання реалізується у певній правовій формі та за допомогою певних державних органів. Статтею 15 ГК України «Технічне регулювання в сфері господарювання» визначено, що у сфері господарювання застосовуються технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови. Фактично в сфері ринкового нагляду застосовується весь спектр нормативно-правових актів, який не є вичерпним та постійно змінюється і доповнюється.

Об'єктом правового впливу в даному випадку є товар (встановлення характеристик) і діяльність (встановлення зобов'язань щодо забезпечення характеристик) суб'єктів господарювання, що спрямована на його створення та реалізацію на ринку з дотриманням встановлених умов його обороту та споживання. Дані об'єкти у випадках, передбачених актами технічного регулювання, можуть створювати юридичні факти щодо відповідності товарів або господарської діяльності, виконання суб'єктами господарювання вимог чинного законодавства в договірних, деліктних та інших видах правових відносин, що опосередковують рух товарів на ринку, та притягнення суб'єктів господарювання до юридичної відповідальності. Тобто відносини, що впливають з актів технічного регулювання та визначених ними правових вимог і юридичних фактів щодо їх невиконання, є невід'ємною частиною складних суспільних правових відносин, що виникають в процесі здійснення господарської діяльності та обороту товарів на ринку, а саме: договірних відносин, деліктних відносин, конкурентних відносин, захисту споживачів, здійснення ринкового нагляду тощо.

В цілому, поділяючи вищенаведене визначення технічного регулювання, слід звернути увагу, що згідно з українським законодавством застосування стандартів, як елементів технічного регулювання, є добровільним, що начебто суперечить наданому визначенню технічного регулювання. Теж саме

¹⁹ Малько А. В. Там само.

стосується технічних умов і кодексів ustalеної практики. Створюється враження унаслідок семантичного сприйняття термінів, що застосування стандартів здійснюється за доброю волею суб'єкта господарювання, а продукція може вироблятися без дотримання будь-яких стандартів. У випадку, коли унаслідок інноваційних рішень суб'єкт господарювання не використовує будь-які розроблені та визнані стандарти, він зобов'язаний довести, що товар відповідає основним вимогам щодо його безпечності та не створює загрози порушення прав споживачів.

Не випадково в Рішенні № 768/2008/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами та скасування рішення Ради Європейського Союзу 93/465/ЄЕС встановлена вимога, що при здійсненні первинної поставки товарів на ринок виробник має гарантувати, що дана категорія товарів була виготовлена з дотриманням усіх вимог²⁰.

Як зазначається у ст. 11 Закону України «Про технічні регламенти і оцінку відповідності» виробники мають право приймати інші рішення для задоволення вимог технічних регламентів, крім застосування стандартів з переліку національних стандартів. Крім відповідності стандартам з переліку національних стандартів, технічними регламентами можуть бути передбачені інші випадки надання презумпції відповідності продукції, пов'язаних з нею процесів або методів виробництва чи інших об'єктів. Головним є забезпечення відповідності продукції основним вимогам та принципам технічного регулювання обороту товарів.

Наприклад, основні принципи технічного регулювання закріплені у ст. 1 Рішення № 768/2008/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами, де передбачено, що товари, які поставляються на ринок Європейського Співтовариства, повинні відповідати нормам законодавства²¹. В цілому на Європейському ринку 75% товарів, що

²⁰ ГОСТ 15467-79 Управление качеством продукции. Основные понятия. Термины и определения. URL: https://znaytovar.ru/gost/2/GOST_1546779_Upravlenie_kaches.html (дата звернення: 04.04.2018).

²¹ ГОСТ 15467-79 Управление качеством продукции. Основные понятия. Термины и определения. URL: https://znaytovar.ru/gost/2/GOST_1546779_Upravlenie_kaches.html (дата звернення: 04.04.2018).

обертаються на ринку, підлягають технічному регулюванню²². При цьому ступінь такого регулювання є різним.

Другим принципом є положення, що при закріпленні в законодавстві Європейського Співтовариства в галузі стандартизації різного роду вимог необхідності створювати посилання на єдині стандарти якості, прийняті відповідно до Директиви 98/34/ЄС, які визначають дані вимоги технічними термінами і свідчать (можливо, в сукупності з іншими єдиними стандартами) про те, що виконання даних вимог є підставою для виникнення юридичного факту відповідності якості товару, суб'єкти підприємницької діяльності у зв'язку з їх провідною роллю в рамках ланцюга поставок відповідальні за відповідність якості їх товарів нормам законодавства. До цих суб'єктів належать виробники, імпортери та інші особи, визначені у наведеному рішенні. Тобто питання добровільності застосування відповідних стандартів не звільняє суб'єктів господарювання від відповідальності за можливе недотримання їх вимог.

Третім принципом є положення, що суб'єкти підприємницької діяльності несуть відповідальність за об'єктивність, повноту інформації, яку вони повідомляють з приводу своїх товарів. Дана інформація також має відповідати правилам, встановленим законодавством Європейського Співтовариства. Питання надання інформації споживачам шляхом відповідної упаковки, маркування та інших позначень на товарі є актуальним з точки зору введення споживачів в оману та отримання на основі цього неправомірних конкурентних переваг.

Таким чином, добровільне виконання вимог відповідних стандартів створює юридичний факт відповідності якості товару, що надає можливість певним товарам брати участь у господарському обороті товарів на ринку. В інших випадках, за винятком виконання окремої процедури доведення відповідності товару основним вимогам технічного регулювання, товар не

²²Техническое регулирование, подтверждение соответствия, стандартизация. URL: <http://www.certicom.kiev.ua/techregl.html> (дата звернення: 04.04.2018).

може бути допущений до обороту на ринку, а у випадку настання такого факту –вилучається з обороту.

Згідно зі ст. 12 Закону України «Про технічні регламенти і оцінку відповідності» відповідність введеної в оборот, наданої на ринку або введеної в експлуатацію в Україні продукції вимогам усіх чинних технічних регламентів, які застосовуються до такої продукції, є обов'язковою. Як зазначено вище, зміст, форма та структура технічних регламентів визначені у ст. 10 наведеного Закону, а технічним регламентом фактично є будь-який нормативно-правовий документ, який відповідає вимогам наведеної статті. Тому ще раз слід звернути увагу на те, що поняття технічного регламенту, як певного виду документів, що застосовується в Україні, з правової точки зору є дуже умовним. Технічні регламенти розробляються на підставі стандартів. В технічних регламентах здійснюється посилення на стандарти, що робить їх дотримання обов'язковим.

Встановлення відповідності введеної в оборот, наданої на ринку або введеної в експлуатацію в Україні продукції вимогам усіх чинних технічних регламентів (автор розуміє це поняття набагато ширше, ніж Кабінет Міністрів України та Міністерство економічного розвитку України) здійснюється унаслідок оцінки відповідності – процесу, який демонструє, що встановлені вимоги щодо продукції, процесу, послуги, системи, особи чи органу були виконані. Оцінка відповідності органу здійснюється шляхом акредитації органів з оцінки відповідності.

В Україні, як і в ЄС, діє презумпція відповідності – припущення, яке визнається достовірним доти, доки не буде доведено інше, про те, що продукція, пов'язаний з нею процес або метод виробництва чи інший об'єкт відповідає вимогам відповідного технічного регламенту, що визначені в ньому, а орган з оцінки відповідності відповідає спеціальним вимогам до призначених органів з оцінки відповідності чи визнаних незалежних організацій.

Конкретні умови надання презумпції відповідності продукції, пов'язаних з нею процесів або методів виробництва чи інших об'єктів, визначаються технічними регламентами, якими передбачене її надання.

Для цілей нагляду виробник зобов'язаний надавати призначеному органу доступ до місць виробництва, контролю, проведення випробувань і зберігання продукції, а також усю необхідну інформацію. Призначений орган повинен проводити періодичні аудити, щоб пересвідчитися в тому, що виробник підтримує в належному стані і застосовує систему управління якістю, а також подавати виробнику звіт про аудит. Крім періодичних аудитів, призначений орган може здійснювати відвідування виробника без попередження. Даний модуль передбачає виникнення господарських (призначений орган фактично надає послугу, за яку отримує гроші) і організаційно-господарських (щодо контрольної функції призначеного органу) відносин.

Абстрагувавшись від технічної процедури оцінки відповідності згідно з умовами технічних регламентів, слід звернути увагу на її роль та значення у правових відносинах та умовах обороту товару на ринку та необхідність їх забезпечення органами ринкового нагляду.

По-перше, презумпція відповідності продукції створює враження у споживачів у безпечності продукції та її відповідності встановленим вимогам, що спонукає споживачів до придбання такого товару. Недотримання чи нездійснення процесу оцінки відповідності, а, значить, встановлення юридичного наслідку відповідності товару вимогам законодавства створює юридичний факт введення в оману споживачів із правовими наслідками щодо захисту прав споживачів.

По-друге, неправомірне спонукання споживачів здійснити вибір на користь того чи іншого виробника створює конкурентну ситуацію, коли перемогу отримує той суб'єкт господарювання, товар якого є умовно більш привабливим для споживача. Недотримання вимог технічного регулювання може створювати ситуацію та відносини щодо недобросовісної конкуренції.

По-третє, дотримання вимог щодо відповідності товару вимогам чинного законодавства передбачає здійснення певних матеріальних витрат, оскільки низькоякісніший товар має меншу собівартість. Недотримання актів технічного регулювання створює неправомірні конкурентні переваги одних суб'єктів господарювання над іншими.

По-четверте, акти технічного регулювання передбачають не лише вимоги до характеристики продукції або пов'язані з ними процеси та методи виробництва, включаючи відповідні процедурні положення, додержання яких є обов'язковим, а й права та обов'язки суб'єктів господарювання, які стосуються введення продукції в оборот, надання її на ринок або введення в експлуатацію, а в разі якщо технічними регламентами передбачено залучення до цієї діяльності інших, ніж суб'єкти господарювання, фізичних чи юридичних осіб – також їх права та обов'язки. Права та обов'язки суб'єктів господарювання, визначені в актах технічного регулювання, у випадку настання певних юридичних фактів створюють правові відносини між суб'єктами господарювання і споживачами; між суб'єктами господарювання; між суб'єктами господарювання і органами ринкового (господарського) нагляду (контролю).

По-п'яте, акти технічного регулювання можуть створювати технічні бар'єри у торгівлі у випадку невідповідності продукції, що імпортується, експортується, прийнятим у відповідній країні стандартам. Це породжує правові відносини між експортерами та імпортерами; між імпортерами і споживачами; між імпортерами і органами ринкового нагляду і контролю.

По-шосте, акти технічного регулювання мають як загальний міжгалузевий характер, наприклад Закон України «Про загальну безпечність нехарчової продукції», так і конкретний характер у певних видах діяльності та галузях економіки, наприклад «Технічний регламент безпеки інфраструктури залізничного транспорту». Загалом уся господарська діяльність та виникаючі унаслідок її здійснення господарські відносини певною мірою підпадають під дію актів технічного регулювання, які спрямовані на підтримання функцій

ринкової економіки щодо справедливого розподілу матеріальних благ щодо принципу економічної конкуренції.

Розглядаючи засоби правового регулювання, необхідно взяти до уваги, що вони впливають, насамперед, на вольову поведінку учасників суспільних відносин. Разом з тим, як зазначав В. М. Кудрявцев, правова норма моделює не один, а два сусідні рівні поведінки. Основним рівнем він вважав дію, додатковим – операцію або рух, яким вона здійснюється²³.

Як визначив В. М. Кудрявцев, правова норма поряд з іншими факторами впливає на зміст та спрямування вчинку, сприяє вибору правомірних засобів досягнення цілей та не допускає протиправної поведінки²⁴.

Розглядаючи технічне регулювання як засіб регулювання окрім дії та операції, якою ця дія здійснюється, слід звернути увагу ще й на наслідки його недотримання.

Технічне регулювання як засіб державного регулювання господарських відносин є самостійним правовим явищем, яке передбачає встановлення певних вимог (умов), при дотриманні яких товар вважається таким, що відповідає чинному законодавству та може обертатися на ринку. З іншого боку, воно є елементом інших суспільно-правових явищ (механізмів), що забезпечують функціонування економіки та оборот товарів на її ринках, контроль за функціонуванням якого здійснюється за допомогою ринкового нагляду.

²³ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М.: Юридическая литература, 1978. С. 29.

²⁴ Кудрявцев В. Н. Там само. С. 38.

*Бакалінська Ольга Олегівна,
доктор юридичних наук, професор, провідний науковий
співробітник Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка
Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ПІДТРИМКИ І ЗАХИСТУ УКРАЇНСЬКИХ ЕКСПОРТЕРІВ

Так історично склалося, що кожен військовий конфлікт в Європі істотно змінював економічну та політичну мапу світу. Напевно більшість європейців не усвідомлюють те, що військове вторгнення Російської Федерації в Україну 24 лютого 2022 року поклато край понад 70-річному існуванню повоєнного світу, підвалини якого були закладені ще Лігою Націй в 30-х роках ХХ сторіччя. Європейська інтеграція, розширення економічних свобод та багаторівнева співпраця держав з різним ступенем економічного і соціального розвитку, політика збалансування економічних інтересів держав світу, відповідальна та обґрунтована допомога найменш розвиненим країнам не захистила Європу від військового конфлікту у другому десятилітті ХХІ сторіччя.

Світ заснований на принципах поваги до прав і свобод людини і громадянина, боротьби з бідністю та захисту матеріальних і нематеріальних надбань європейської цивілізації протистоїть жорстокій та необґрунтованій агресії, спрямованій на захоплення територій та природних ресурсів.

Незважаючи на те, що військовий конфлікт продовжується, і жодний регіон України не є захищеним від агресивних дій загарбників, майбутнє нашої держави формується вже сьогодні зусиллями державних діячів, волонтерів, військових, підприємців, міжнародних партнерів та організацій. Одним із стратегічних напрямів розвитку нашої держави в цих складних умовах є відновлення та збереження міжнародної торгівлі, виконання зобов'язань українських товаровиробників перед іноземними компаніями та міжнародними організаціями, розширення ринків збуту для української

продукції. До війни загальний експорт товарів з України становив \$68 млрд. За даними Держстату, у 2021 році експорт українських товарів та послуг до ЄС сягнув 26,8 млрд дол. Обсяг імпорту 27 країн ЄС до України становив 28,9 млрд дол.

Раніше багато українських компаній задовольнялися внутрішнім ринком і не бачили потреби вкладатися в експортні процеси, основними експортерами виступали металурги та аграрії, характер експорту був переважно сировинним. Сьогодні розвиток експорту – це питання виживання для українських товаровиробників та шлях для швидкого та ефективного відновлення економіки України в повоєнний час. Стратегічною метою українських товаровиробників має стати інтеграція в ланцюжки поставки продукції з більшою доданою вартістю.

Поглиблена та всеохоплююча зона вільної торгівлі (ПВЗВТ) є частиною Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (ЄС) та набула чинності 1 січня 2016 року, завдяки їй скасовано більшість ввізних мит, що полегшило українським суб'єктам господарювання і споживачам обмін товарами та супутніми послугами з компаніями та споживачами ЄС.

ПВЗВТ позитивно вплинула на динаміку двосторонньої торгівлі товарами з ЄС та сприяла відновленню загальної торгівлі України після кризи 2014-2015 років. З початком дії ПВЗВТ обсяг торгівлі товарами з ЄС почав відновлюватися і у 2021 році, обсяг торгівлі товарами з ЄС досягнув рекордних значень за весь час співпраці – 55,7 млрд дол. США, що на 32,2% більше докризового рівня 2013 року²⁵. Також відбулося скорочення дефіциту торгівлі товарами з ЄС у порівнянні з докризовим періодом.

В період з січня 2020 по грудень 2021 імпорт в ЄС з України збільшився на 54,8%, в той час як імпорт з інших держав, що не входять в ЄС

²⁵ Аналіз торгівлі товарами між Україною та ЄС в рамках ПВЗВТ: поточний стан та перспективи для лібералізації /Світлана Таран, Олександр Шепотило, Павло Яворський, Євгенія Бондаренко. – Київ. Центр аналізу міжнародної торгівлі Trade+ при Київській школі економіки 2022 (січень) - <https://kse.ua/ua/kse-research/analiz-torgivli-tovarami-mizh-ukrayinoyu-ta-yes-v-ramkah-pvzvt-potochniy-stan-ta-perspektivi-dlya-liberalizatsiyi/>

збільшився на 25,3%. Експорт ЄС в Україну збільшився на 16,5%, а експорт в інші країни, що не входять в ЄС, збільшився на 4,8%²⁶.

Трьома найбільшими експортерами з України до ЄС у 2021 році були Польща (6 326 млн. євро), Німеччина (5 499 млн. євро) та Угорщина (2 934 млн. євро). Угорщина (11,1%) мала найвищу частку для України в експорті за межі ЄС.

За перший квартал 2023 року експорт українських товарів становив \$10,3 млрд. Хоча у березні він виріс майже вповоловину, це на \$3,6 млрд, або на чверть менше, ніж у відповідний період 2022-го, за даними Державної митної служби. У березні ж експорт товарів сягнув \$3,85 млрд – на \$1,2 млрд або 45% більше ніж у той же період 2022-го²⁷.

Найбільшу частку в товарній структурі експорту першого кварталу займали зернові культури (31%), жири та олії (14%), насіння і плоди олійних рослин (8%).

Зростання експорту протягом перших двох місяців 2022 року на 36,9 % не змогло компенсувати його скорочення у березні–червні на 48,1 %. В основі скорочення експорту – зменшення постачання металів та виробів із них на 43 %, або на 3 млрд дол. США (за перші два місяці 2022 р. експорт товарів цієї групи збільшився на 35,3 %). Також відбулося скорочення експорту, а саме: мінеральних продуктів – на 1,9 млрд дол. США (або на 44,2 %); продовольчої та сільськогосподарської продукції – на 703 млн дол. США (або на 6,5 %); машин, устаткування та транспорту – на 645 млн дол. США (або на 21,4 %); продукції хімічної промисловості – на 589 млн дол. США (або на 35,8 %). При цьому відбулося незначне зростання експорту паливно-енергетичних товарів (на 61 млн дол. США, або на 16,6 %), значною мірою сформоване збільшенням експорту електроенергії з України.

Наприклад, у товарній структурі експорту українських паливно-енергетичних товарів у першій половині 2022 р. провідною позицією є

²⁶ https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ext_st_eu27_2020sitc/default/table?lang=en

²⁷ <https://forbes.ua/money/agrarii-ta-aytivtisi-prodovzhuyut-zabezpechuvati-krainu-valyutoyu-shcho-vidbuvaetsya-z-ukrainskim-eksportom-poyasnyue-ekonomist-vasil-povoroznik-27042023-13338>

постачання електроенергії на зовнішні ринки, переважно до країн ЄС, з часткою 39,3 %. Протягом перших двох місяців 2022 р. експорт електроенергії з України збільшився більш, ніж у чотири рази і становив 97,5 млн дол. США. Згодом його темпи знизилися (за березень–червень його обсяги становили 72,5 млн дол. США). Такі зміни призвели до зростання частки продовольчої та сільськогосподарської продукції у товарній структурі експорту України за результатами першого півріччя 2022 р. з 36,1 % до 45,4 % при одночасному скороченні частки металів та виробів із них з 23,5 % до 17,4 %. На ці дві товарні групи припадає майже дві третини від загального експорту товарів з України. Продукція гірничо-металургійної промисловості (ГМК), котра до повномасштабної війни разом з аграрною продукцією займала провідні позиції в структурі експорту, значно відстала за цим показником. Чорні метали займають 5,7%, руда, шлаки та зола – 4%. У порівнянні з першим кварталом 2022 року, експорт чорних металів скоротився більш ніж в чотири рази, а руди – в три. Також відносно високу частку в структурі експорту товарів займають електричні машини та обладнання (4,5%) та деревина і вироби з неї (3,7%), за даними Державної митної служби²⁸.

Із заборонаю ввозу окремих видів аграрної продукції до Польщі, Угорщини, Словаччини та Болгарії, частка цих країн в загальній структурі експорту за результатами квітня змінилася²⁹.

Однак, попри прогнози та припущення, що Україна може практично повністю втратити свою присутність на зовнішніх ринках, реальні вартісні обсяги скорочення товарообігу за підсумками першого півріччя 2022 р. становили 21,3 % порівняно з аналогічним періодом 2021 р. При цьому скорочення експорту було суттєвішим (на 24 %), ніж імпорту (на 18,6 %). При зменшенні вартісних обсягів товарообігу на 21,3 % їхні фізичні обсяги

²⁸ <https://forbes.ua/money/agrarii-ta-aytivtsi-prodovzhuyut-zabezpechuvati-krainu-valyutoyu-shcho-vidbuvaetsya-z-ukrainskim-eksportom-poyasnyue-ekonomist-vasil-povoroznik-27042023-13338>

²⁹ <https://forbes.ua/money/agrarii-ta-aytivtsi-prodovzhuyut-zabezpechuvati-krainu-valyutoyu-shcho-vidbuvaetsya-z-ukrainskim-eksportom-poyasnyue-ekonomist-vasil-povoroznik-27042023-13338>

скоротилися майже на 36 %, що свідчить про зростання світових цін на провідні товари зовнішньої торгівлі України. Так, у першій половині 2021 р. товарообіг становив 61 млрд дол. США, а його фізичні обсяги – 106,4 млн т. За перші шість місяців 2022 р. товарообіг становив 48 млрд дол. США, а його фізичні обсяги – 68,2 млн т. Проте, починаючи з II кварталу 2022 р., імпорт почав поступово відновлюватись та за підсумками червня наблизився до аналогічного показника 2021 р. (4,7 проти 5,5 млрд дол. США). Ситуація з експортом не така оптимістична. Зростання експорту на 36,9 % протягом перших двох місяців 2022 р. не змогло компенсувати його суттєвого скорочення у березні–червні 2022 р. на 48,1 %.

За оцінкою Світової організації торгівлі, воєнні дії в Україні завдали світовій економіці серйозного удару, тому що призвели до підвищення цін на продовольство та зменшення доступності товарів, які Україна експортує. Так, виробництво напівпровідників значною мірою залежить від неону, який постачає Україна. Проте найбільший вияв глобального ефекту від воєнних дій в Україні спостерігається на ринку зернових. Зменшення постачань зерна та інших продовольчих товарів призвело до підвищення цін на сільськогосподарські товари, що посилило ризики для продовольчої безпеки у багатьох регіонах світу³⁰.

Можливості України експортувати свої товари постали перед логістичними труднощами через блокування вітчизняних морських портів та обмежену пропускну здатність сухопутних шляхів, що частково було компенсовано реалізацією Чорноморської зернової ініціативи – вона сприяла зменшенню показника негативного сальдо в щомісячній торгівлі.

Збільшення експорту сільськогосподарської та харчової продукції до ЄС значною мірою відбулося через блокування Росією українських морських портів. У пошуках альтернативних шляхів постачань продовольства Україна використовувала можливості сусідніх країн ЄС, насамперед Румунії, для

³⁰ Світова організація торгівлі. Url: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/devel_08apr22_e.htm

дальшого направлення збіжжя до країн, які його потребували, через їхні морські порти.

Зростання експорту паливно-енергетичних товарів відбулося завдяки збільшенню постачань електроенергії з України до ЄС. Цьому сприяло укладання так званого «Енергетичного безвізу» (долучення об'єднаної енергосистеми України до енергосистеми континентальної Європи ENTSO-E)³¹.

Угода про асоціацію між Україною та ЄС визначає широку програму реформ спрямовану на гармонізацію умов та принципів здійснення господарської діяльності, уніфікацію та гармонізацію торговельних режимів і процедур України з європейськими. Це низка зобов'язань, які після ратифікації становлять обов'язкову угоду, що докорінно змінює регуляторне середовище і поширюється на всі суб'єкти господарювання, державні органи та громадські організації України³².

Поглиблена і всебічна зона вільної торгівлі (ПВЗВТ), закріплена Розділом IV Угоди про асоціацію³³, значно перевершує традиційну угоду про зону вільної торгівлі про взаємне скасування тарифів. Відповідно до Угоди Україна взяла на себе зобов'язання уніфікувати та адаптувати власні правила здійснення господарської діяльності та публічного управління до вимог і стандартів (acquis) протягом десятирічного перехідного періоду.

ПВЗВТ – це значно більше, ніж угода про лібералізацію тарифів³⁴. ПВЗВТ складається з 15 глав, 14 додатків і 3 протоколів. Вона охоплює широке коло складних тем, окреслених нижче:

- скасування тарифів;

³¹ Підсумки зовнішньої торгівлі товарами України за три квартали 2022 р. [//https://niss.gov.ua/sites/default/files/2022-11/pidsumki-zed_blank_zagalne_pdf_16112022.pdf](https://niss.gov.ua/sites/default/files/2022-11/pidsumki-zed_blank_zagalne_pdf_16112022.pdf)

³² Бакалінська Ольга Аналіз відкриття нових ринків для товарів з України в контексті європейської інтеграції. Звіт підготовлений у рамках проекту «Посилення управління кризовими ситуаціями та реагування на надзвичайні ситуації Уряду України», що був реалізований за фінансової підтримки Програми розвитку ООН – К.2022. – 86 с.

³³ https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

³⁴ Марк Хеллер, Сергій Нерпій, Валерій Пятницький ЕНЦИКЛОПЕДІЯ З ЕКСПОРТУВАННЯ В ЄС НА ЗАСАДАХ ПВЗВТ. ПРОПЕДІЯ, МІКРОПЕДІЯ, МАКРОПЕДІЯ Висвітлює правила експортування на засадах поглибленої та всебічної угоди про вільну торгівлю – К.: 2016 – Т.1 – 898 с.

- технічне регулювання: передбачає повне узгодження технічних нормативів та взаємної відповідності та сертифікації. Україна має узгодити свої норми і процедури з європейськими, щоб сертифіковані товари вважалися такими, що відповідають вимогам ЄС без подальших перевірок;
- санітарні та фітосанітарні заходи: Україна має узгодити свої норми і процедури з європейськими так, що сертифіковані товари вважатимуться такими, що відповідають вимогам ЄС без подальших перевірок;
- торгівля послугами: ПВЗВТ передбачає, що українські послуги зможуть вільно продаватися на території ЄС та отримують національний режим;
- публічні (державні) закупівлі: узгодження правил публічних закупівель між Україною та ЄС дозволить суб'єктам господарювання вільно конкурувати за державні замовлення та отримувати державні (урядові) контракти;
- захисні заходи щодо імпорту, а також інші питання: інтелектуальна власність, енергетичні питання, пов'язані з торгівлею, спрощення торгівлі, політика конкуренції, рух капіталу; прозорість, торгівля і сталий розвиток.

Угода про асоціацію між Україною та ЄС скасувала більшість ввізних мит ЄС, що полегшило українським суб'єктам господарювання і споживачам здійснення обміну товарами та супутніми послугами з компаніями та споживачами ЄС. За даними СОТ, у 2014 році ЄС застосовував нульові ставки ввізних мит щодо товарів з України для близько 89% тарифних ліній. Причому близько 25% ставок MFN вже були нульовими, а 64% ЄС скасував як автономні торговельні преференції (АТП) 23 квітня 2014 року³⁵.

Відповідно до графіків сторін, викладених у Додатку I-A до Угоди про асоціацію, процес тарифної лібералізації в рамках ПВЗВТ має завершитися до 2023 року для ЄС та до 2026 року для України. Тарифна лібералізація в

³⁵ <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/REG/353-1.pdf&Open=True>

рамках ПВЗВТ забезпечила значне зменшення митних бар'єрів на ринку ЄС для українських товарів. Таким чином, українські товари отримали переваги у доступі на ринок ЄС порівняно з іншими країнами світу, що не мають преференційних торговельних угод з ЄС і до яких застосовуються митні ставки в режимі найбільшого сприяння (MFN).

Станом на 2021 рік ЄС застосовував тарифні квоти до 36 груп продовольчих товарів з України (плюс 4 додаткові), до яких належать кукурудза, пшениця, крупи, мед, масло, цукор, птиця, оброблені помідори, яблучний сік тощо³⁶. Україна застосовує 3 основні тарифні квоти (плюс 2 додаткові) на свинину, птицю та цукор. Протягом останніх років Україна здійснювала поставки в рамках 31-32 квот ПВЗВТ, з них повністю заповнювала такі тарифні квоти, як: мед; оброблені томати; яблучний та виноградний соки; ячмінна крупа, оброблене зерно та борошно; цукор; крохмаль; оброблений крохмаль; яйця (основна); кукурудза, кукурудзяне борошно та гранули; м'ясо птиці (основна); продукти переробки солоду та крохмалю; оброблена продукція із зернових. Для переважної більшості тарифних квот, які вичерпувалися на 100%, експорт здійснювався і понад квоту (зі сплатою ввізних мит ЄС)³⁷.

Протягом 2021 року завдяки спільній роботі Міністерства закордонних справ України та Держпродспоживслужби (ДППЗ України) національні виробники отримали доступ на ринки 21 країни світу³⁸. В результаті понад 200 українських компаній розпочали експорт чи роботу за кордоном.

В 2021 році Держпродспоживслужба узгодила нові сертифікати на торгівлю із Сербією, Бельгією, Литвою, Словаччиною, Боснією та Герцеговиною, Грузією, Японією, Аргентиною, а також низкою країн Африки та Близького Сходу. Серед сертифікованих товарів – молоко та

³⁶ <https://export.gov.ua/187-chi-diiut-dlia-vashogo-tovaru-tarifni-kvoti>

³⁷ Аналіз торгівлі товарами між Україною та ЄС в рамках ПВЗВТ: поточний стан та перспективи для лібералізації /Світлана Таран, Олександр Шепотило, Павло Яворський, Євгенія Бондаренко. – Київ. Центр аналізу міжнародної торгівлі Trade+ при Київській школі економіки 2022 (січень) - <https://kse.ua/ua/kse-research/analiz-torgivli-tovarami-mizh-ukrayinoyu-ta-yes-v-ramkah-pvzvvt-potochniy-stan-ta-perspektivi-dlya-liberalizatsiyi/>

³⁸ <https://landlord.ua/news/stalo-vidomo-skilky-za-2021-rik-krajin-svitu-vidkryly-rynky-dlia-ukrainskoi-produktsii/>

молочна продукція, мед, столові яйця, м'ясо птиці, мала та велика рогата худоба, живі равлики та інші.

Також у 2021 році профільні відомства відновили доступ українських товарів на ринки п'яти країн СНД: Азербайджану, Узбекистану, Молдови, Таджикистану та Туркменістану. Через денонсацію попередніх угод спеціалістам ДППЗ довелося перезатверджувати сертифікати на торгівлю у цих країнах.

Регіональні ринки у різних точках світу тісно пов'язані між собою. Щоб потрапити на них, насамперед слід домовлятися з країнами-«хабами» та регіональними економічними організаціями. Прикладом такої організації є АСЕАН – Асоціація країн Південно-Східної Азії³⁹.

В 2022 році МЗС, Мінекономіки та Держпродспоживслужба працюють над відкрили 12 нових ринків у цьому регіоні. Домовленості передбачають експорт м'яса, яєць, молока, кормів, риби та інших продуктів. Крім того, у пріоритетах на 2022 рік – відкриття нових експортних можливостей до Китаю, Близького та Далекого Сходу, Північної та Південної Африки, Південної Америки⁴⁰.

У 2023 році МЗС, Мінекономіки та Держпродспоживслужба відкрили ринки Канади для українського молока і молочних продуктів, бджілопакетів; ринок Лівану для живих кіз та овець; польський ринок для живих рептилій та мурах; сербський та турецький ринок топлених жирів не призначених для споживання людиною та ін. Форми сертифікатів опубліковано на офіційному вебпорталі Держпродспоживслужби.

Варто відзначити, що відкриття нових ринків – це не лише збільшення експорту національних товарів. Це також нові можливості для українського

³⁹ <https://naglyad.org/ru/2022/01/31/ukrainskie-tovary-za-granitsu-chto-i-kuda-prodavali-v-2021-godu/>

⁴⁰ Бакалінська Ольга Аналіз відкриття нових ринків для товарів з України в контексті європейської інтеграції. Звіт підготовлений у рамках проєкту «Посилення управління кризовими ситуаціями та реагування на надзвичайні ситуації Уряду України», що був реалізований за фінансової підтримки Програми розвитку ООН – К.2022. – 86 с.

бізнесу, нові робочі місця, покращення торговельного балансу та багато іншого.

Військова агресія Російської Федерації на Україну призвела до значного падіння українського експорту. Захоплення територій, знищення промислової та цивільної інфраструктури, вбивства та біль стали щоденним явищем для українців. В цій ситуації неоціненну роль відіграли міжнародні партнери України, які не тільки надали прихисток мільйонам українських жінок і дітей, а й надають постійну системну допомогу в військовій та економічній сферах, одночасно здійснюючи постійний вплив на агресора, його економіку та обмежуючи його політичні амбіції. Значення економічних санкцій, що застосовуються до РФ починаючи з 2014 року важко переоцінити.

ЄС починаючи з 23 лютого 2022 року поступово посилює санкційний тиск на РФ. Зокрема, встановлено: заборону експорту морської навігації та радіотехніки, ембарго заліза, сталі з РФ, запроваджено заборону на експорт предметів розкоші, перелічені в Додатку XVIII, будь-якій фізичній чи юридичній особі, організації або органу з РФ, заборонено ввезення товарів з непідконтрольних уряду територій Донецької та Луганської областей, заборонено з політичних причин ввезення вугілля, деревини, цементу, морепродуктів, спиртних напоїв, встановлено заборону експорту комп'ютерів, напівпровідників, обладнання, авіапалива; заборонено експорт товарів подвійного призначення, зазначених технологій, продовжені санкції, введені ЄС у відповідь на незаконну анексію Криму та міста Севастополя Російською Федерацією⁴¹. Цей перелік постійно доповнюється та оновлюється на сайті <https://www.masmap.org/ukraine>

З початку війни міжнародні партнери України схвалили дев'ять санкційних пакетів, які обмежили доступ Росії до міжнародної торгівлі,

⁴¹ Бакалінська Ольга Аналіз відкриття нових ринків для товарів з України в контексті європейської інтеграції. Звіт підготовлений у рамках проєкту «Посилення управління кризовими ситуаціями та реагування на надзвичайні ситуації Уряду України», що був реалізований за фінансової підтримки Програми розвитку ООН – К.2022. – 86 с.

заблокували резерви та змусили міжнародні компанії масово тікати з країни. Хоча країни G7 і взяли за головні статті доходів РФ, нафту та вугілля проте, наслідки схвалених заходів можна буде побачити не раніше кінця 2023 року. Ключовим тут є газове ембарго з боку країн ЄС⁴².

28 лютого 2022 року незважаючи на військову агресію боку РФ Україна подала заявку на вступ до ЄС, цим самим підтвердивши євроінтеграційний вектор розвитку нашої держави. 23 червня Європейська Рада своїм рішенням надала Україні статус кандидата на вступ до ЄС. Перспектива членства в ЄС є важливим драйвером реформ. Єврокомісія в своєму Комюніке від 18 травня 2022 року вже заявила, що планує свою майбутню діяльність з післявоєнного відновлення України за такими 4-ма напрямками:

- Відбудова країни, особливо її інфраструктури, сфери охорони здоров'я, освіти, зруйнованого житла, а також формування її енергетичної та цифрової стійкості у відповідності з новітньою європейською політикою та стандартами;
- Продовження модернізації держави та її інститутів для забезпечення якісного управління та поваги верховенства права, надання адміністративної підтримки та технічної допомоги, включаючи регіональний та місцевий рівень;
- Впровадження регуляторного та структурного порядку денного з метою поглиблення економічної та соціальної інтеграції України та її людей з ЄС;
- Підтримка відродження української економіки та суспільства через підвищення її економічної конкурентоспроможності, розширення зовнішньої торгівлі та стимулювання розвитку приватного сектору, а також забезпечення "зеленої" та цифрової трансформації економіки.

Рамкові умови для внеску ЄС у відбудову України формуватимуть такі важливі компоненти як:

⁴² <https://www.epravda.com.ua/publications/2022/08/11/690295/>

Фонд відбудови України ('Rebuild Ukraine' Facility) – новий фінансовий інструмент ЄС, створений для фінансування заходів із відбудови України та зближення української економіки з європейською;

Включення України до програм ЄС, що вже реалізуються, серед них і змішане фінансування та гарантії під егідою інструментів Сусідства, Розвитку та Міжнародного співробітництва. Ці реформи й фінансові інструменти у випадку їх успішної імплементації допоможуть глибше інтегрувати українську економіку в єдиний ринок ЄС, покращити бізнес-середовище в Україні, залучити необхідні прямі іноземні інвестиції та підтримати створення робочих місць в країні⁴³.

Продемонструвавши надзвичайну стійкість, українська економіка перевершила початкові очікування. Зафіксоване скорочення ВВП на 29,1% у 2022 році виявилось значно нижчим за спочатку прогнозоване. Значне скорочення ВВП у 2022 році пов'язане насамперед з зупиненням роботи підприємств та організацій на окупованих або прифронтових територіях.

Відбудова є важливою інвестицією в безпеку та добробут у регіоні. Стратегія відновлення України складається з трьох основних напрямів: відновлення сектору та громадської інфраструктури; забезпечення стійкості економіки, оборони та критичної інфраструктури та реформ та інвестиції, що стимулюють зростання та відновлення.

В таких умовах важливим елементом майбутнього відновлення України має стати фінансово-економічна підтримка з боку партнерів. Саме тому, на Лондонській конференції з відновлення URC 2023 Європейська Комісія представила програму підтримки відновлення і відбудови України шляхом створення спеціального Фінансового інструменту для України на період 2024-2027 рр., загальний розмір Інструменту становитиме до 50 млрд євро на 4 роки⁴⁴.

⁴³ Богдан Т. Статус кандидата на вступ до ЄС: економічні та фінансові переваги. Які можливості отримання фінансової допомоги для трансформації суспільства та економіки відкриває для України статус кандидата?// <https://www.epravda.com.ua/columns/2022/06/28/688638/>

⁴⁴ https://biz.ligazakon.net/news/222565_vroparlament-skhvaliv-noviy-fnansoviy-nstrument-dlya-ukrani-obsyagom-do-50-mlrd-vro

Новий Інструмент є частиною Багаторічної фінансової перспективи ЄС на 2021-2027 рр⁴⁵. Інструмент буде направлено на підтримку макрофінансової стабільності України, сприятиме відновленню і реконструкції, а також модернізації нашої країни під час впровадження ключових реформ на шляху вступу до ЄС. Він підтримуватиме перехід до зеленої, цифрової та інклюзивної економіки, яка поступово буде узгоджуватися з правилами та стандартами ЄС.

Особливістю запропонованого механізму має стати реалізація Плану відновлення і відбудови України. Відновлення має дві форми – фізичне відновлення інфраструктури та м'яке відновлення соціальної структури та добробуту людей. Це «м'яке» відновлення має бути втіленим в освітніх програмах для дітей та студентів, програмах інтеграції на ринок праці для безробітних, ветеранів, людей, які отримали поранення та психічне здоров'я від війни.

Одночасно приплив проектів відновлення від партнерів, інвесторів або у формі репарацій з росії мав би значний ефект стимулювання зростання: стимулював би внутрішній бізнес, зокрема будівництво та всі підприємства у відповідному ланцюжку постачання, стимулював зайнятість і споживання, збільшити державні видатки та, зрештою, відродити підприємства, міста та регіони. Відновлення соціальної та житлової інфраструктури стане сильним стимулом для повернення біженців. Важливо відбудувувати краще, щоб програми відновлення сприяли зменшенню бідності, підвищенню загального добробуту людей, зеленому переходу країни та захисту навколишнього середовища.

Інструмент включає три складові:

I) Фінансову підтримку у вигляді грантів і позик. Це забезпечить стабільне та передбачуване фінансування, направлене на підтримку

⁴⁵INTERIM REPORT on the proposal for a mid-term revision of the multiannual financial framework 2021-2027
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0273_EN.html

фінансової стабільності України, водночас забезпечуючи міцну основу для захисту бюджету ЄС.

II) Спеціальну інвестиційну структуру, призначену для залучення та мобілізації державних і приватних інвестицій для відновлення та реконструкції України на підтримку реалізації Плану.

III) Технічну допомогу, включаючи експертну підтримку реформ, підтримку муніципалітетів, громадянського суспільства і інші форми двосторонньої допомоги, які зазвичай доступні для країн, які готові до вступу в рамках Інструменту підготовки до вступу (ІРА)⁴⁶. У рамках цієї складової також можна буде підтримувати інші ініціативи, спрямовані на реагування на російську агресію проти України, в тому числі на забезпечення дотримання міжнародного права щодо злочинів, скоєних росією на території України.

Разом з тим, успішність реалізації завдань відбудови буде залежити від прозорості та збалансованості Плану відновлення, його виконуваності та добросовісності всіх учасників залучених до процесів відновлення і відбудови. Дуже важливим моментом для України має стати готовність правової системи та державних органів до реалізації реальних а не віртуальних проектів та співпраця з громадськими та міжнародними організаціями.

Значним кроком на зустріч Україні стало запровадження з 4 червня 2022 року у торгівлі між Україною та ЄС умов, передбачених положеннями Регламенту Європейського Парламенту та Ради № 2022/870 від 30 травня 2022 року «Про тимчасову лібералізацію торгівлі, яка доповнює торгові поступки, що застосовуються до української продукції відповідно до Угоди про асоціацію»⁴⁷. Метою Регламенту є максимально полегшити умови експорту української продукції в умовах війни з метою поглиблення торговельних відносин з ЄС та продовження експорту до інших країн світу.

⁴⁶ https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230929IPR06130/parliament-argues-for-a-top-up-to-multi-annual-budget-for-crisis-response?fbclid=IwAR2vjCkDnk0PuV23DdW1YTKogzZCF-n8dnBJ5dou8HCOMx9A3IG86A_7zTY

⁴⁷ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.152.01.0103.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2022%3A152%3ATOC

Регламент передбачає застосування режиму лібералізації торгівлі з Україною протягом одного року. Регламентом передбачено тимчасове призупинення дії всіх тарифів, передбачених Додатком I-A до Угоди про асоціацію, а саме: скасування мит для промислової продукції, що підлягали поступовому скасуванню впродовж семи років, тобто до кінця 2022 року; призупинення застосування системи вхідних цін для фруктів та овочів; призупинення усіх квот для сільськогосподарської продукції; тимчасове призупинення антидемпінгових мит на імпорт товарів походженням з України, що є чинними станом на дату набрання чинності цим Регламентом та тимчасове призупинення застосування глобальних захисних заходів щодо імпорту походженням з України.

Незважаючи, що наслідки для бюджету ЄС досить значні, так як втрата від несплати мит становитиме приблизно 31 млн. євро щорічно, а втрати від несплати антидемпінгових мит – 35 млн. євро, ЄС бачить потенціал відновлення України.

Однак, заходи з лібералізації торгівлі залежатимуть від низки умов: дотримання правил походження товарів та відповідних процедур в рамках Угоди про асоціацію; утримання від будь-яких нових обмежень на імпорт з ЄС, включаючи як застосування нових мит чи інших заходів, так і посилення існуючих обмежень (окрім зумовлених необхідністю в умовах війни); повага України до демократичних принципів, прав людини та основних свобод, верховенства права, а також постійні зусилля щодо боротьби з корупцією та протиправною діяльністю, передбачені статтями 2, 3 та 22 Угоди про асоціацію⁴⁸. У випадку порушення Україною цих правил, ЄС залишає за собою право провести розслідування та за результатами повністю чи частково зупинити дію преференцій. Також Єврокомісія відслідковуватиме ситуацію на ринку ЄС. У випадках, коли імпорт з України становитиме суттєву загрозу європейським виробникам, ЄС може повернути мита на

⁴⁸ <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=351bbe54-d274-4a71-9141-58023629451c&title=DoUvagiEksporteriv-Z4-Chervnia2022-RokuUTorgivli>

окремі продукти після проведення відповідного захисного розслідування. Преференційні умови імпорту застосовуються також до тих товарів, що на момент набрання чинності перебувають у процесі транзиту з України до ЄС чи вже на митниці ЄС, за умови подання відповідної заявки до митних служб ЄС протягом 6 місяців з початку дії Регламенту.

Варто відзначити, що з початком військових дій Урядом України для збереження стабільності внутрішнього ринку та забезпечення потреб населення було заборонено експорт гречки (код УКТЗЕД 1008 10 00 00); солі (код УКТЗЕД 2501 00 91 00); палива рідкого (код УКТЗЕД 2710 19 51 00; 2710 19 55 00; 2710 19 64 00; 2710 19 62 00; 2710 19 68 10; 2710 19 68 20; 2710 19 68 90); коксівного вугілля (код УКТЗЕД 2701 12 10 00); газу природного українського походження (код УКТЗЕД 2711 11 00 00; 2711 21 00 00). Крім цього, запроваджене ліцензування експорту наступних товарів: м'яса курей свійських; яєць курей свійських; великої рогатої худоби, живої; проса; цукру; вівса; жита та ін.⁴⁹

Прийняття Регламенту позитивно вплинуло на виробників сільськогосподарської продукції, на яку поширюються квоти, що були замалими для українських експортерів. Експертами очікувалося, що реалізація зазначеного Регламенту буде сприяти зростанню експорту металургійної продукції (прокату, арматури, катанки, труб)⁵⁰, проте, окупація Східних областей України та знищення або істотне пошкодження найбільших промислових підприємств, проблеми з логістикою – не дозволили відчутти очікуваного ефекту в короткостроковій перспективі.

Великою перевагою для України стало скасування у 2022 році антидемпінгових та спеціальних мит ЄС на вироби зі сталі та заліза, експорт яких становив 40%-45% експорту чорних металів та виробів до ЄС та 10%-13% усього експорту до ЄС. До запровадження Регламенту Україна мала 11 індивідуальних тарифних квот, 1 глобальну квоту, а мито понад квоту

⁴⁹ https://export.gov.ua/business_during_war

⁵⁰ <https://attorneys.ua/publication/skasuvannya-myta-na-ukrayinskyj-import-do-yes-shho-cze-oznachaye/>

становило 25%. На думку фахівців тимчасові торговельні преференції для України мають бути поєднані з санкціями щодо РФ⁵¹.

Агресія Росії зробила російські компанії токсичними для співробітництва у Європі та світі. Це є вікно можливостей для українського виробника. Якщо українські виробники замінять принаймні 50% постачальників із Росії з промислових товарів, сировини та матеріалів, машин це збільшить експорт на €15 млрд на рік⁵².

Скасування мит для українських експортерів залишає інші бар'єри при виході на європейський ринок. На європейських ринках діють нетарифні обмеження в торгівлі (вимоги щодо якості, сертифікації, використання географічних зазначень, а участь у тендерних закупівлях потребує також спеціальних знань та підготовки).

Лібералізація торгівлі з ЄС та необхідність враховувати виклики військового часу стали значним мотиваційним фактором звернення українських товаровиробників, що здійснювали свою діяльність в Україні до експортного напрямку своєї діяльності. Сьогодні експортний вектор свого розвитку обирають не тільки великі та потужні підприємства, а й малі та середні. Проте, цікавою особливістю сучасного бізнесу є поєднання експортного напрямку діяльності підприємств зі збереженням присутності на внутрішньому ринку. Державою пропонуються різні форми підтримки підприємцям, які працюють під час війни, від компенсації за працевлаштування внутрішньопереміщених осіб, тимчасового переміщення підприємств з регіонів, що постраждали під час війни, до надання грантів для започаткування і розвитку бізнесу та підтримки експортних амбіцій підприємців.

Для того, щоб експортувати в ЄС, українські суб'єкти господарювання повинні дотримуватись правил і регламентів міжнародної торгівлі, як

⁵¹ <https://jur-gazeta.com/golovna/torgovelni-preferenciyi-es-dlya-ukrayini-chas-novih-mozhливостей-dlya-eksportu-v-umovah-viyni.html>

⁵² <https://biz.nv.ua/experts/velikobritaniya-kanada-turciya-vozmozhnosti-dlya-eksporta-dlya-kazhdogo-biznesa-poslednie-novosti-50264005.html>

зазначено в ПВЗВТ, а також законодавчих вимог ЄС щодо безпеки продукції, гігієни та інших. Специфічні правила торгівлі та законодавчі вимоги відрізняються для кожного товару. Задля кращого розуміння вимог щодо експортування в ЄС, слід знати такі блоки правил для кожного виду продукції.

Доступ до ринку. Відповідно до правил ЄС з кожного товару стягується мито за певним тарифом (податок, що застосовується на кордоні на основі контрактної вартості товару). Відповідно до ПВЗВТ, чимало з цих тарифів було знижено. Крім того, експорт чутливих для ЄС товарів (головним чином, аграрні продукти) за пільговими тарифами може здійснюватися в межах так званих тарифних квот. Претендувати на пільговий доступ на ринок можуть тільки товари, вироблені в Україні, тому слід дотримуватись правил походження.

Нормативні вимоги ЄС: кожен продукт, що продається в ЄС, є об'єктом регулювання, щоб гарантувати його безпечність для здоров'я і довкілля та захист прав споживачів. Технічні регламенти і санітарні та фітосанітарні заходи – це правові вимоги, яким повинні відповідати всі продукти, як ті, що ввозяться до ЄС, так і вироблені в ЄС.

Ринкові вимоги: обов'язковою умовою успіху будь-якого експорту є його відповідність узвичаєнням та очікуванням споживачів і/або покупців, таким, як специфікація продукту, ціна, кількість, своєчасне постачання, особливості товару, приватні стандарти. За цією інформацією компаніям слід звертатися до головних галузевих торговельних асоціацій в ЄС, які представляють той чи інший сектор і/або до відповідних галузевих ярмарків, які просувають ці продукти і висвітлюють ринкові тенденції⁵³.

Приймаючи рішення про започаткування експорту українські товаровиробники переважно орієнтуються на ринки ЄС. Проте, як показує аналіз основних товарних груп українського експорту експортний потенціал

⁵³ Марк Хеллер, Сергій Нерпій, Валерій Пятницький ЕНЦИКЛОПЕДІЯ З ЕКСПОРТУВАННЯ В ЄС НА ЗАСАДАХ ПВЗВТ. ПРОПЕДІЯ, МІКРОПЕДІЯ, МАКРОПЕДІЯ – К.: 2016 – Т.1 – 898 с.

більшості товарних позицій походженням з України це країни Південно-Східної Азії⁵⁴.

Ринками з найбільшим потенціалом для українського експорту кукурудзи (крім посівного матеріалу) є Єгипет, Іспанія та Нідерланди. Найбільшим експортером є Єгипет. Китай є ринком з найвищим потенціалом попиту на кукурудзу (\$166 млн).

У 2020-2023 роках ринками з найбільшим потенціалом для українського експорту 151211 сирої соняшникової олії були Індія, Китай та Ірак. Найбільшим експортером соняшникової олії є Єгипет. Індія є ринком з найвищим потенціалом попиту на соняшкову олію (\$160 млн).

Ринки з найбільшим потенціалом для українського експорту 120510 насіння ріпаку – Німеччина, Китай та Нідерланди. Найтісніші експортні зв'язки Україна мала у 2020-2021 роках з Російською Федерацією. Німеччина є ринком з найвищим потенціалом попиту на 120510 насіння ріпаку або рапсу (\$103 млн).

Ринками з найбільшим потенціалом для українського експорту 854430 комплектів проводів (запалювання) для транспортних засобів є Німеччина, Польща та Угорщина. Найтісніші експортні зв'язки Україна має з Республікою Молдова. Німеччина є ринком з найвищим потенціалом попиту на комплекти проводів для транспортних засобів (\$98 млн)⁵⁵.

Ринки з найбільшим потенціалом для українського експорту 230630 макухи насіння соняшнику – Туреччина, Нідерланди та Білорусь. Україна має найтісніші експортні зв'язки з Республікою Білорусь. Туреччина є ринком з найвищим потенціалом попиту на макуху насіння соняшнику.

Війна в Україні поставила питання про виживання нашої держави та змінила вектор розвитку економіки. Лише за приблизними оцінками

⁵⁴<https://exportpotential.intracen.org/en/products/tree-map?fromMarker=i&exporter=804&toMarker=w&market=w&whatMarker=k>

⁵⁵ Бакалінська Ольга Аналіз відкриття нових ринків для товарів з України в контексті європейської інтеграції. Звіт підготовлений у рамках проєкту «Посилення управління кризовими ситуаціями та реагування на надзвичайні ситуації Уряду України», що був реалізований за фінансової підтримки Програми розвитку ООН – К.2022. – 86 с.

експертів потреби у відновленні та реконструкції в соціальному, виробничому та інфраструктурному секторах складають 190 мільярдів доларів, що майже у 10 разів вище ВВП України в 2021 році⁵⁶. За оцінками RDNA, протягом наступних 36 місяців потрібно більше 100 мільярдів доларів на задоволення невідкладних потреб, таких як відновлення системи та інфраструктури освіти та охорони здоров'я, підготовки до зими, для відновлення теплопостачання та енергопостачання будинків, підтримки сільського господарства та ремонту життєво важливого транспорту, очищення життєвого середовища від мін та вибухових речовин.

Лібералізація зовнішньої торгівлі з ЄС створює необхідні умови для зростання експорту українських товарів на ринки світу та дозволяє отримати необхідні фінансові ресурси та технології для відновлення. Саме тому в економічній частині Плану відновлення України п. 2.4.6 «Забезпечення доступу до ринків збуту продукції, зокрема повного доступу до ринків G7 та ЄС»⁵⁷, який передбачає:

- повне відкриття ринків G7 та ЄС для українських товарів;
- державну підтримку у сертифікації товарів за кордоном;
- заміщення українською продукцією ніші на ринку країн G7 та ЄС, яку займали товари з РФ та Республіки Білорусь;
- структурований діалог з ЄС щодо застосування індивідуального підходу до українських виробників у рамках впровадження у майбутньому механізму Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM);

Україна є найбільшою за площею країною Європи та однією з провідних мінерально-сировинних держав світу завдяки родючим сільськогосподарським землям, запасам деревини, корисних копалин та біорізноманіттю. Подальший розвиток і відновлення України як сучасної європейської цивілізованої держави передбачає повне і всеохопне виконання Угоди про асоціацію та набуття Україною членства в ЄС. Досягнення цієї

⁵⁶ Україна ШВИДКА ОЦІНКА ЗАВДАНОЇ ШКОДИ ТА ПОТРЕБ НА ВІДНОВЛЕННЯ. Серпень 2022 р. // <http://iceg.com.ua/shvidka-otsinka-zavdanoyi-shkodi-ta-potreb-na-vidnovlennya/>

⁵⁷ <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/recoveryrada/ua/economic-recovery-and-development.pdf>

амбітної мети можливе за умови перемоги України у війні, економічного та соціального відновлення нашої держави. Україні потрібне диво і разом з цим Україна має стати цим дивом в Європі та світі. Проте, це важкий шлях, який нам прийдеться пройти, щоб створити умови для гідного майбутнього для нас, наших дітей, всього цивілізованого світу.

Надання Україні статусу країни кандидата на вступ до ЄС вимагає посилення співпраці державних органів та громадських організацій у сфері уніфікації та гармонізації законодавства України щодо експортної діяльності відповідно до вимог ЄС:

1. Узгодити чинне митне законодавство України з вимогами Регламенту Європейського парламенту та Ради щодо встановлення Митного кодексу Союзу (ЄС) № 952/2013⁵⁸, зокрема щодо приведення порядку визначення країни походження товару у відповідність із Митним кодексом Європейського Союзу.

2. На законодавчому рівні врегулювати механізми взаємної допомоги у сфері подання претензій відповідно до вимог Конвенції про процедуру спільного транзиту.

3. Розробити та прийняти закон щодо співіснування генетично модифікованих культур з традиційним та органічним землеробством відповідно до Рекомендації Комісії ЄС 2010/С 200/01.

4. Укласти Угоду між Україною і ЄС про участь України у програмі ЄС зі збереження, опису, збору та використання генетичних ресурсів у сільському господарстві (відповідно до Регламенту 870/2004).

5. Розробити та прийняти Закон України « Про державне регулювання генетично-інженерної діяльності та державний контроль за обігом генетично модифікованих організмів і генетично модифікованої продукції для забезпечення продовольчої безпеки» (Регламент Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 1829/2003 від 22 вересня 2003 р. щодо генетично модифікованих харчових продуктів та кормів та Регламент

⁵⁸ ОВ L 269 10.10.2013, с. 1

Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 1830/2003 від 22 вересня 2003 р. щодо простежуваності та маркування генетично модифікованих організмів, а також простежуваності харчових продуктів і кормів, вироблених з використанням генетично модифікованих організмів, та щодо внесення змін до Директиви 2001/18/ЄС).

6. Прийняти Закон України щодо визначення, опису, презентації, маркування і захисту географічного найменування спиртних напоїв (Регламент Комісії 2016/1149, Регламент 110/2008) та ін.

7. Розробити та прийняти Закон про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо процедури укладання договорів концесії, процедури інноваційного партнерства та порядку проведення творчих конкурсів з проектування, щодо спеціальних правил використання електронних аукціонів, зарезервованих контрактів та інноваційного партнерства суб'єктами у сфері комунального господарства та можливості застосування динамічної системи закупівель, щодо необов'язкових правил для періоду неукладення договору про закупівлю (Директива 2014/24/ЄС, Директива 2014/23/ЄС, Директива 2014/25/ЄС, Директива 92/13/ЄЕС).

8. Розробити та прийняти законопроекти щодо приведення схем державної допомоги у відповідність до критеріїв сумісності з правилами конкуренції ЄС.

9. Розробити та прийняти законопроект про інтегроване запобігання та контроль промислового забруднення (Директива 2010/75/ЄС), а також нормативні акти щодо забезпечення європейських стандартів охорони і захисту навколишнього природного середовища, зокрема методології ISO 5725:1994 та інших керівних документів ЄС у сфері якості атмосферного повітря, нової редакції Кодексу України про надра (щодо імплементації Директиви Європейського Парламенту та Ради ЄС 94/22/ЄС).

10. Прийняти проект Закону про вимоги до предметів та матеріалів, що контактують з харчовими продуктами (реєстр. No 4568 від 04.01.2021 р.).

11. Розробити та прийняти проект Закону України про упаковку та відходи з упаковки (відповідно до Директиви 94/62/ЄС).

12. Розробити та прийняти законопроект про внесення змін до Кодексу торговельного мореплавства України і Законів України «Про транспорт», «Про морські порти України» і «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» стосовно узгодження функцій з державного нагляду за безпекою мореплавства.

13. Укласти спеціальні угоди у сфері внутрішнього водного та залізничного транспорту з метою лібералізації транспортних перевезень з ЄС. З метою лібералізації міжнародних вантажних перевезень між Україною та ЄС, зокрема, транзитних.

14. Реформувати систему митних органів відповідно до стандартів ЄС.

15. Після попередньої оцінки АСАА у сфері стандартизації Україна все ще має суперечливі старі стандарти, які необхідно відкликати. Крім того, нові стандарти вимагають перекладу та поширення серед зацікавлених суб'єктів господарювання. Виконання рекомендацій 7 попередніх оціночних місій АСАА відкриє шлях для укладення угоди АСАА, що дозволить забезпечити безперешкодний доступ на ринок ЄС

16. Розширити застосування Угоди АСАА на нові сектори промислових товарів, зокрема: радіообладнання, обмеження використання небезпечних речовин, екологічний дизайн, енергетичне маркування, медичні вироби тощо.

17. Розширити технічні можливості вже існуючих в Україні лабораторій та акредитованих органів для проведення оцінки відповідності прийнятим в Україні стандартам.

18. Усунути розбіжності між національними та міжнародними стандартами і процедурами сертифікації харчових продуктів задля полегшення доступу до міжнародних ринків через розробку жорсткіших стандартів для роздрібної торгівлі та послуг харчування в Україні.

19. Забезпечити подальшу лібералізацію торгівлі послугами та усунення перешкод для заснування компаній та транскордонного надання послуг.
20. Просувати український експорт з вищим ступенем переробки та доданої вартості.
21. Забезпечити захист прав інтелектуальної власності під час митного оформлення та здійснення експорту, зокрема щодо забезпечення патентної чистоти при здійсненні експортних операцій.
22. Врегулювати порядок проведення митного пост-аудиту.
23. Забезпечити підтримку діяльності та участі МСП у торгівлі з ЄС. Збільшити доступ на ринок ЄС товарів, у виробництві яких бере участь значна кількість МСП.
24. Збільшити участь України у регіональних ланцюгах доданої вартості ЄС, скоротити та наблизити ланцюги поставок до кордонів ЄС.
25. По завершенню військових дій на території держави прийняти комплексну стратегію розвитку транспортних шляхів України, що передбачатиме створення системи транспортних хабів та логістичних центрів.
26. Створити систему центрів держрезерву стратегічної сировини і товарів першої необхідності в кожному регіоні та в державах-партнерах.
27. Збільшення пропускної здатності міжнародних транспортних вантажних пунктів пропуску через державний кордон, а також відкриття нових пунктів пропуску.
28. Внести зміни до Закону України «Про морські порти України» та до Кодексу України про адміністративні правопорушення, пов'язані з функціонуванням національної системи обміну інформацією про морські перевезення на території Європейського Союзу (SafeSeaNet)⁵⁹.

⁵⁹ Бакалінська Ольга Аналіз відкриття нових ринків для товарів з України в контексті європейської інтеграції. Звіт підготовлений у рамках проєкту «Посилення управління кризовими ситуаціями та реагування на надзвичайні ситуації Уряду України», що був реалізований за фінансової підтримки Програми розвитку ООН – К.2022. – 86 с.

Поглиблення співпраці між Україною та ЄС у підприємницькій сфері також може бути досягнуто шляхом спільної участі в програмі ЄС «Єдиний ринок», яка спрямована на спрощення доступу до ринку, створення сприятливого бізнес-середовища, розвиток бізнесу та забезпечення конкурентоспроможності компаній і секторів економіки.

У цьому контексті конкуренція щодо приведення законодавства у відповідність із *acquis* ЄС, що стосується інфраструктури якості, зокрема щодо ринкового нагляду, технічного регулювання, стандартизації, оцінки відповідності, метрології та акредитації, є особливо важливим. Значним є також розширення співпраці за допомогою заходів, що призвели до підписання Угоди АССА.

Незважаючи на досягнення певного рівня готовності у сфері захисту прав споживачів та охорони здоров'я, Україна приділятиме особливу увагу приведенню свого законодавства про захист прав споживачів на всіх рівнях до *acquis* ЄС та забезпеченню його належного виконання. Зокрема, Україна має привести своє страхове законодавство у відповідність до Директиви 2009/103/ЄС для забезпечення прав споживачів у цій сфері.

Військова агресія Російської Федерації на Україну призвела до значного падіння українського експорту. Захоплення територій, знищення промислової та цивільної інфраструктури, вбивства та бій стали щоденним явищем для українців. В цій ситуації неоціненну роль відіграли міжнародні партнери України, які не тільки надали прихисток мільйонам українських жінок і дітей, а й надають постійну системну допомогу в військовій та економічній сферах, одночасно здійснюючи постійний вплив на агресора, його економіку та обмежуючи його політичні амбіції. Значення економічних санкцій, що застосовуються до РФ починаючи з 2014 року важко переоцінити. ЄС починаючи з 23 лютого 2022 року поступово посилює санкційний тиск на РФ.

Лібералізація торгівлі з ЄС та необхідність враховувати виклики військового часу стали значним мотиваційним фактором звернення

українських товаровиробників, що здійснювали свою діяльність в Україні до експортного напрямку своєї діяльності. Сьогодні експортний вектор свого розвитку обирають не тільки великі та потужні підприємства, а й малі та середні. Проте, цікавою особливістю сучасного бізнесу є поєднання експортного напрямку діяльності підприємств зі збереженням присутності на внутрішньому ринку. Державою пропонуються різні форми підтримки підприємцям, які працюють під час війни, від компенсації за працевлаштування внутрішньопереміщених осіб, тимчасового переміщення підприємств з регіонів, що постраждали під час війни, до надання грантів для започаткування і розвитку бізнесу та підтримки експортних амбіцій підприємців.

Приймаючи рішення про започаткування експорту українські товаровиробники переважно орієнтуються на ринки ЄС. Проте, як показує аналіз основних товарних груп українського експорту експортний потенціал більшості товарних позицій походженням з України це країни Південно-Східної Азії.

Продуктами з найбільшим експортним потенціалом з України до ЄС і Західної Європи є нерафінована соняшникова або сафлорова олія, кукурудза (за винятком посівного матеріалу) і насіння ріпаку або рапсу з низьким вмістом ерукової кислоти. Україна має найвищий потенціал поставок сирової соняшникової або сафлорової олії. Комплекти електрокабелів (запалювання) для транспортних засобів є продуктом, який має найбільший попит у ЄС та Західній Європі.

Здійснений аналіз дозволяє зробити висновки про те, що українськими товаровиробниками експортний потенціал нашої держави не вичерпується і на 50%. Більшість товарів і товарних груп, що представлені на товарних ринках ЄС, це сировинні товари з малою або незначною ступенню обробки. Намагаючись потрапити на ринки Європи українські товаровиробники витрачають значні ресурси і не отримують високого рівня доходів, які забезпечують готова та високотехнологічна продукція. Перспективними

сферами розвитку експортного потенціалу України в ЄС є: інформаційні і комунікаційні технології, креативні індустрії (одяг, взуття, меблі), технічне обслуговування та ремонт літаків, виробництво частин та компонентів для аерокосмічної та авіаційної галузі, машинобудування, а також харчова та переробна галузі. В той час, як основними споживачами сировини і аграрної продукції з України є країни Азії та Африки. Тому українським ттоваровиробникам при прийнятті рішення про започаткування експорту необхідно ретельно вивчити тренди розвитку міжнародних ринків, відповідально та розумно формувати власні експортні стратегії.

Висновки. Війна в Україні поставила питання про виживання держави та змінила вектор розвитку економіки. Лише за приблизними оцінками експертів потреби у відновленні та реконструкції в соціальному, виробничому та інфраструктурному секторах складають 190 мільярдів доларів, що у 10 разів вище ВВП України в 2021 році. За оцінками RDNAII, протягом найближчих місяців потрібно більше 100 мільярдів доларів на задоволення невідкладних потреб, таких як відновлення системи та інфраструктури освіти та охорони здоров'я, підготовки до зими, для відновлення теплопостачання та енергопостачання будинків, підтримки сільського господарства та ремонту життєво важливого транспорту, очищення життєвого середовища від мін та вибухових речовин.

Україна презентувала у Лондоні на конференції з відновлення платформу DREAM. Вона дозволить збирати всю інформацію про проєкти з відбудови, а також будь-кому та будь-де контролювати кожен етап життєвого циклу проєктів з відбудови. У лютому 2023 року Світовий банк оцінив потребу України в фінансуванні відбудови в \$411 млрд⁶⁰.

Відновлення України є критично важливим для захисту міжнародного верховенства права. Притягнення Росії з ключовими економічними статистичними даними за 2023 рік до відповідальності та компенсації за порушення міжнародного права та основних прав людини та прав інвесторів

⁶⁰ <https://forbes.ua/innovations>

– це наріжний камінь на шляху до більш справедливого та демократичного майбутнього у світі.

Відбудова України як процвітаючої країни, члена ЄС і НАТО та опори на континенті є важливою інвестицією в безпеку та добробут у регіоні.

Стратегія відновлення України має складатися з трьох частин:

1) відновлення найбільш критичних втрат державного, приватного сектору та цивільної інфраструктури;

2) забезпечення стійкості народу, економіки, оборони та критичної інфраструктури;

3) реформи та інвестиції, що стимулюють зростання, щоб допомогти Україні стати членом ЄС.

Якщо Україна не зможе відшкодувати збитки, завдані війною, вона ризикує зазнати суспільних наслідків, таких як зниження продуктивності через погіршення людського капіталу та економічні труднощі через втрати бізнесу та дисбаланс у фінансовому секторі. Ця ситуація ще більше ускладнюється зростанням регіональної та суспільної нерівності. У сукупності ці проблеми можуть знизити споживання та попит, спричинивши подальший економічний спад.

Повернення українських біженців залежатиме від їхньої здатності знайти місце для виїзду та роботи в Україні, знайти хорошу освіту, медичне обслуговування та соціальні послуги для своїх дітей і себе, а також знайти добре оплачувану роботу. Згідно з опитуваннями українських біженців у Європі, більшість з них – жінки працездатного віку з дітьми, і більше половини були б готові повернутися.

Відновлення має дві форми – фізичне відновлення інфраструктури та м'яке відновлення соціальної структури та добробуту людей. Це «м'яке» відновлення вражатиметься в освітніх програмах для дітей та студентів, програмах інтеграції на ринок праці для безробітних, ветеранів, людей, які отримали поранення та психічне здоров'я від війни.

Досягнення відновлення, зростання та макрофінансової стабільності неможливе без розвиненої економіки з високою доданою вартістю (у тому числі через розвиток МСП). Іноземні та вітчизняні підприємства значною мірою покладаються на економічну, фінансову та соціально-політичну ситуацію в країні, особливо на верховенство права, а також на здатність державного управління забезпечувати стабільність і передбачуваність. Процвітаючий приватний сектор залежить як від наявності фінансового, так і людського капіталу. Відомо, що майже третина підприємств або припинили, або обмежили свою діяльність, що призвело до прямих збитків на суму 87 мільярдів доларів.

Лібералізація зовнішньої торгівлі з ЄС створює необхідні умови для зростання експорту українських товарів на ринки світу та дозволяє отримати необхідні фінансові ресурси та технології для відновлення. Саме тому в економічній частині Плану відновлення України п. 2.4.6 «Забезпечення доступу до ринків збуту продукції, зокрема повного доступу до ринків G7 та ЄС», який передбачає:

- повне відкриття ринків G7 та ЄС для українських товарів;
- державну підтримку у сертифікації товарів за кордоном;
- заміщення українською продукцією ніші на ринку країн G7 та ЄС, яку займали товари з РФ та Республіки Білорусь;
- структурований діалог з ЄС щодо застосування індивідуального підходу до українських виробників у рамках впровадження у майбутньому механізму Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM);
- зняття технічних бар'єрів інтеграції українських виробників до Єдиного європейського зеленого ринку.

Для впровадження цих заходів у життя невідкладними ключовими кроками є:

- вибудовування національної експортної архітектури, що охоплює торговельні представництва та ТПП, Експортно-кредитної агенції (ЕКА),

NAZOVNI, Офіс з розвитку підприємництва та експорту, грантові та навчальні програми;

- залучення гарантій та кредитів ЕКА;
- розвиток факторингу;
- прицільна робота з номенклатурою митних баз Росії;
- створення консалтингової допомоги для компаній, які не мають експортного досвіду.

*Цветков Андрій Михайлович,
кандидат юридичних наук, старший науковий
співробітник Науково-дослідного інституту
приватного права та підприємництва імені
Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

РОЗВИТОК ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ БАНКІВ З ІНОЗЕМНИМ КАПІТАЛОМ В УКРАЇНІ

Банківська система України є одним із важливих елементів складової економіки в цілому. А банки з іноземним капіталом є одним з факторів, які впливають на економіку починаючи з років незалежності нашої держави. Проте різні етапи розвитку банківської системи показують динаміку як зростання так і падіння кількості банків за реєстром, у тому числі банків з іноземним капіталом.

Для розуміння складності процесу експансії іноземних банків в Україні групою вчених такими як: Корнилюк Р.В., Івасів І.Б., Диба О.М. та окремо Чубом О.О. здійснено ретроспективний аналіз цього процесу.⁶¹ З цією метою виокремлено п'ять етапів входження іноземних інвесторів до банківського сектора України починаючи з 1991 по 2010 роки.⁶² Також ми пропонуємо виділити додатково ще три етапи, про що зазначимо нижче.

Перший етап (1991-1994) - початковий період формування банківської системи України. Недостатня розвиненість механізмів банківського регулювання після здобуття незалежності Україною призвела до приходу на ринок банківських послуг іноземного спекулятивного капіталу (рф, Латвія, офшорні зони). Оскільки ці банки завдавали шкоди економіці через валютні спекуляції та нелегальний вивід національного капіталу, НБУ в 1994 р. заборонила діяльність філій і ввела жорсткі обмеження на частку статутного капіталу нерезидентів у банківську систему України (не більше 15 %).⁶³

⁶¹ Чуб О.О. Банки в глобальній економіці: монографія / Чуб О.О. – К.: КНЕУ, 2009. – 340 с.

⁶² Іноземні банки в Україні: вплив та регулювання: монографія / Р.В. Корнилюк, І.Б. Івасів, О.М. Диба. - К.: КНЕУ, 2012. - С. 59.

⁶³ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання іноземних інвестицій та кредитування» від 27.04.2010 року № 2155-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-17#Text>

У цей період економіка України перебувала в глибокій кризі, характерними ознаками якої було падіння валового внутрішнього продукту, високий рівень інфляції, платіжні кризи, погіршення життєвого рівня населення. Іноземні інвестори, через економічну та політичну нестабільність, недостатній розвиток ринкових відносин, були не зацікавлені надавати кредити без гарантії Уряду України не лише українським банкам, а й будь-яким суб'єктам інших секторів економіки.⁶⁴

Дещо інакша ситуація склалася із інвестиціями в банківський сектор економіки.

Вихід іноземних банків на банківський ринок України розпочався у 1994 році. За цей рік було відкрито 12 банків з іноземним капіталом (зі 100% іноземним капіталом), проте їхній статутний капітал становив лише 2,3% від статутного капіталу банків України (134 банки) (див. Табл. 1).

Протягом другого етапу (1995-1998) більшість іноземних банків були створені «з нуля» з метою підтримки зовнішньоторговельних операцій компаній-нерезидентів на українському ринку, а також забезпечення виходу місцевих емітентів на міжнародні ринки капіталу.

До 2000 р. постійно зростала не тільки кількість банків з іноземним капіталом, а й частка статутного капіталу банків з іноземним капіталом у статутному капіталі всіх банків України (крім 1995 р.), особливо це характерно для 1997-1998 рр. Так, у 1997 р. було зареєстровано 4 банки зі 100% іноземним капіталом та 4 банки за участю іноземного капіталу, у 1998 р. - відповідно 3 та 3. Банків із іноземним капіталом на кінець 1998 р. налічувалося 28 (зі 100% іноземним капіталом - 9) із 161 діючого в Україні банку, а їхній статутний капітал становив 20,8% від статутного капіталу банків, діючих в Україні (банків зі 100% іноземним капіталом - 11%). Таку зацікавленість іноземного капіталу в інвестуванні коштів у банківський сектор України можна пояснити, перш за все, привабливістю українського

⁶⁴ Гаркавенко В.І. Іноземний капітал у діяльності банківського сектора України: досвід минулого, уроки на майбутнє / [Валентина Іванівна Гаркавенко]; НАН України; Інститут екон. та прогноз. – К., 2011. – С. 22.

ринку державних цінних паперів, про що свідчила не тільки надзвичайна активність на цьому ринку таких банків зі 100% іноземним капіталом, як "Сосьете Женераль Україна", ІНГ Банк Україна", "Креді Свісс Фьорст Бостон (Україна)" (понад 70% активів цього банку - це вкладення в ОВДП станом на кінець 2000 р.).⁶⁵

Проте, фінансова криза 1998 року спричинила вплив іноземного банківського капіталу. Зокрема, Міжнародний інвестиційний банк «Креді Свісс Фьорст Бостон (Україна)» причетний до скандалу 1998 року із завищенням резервів НБУ перед МВФ, почав згортати свою діяльність в Україні. З іноземних банків першої хвилі експансії на сьогодні залишилися дочірні структури ІНГ Банк Україна, Сіті банк, Креді Агріколь, що спеціалізуються на корпоративному та інвестиційному банкінгу.⁶⁶

Збільшення кількості банків з іноземним капіталом та зростання частки статутних капіталів цих банків у статутному капіталі діючих в Україні банків відбувалося в умовах відсутності законодавчих норм і вимог щодо створення та діяльності банків з іноземним капіталом, порушення законодавства Національним банком України, непослідовності та незваженості останнього при прийнятті рішень щодо запровадження чи відміни окремих норм для створення банків. Зокрема:

- незважаючи на те, що ст. 49 Закону України від 20 березня 1991 р. "Про банки і банківську діяльність" було передбачено, що Національний банк видає ліцензії на створення комерційних банків з участю іноземних юридичних та фізичних осіб, порядок видачі яких визначається ним відповідно до законодавства, НБУ "Тимчасовим положенням про порядок створення, реєстрації комерційних банків і здійснення нагляду за їх діяльністю", затвердженим протоколом 16 від 17 липня 1992 р.⁶⁷, визначив,

⁶⁵ Гаркавенко В.І. Іноземний капітал у діяльності банківського сектора України: досвід минулого, уроки на майбутнє / [Валентина Іванівна Гаркавенко]; НАН України; Інститут екон. та прогноз. – К., 2011. – С. 23.

⁶⁶ Іноземні банки в Україні: вплив та регулювання: монографія / Р.В. Корнилюк, І.Б. Івасів, О.М. Диба. - К. : КНЕУ, 2012. - С. 59.

⁶⁷ Тимчасове положення про порядок створення, реєстрації комерційних банків і здійснення нагляду за їх діяльністю від 17.07.92 р. № 16 (втратив чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0016500-92#Text>

що в Україні можуть створюватися не лише банки за участю іноземного капіталу, а й банки інших держав, їхні філії і представництва;

- керуючись статтею 49 Закону України від 20 березня 1991р. "Про банки і банківську діяльність", Національний банк України своєю постановою від 7 лютого 1994 р. №24 затвердив "Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб"⁶⁸, яким увів обмеження на участь іноземного капіталу при створенні банків. Так, відповідно до п. 3 Положення засновниками, акціонерами (учасниками) банків за участю іноземного капіталу не могли бути офшорні компанії та банки, а інші суб'єкти підприємництва могли ставати учасниками лише за умови участі серед них хоча б одного першокласного іноземного банку. І головне - ліміт участі іноземного капіталу у банківській системі України не міг перевищувати 15% сукупного розміру статутних фондів комерційних банків, зареєстрованих в Україні (п. 14). При цьому до розрахунків частки капіталу іноземних засновників, акціонерів (учасників) у сукупному розмірі статутних фондів комерційних банків України включалися кошти, що належать нерезидентам і підприємствам з іноземним капіталом (в частині іноземного капіталу) у статутних фондах банків, а якщо частка іноземного капіталу у статутному фонді банку становить більше 50%, до розрахунку включався загальний розмір статутного фонду цього банку (п. 15). Перевищення затвердженого Правлінням Національного банку України ліміту участі іноземного капіталу у банківській системі України було визначено підставою для відмови у видачі ліцензії на створення комерційного банку за участю іноземного капіталу (п. 19). Обмеження стосувалися не лише участі іноземного капіталу, а й операцій: банки, зареєстровані після прийняття вказаного Положення, частка іноземного капіталу в яких перевищувала 50% статутного фонду, мали право здійснювати лише операції в іноземній валюті з юридичними і

⁶⁸ Постанова НБУ «Про затвердження Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб» від 07.02.1994 р. № 24 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0024500-94#Text>

фізичними особами-нерезидентами та інвестиційну діяльність (п. 18). Крім того, для банків з іноземним капіталом були встановлені вищі, ніж для вітчизняних, вимоги щодо мінімального розміру статутного фонду. Проте вже 14 червня 1995 р. постановою Правління НБУ №145⁶⁹ до вказаного вище Положення було внесено зміни та доповнення, якими для новостворюваних банків з іноземним капіталом відмінена вимога щодо участі серед засновників, акціонерів (учасників) банків за участю іноземного капіталу хоча б одного першокласного іноземного банку. 20 червня 1997 р. постановою Правління НБУ №194⁷⁰ до вказаного вище Положення знову було внесено зміни, якими скасовувалося обмеження на проведення операцій із резидентами тими комерційними банками, частка іноземного капіталу у статутному фонді яких перевищує 50% (п. 18 Положення, відповідно до якого такі банки мали право здійснювати лише операції в іноземній валюті з юридичними. і фізичними особами-нерезидентами та інвестиційну діяльність);

- усупереч ст. 22 Закону України від 20 березня 1991 р. "Про банки і банківську діяльність"⁷¹, якою було встановлено обмеження на частку у статутному фонді комерційного банку будь-якого із засновників, акціонерів (учасників) у розмірі не більше 35% (виходячи із цієї норми, обмеження стосувалося як резидентів, так і нерезидентів, адже більше ніяким законодавчим актом інше не було визначено) постановою Правління Національного банку України від 25 червня 1997 р. №253⁷² було знято обмеження на частку у статутному фонді банку будь-якого із іноземних акціонерів (учасників) - шляхом внесення змін до діючого на той час "Положення про порядок створення і реєстрації комерційних банків",

⁶⁹ Постанова НБУ «Про внесення змін та доповнень до "Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб", затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 07.02.94 р. №24» від 14.06.1995 р. №145 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0145500-95#Text>

⁷⁰ Постанова НБУ «Про внесення змін до Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб» від 20.06.1997 р. №194 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0356-97#Text>

⁷¹ Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 20.03.1991 р. № 872-XII (втратив чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/872-12#Text>

⁷² Постанова НБУ «Про внесення змін і доповнень до нормативних актів Національного банку України» від 25.07.1997 р. № 253 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0366-97#Text>

затвердженого постановою Правління №77 від 27 березня 1996 р.⁷³. Постановою Правління від 25 липня 1998 р. №281,⁷⁴ при затвердженні нової редакції "Положення про порядок створення і реєстрації комерційних банків", було знову введено обмеження на частку у статутному фонді банку будь-якого із акціонерів (учасників) у розмірі не більше 35%. Проте, якщо на вітчизняних акціонерів (учасників) банку обмеження розповсюджувалося як щодо прямої так і непрямой участі, то на іноземних акціонерів (учасників) обмеження щодо непрямой участі в статутному капіталі банку не поширювалося.

Крім того, 13 квітня 1998 р. було знято граничну норму на участь іноземного капіталу у банківській системі України - постановою Правління Національного банку України №140,⁷⁵ "з метою розширення можливості забезпечення потреб економіки України в додаткових кредитних ресурсах, у тому числі за рахунок іноземних інвестицій, потрібних для збільшення обсягів виробництва в промисловості та сільському господарстві, послуг, що надаються населенню, розвитку пріоритетних галузей економіки держави, малого і середнього бізнесу та з метою створення умов для зниження процентних ставок за кредитами". Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб, затверджене постановою Правління від 7 лютого 1994 року №24,⁷⁶ відповідно до якого ліміт участі іноземного капіталу у банківській системі України не міг перевищувати 15% сукупного розміру статутних фондів комерційних банків було визнано таким, що втратило чинність. Постановою Правління Національного банку України № 140 також було введено норму, відповідно до якої засновниками засновників, акціонерів (учасників) комерційних банків не можуть бути офшорні компанії і банки.

⁷³ Постанова НБУ «Про затвердження положень "Про порядок створення і реєстрації комерційних банків" та "Про порядок ліцензування банків в Україні"» від 27.03.1996 р. № 77 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0077500-96#Text>

⁷⁴ Постанова НБУ «Про затвердження положення про порядок створення і реєстрації комерційних банків» від 25.07.1998 р. № 281 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0541-98#Text>

⁷⁵ Постанова НБУ «Про внесення змін до діючих нормативних актів Національного банку України та визнання окремих із них такими, що втратили чинність» від 13.04.1998 р. № 140 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0340-98#Text>

⁷⁶ Постанова НБУ «Про затвердження Положення про порядок видачі ліцензій на створення комерційних банків за участю іноземних юридичних та фізичних осіб» від 07.02.1994 р. № 24 (втратила чинність). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0024500-94#Text>

Слід зазначити, що в період дії встановленого НБУ ліміту на участь іноземного капіталу у банківській системі України він не забезпечив його дотримання - при ліміті 15% статутний капітал банків з іноземним капіталом на кінець 1997 р. становив 15,8% від статутного капіталу діючих в Україні банків.⁷⁷

Третій етап (1999-2004) - період модернізації банківської системи України, макроекономічної стабілізації та поступової лібералізації регулятивної бази. Зниження капіталізації банківської системи України і брак довгострокових кредитних ресурсів змушує НБУ зняти обмеження на частку нерезидентів у статутному капіталі банків. Продовжується очищення банківської системи від спекулятивних інвесторів. Кількість банків з іноземним капіталом скорочується з 30 до 19, серед них банків зі 100 % іноземним капіталом – з 9 до 7. На український ринок увійшли Альфа-Банк (рф) та Прокредитбанк (ФРН) шляхом придбання невеликих вітчизняних банків та активного розвитку нової територіальної мережі. Однак прихід нових іноземних інвесторів стримується низькою платоспроможністю населення, політико-правовою нестабільністю та несприятливим інвестиційним кліматом в Україні.

Як зазначають, вчені, протягом зазначеного періоду в українській банківській системі розпочали діяльність понад 30 іноземних фінансових холдингів, більшість з яких увійшли на ринок шляхом поглинання існуючих банків, що належали резидентам. Отриману в ході дослідження інформацію про прямих та опосередкованих власників усіх іноземних банків і хронологію експансії в банківську систему України.

До 2005 року іноземні інвестори надавали перевагу створенню дочірніх банків з «нуля». Іноземні банки, створені з «нуля», зазвичай фокусуються на обслуговуванні корпоративних клієнтів, вирізняються чіткою спеціалізацією, мають меншу мережу. Ці банки сконцентровані на обслуговуванні

⁷⁷ Гаркавенко В.І. Іноземний капітал у діяльності банківського сектора України: досвід минулого, уроки на майбутнє / [Валентина Іванівна Гаркавенко]; НАН України; Інститут екон. та прогноз. – К., 2011. – С. 24-27.

специфічних кредитно-фінансових потреб. Наприклад, ІНГ Банк Україна - єдина установа, що надає українським емітентам кастодіальні послуги при випуску депозитарних розписок. Сіті банк (Україна) спеціалізується на обслуговуванні цільових фондів, дипломатичних місій, комерційних банків та корпоративних транснаціональних клієнтів з представництвами в Україні.

Четвертий етап (2005-2008) - період активної експансії іноземного капіталу під час економічного зростання. На український ринок банківських послуг масово приходять транснаціональні банківські групи шляхом поглинань системних вітчизняних банків. Іноземні банки здійснюють кредитну експансію в умовах подальшої лібералізації регулювання. Швидко розвивається іпотечний ринок та ринок споживчого кредитування на основі дешевих валютних ресурсів закордонних материнських структур. Частка банківських активів у ВВП зростає більш, ніж удвічі: з 30,5 % до 63,2 %.⁷⁸

Після 2005 року стратегія входження змінилася: міжнародні банки проникали в банківську систему України найшвидшим способом - через купівлю існуючих вітчизняних банків з розгалуженими мережами територіальних відділень і філій. Орієнтація на роздрібний банківський ринок була пов'язана зі стабілізацією макроекономічних показників України, покращенням інвестиційного клімату, зростанням реальних доходів населення та низьким охопленням банківським обслуговуванням. Особливого розмаху зазначені процеси набули в 2005 році, коли сума лише публічних угод щодо злиття та поглинань (М&А-угод) у банківському секторі України склала \$1,6 млрд насамперед за рахунок купівлі іноземними інвесторами таких системних банків, як Аваль та Укрсиббанк.

Інвестиційна привабливість банківського бізнесу в країні у 2005 році суттєво зросла, враховуючи, що сумарний обсяг М&А-угод в Україні за рік становив \$7,7 млрд.⁷⁹ Продовження цієї тенденції простежувалося в 2006 році: були укладені угоди щодо продажу АКБ «Мрія» російському ВТБ,

⁷⁸ Іноземні банки в Україні: вплив та регулювання: монографія / Р.В. Корнилюк, І.Б. Івасів, О.М. Діба. - К.: КНЕУ, 2012. - С. 60.

⁷⁹ Корнилюк Р.В. Консолідаційні процеси в банківській системі України / Івасів І.Б., Корнилюк Р.В. // Економіка та підприємництво: зб. наук. праць мол. учених та аспірантів. - К.: КНЕУ, 2006. - Вип.16. - 280 с.

банку «Престиж». групі Ерсте (Австрія), Райффайзен банку (Україна) - групі ОТП тощо. У 2007 році нерезиденти поповнили статутний капітал чергових 18 банків з різних груп за обсягом активів. У 2008 році приплив іноземного банківського капіталу уповільнився внаслідок початок світової фінансової кризи: було придбано шість вітчизняних банків, серед яких Правексбанк та «Форум».

Поглинуті системні банки в Україні обрали стратегію універсального банківництва, оскільки активно розвивали роздрібний бізнес та мали широку територіальну представленість. Більшість фінансових інституцій такого типу були придбані протягом 2005-2008 років міжнародними холдингами у вітчизняних власників зі значенням коефіцієнта P/BV порядку 3-6 (Price / Book Value - співвідношення суми M&A-угоди до балансової вартості капіталу компанії що є об'єктом поглинання).

Дані нашого моніторингу засвідчили, що транснаціональні банки переплачували з огляду на премію за суттєву частку ринку. Поглинання місцевих банків з розгалуженою мережею відділень та сформованою клієнтською базою вимагалось для швидкого проникнення на банківський ринок, ємкість якого протягом 2005-2008 років щороку подвоювалася.

Коли більшість системних банків були придбані, а коефіцієнт P/BV для системних банків зріс до 6, іноземні інвестори почали активніше застосовувати стратегію купівлі так званих «банків-ліцензій», які згодом нарощували ділову активність за допомогою капіталу і внутрішньогрупових кредитів з боку материнських структур (наприклад, Універсал банк, Піреус банк МКБ, ВТБ Банк).

«Банки-ліцензії» на момент продажу займали нижчі позиції за розміром активів і купувалися в українських власників з коефіцієнтом 1,5-2,5 P/BV. Мотивами придбання таких невеликих банків був швидкий вихід на специфічний український банківський ринок, уникнення витрат на державну реєстрацію банку, отримання ліцензії та відповідних дозволів НБУ, а також

подальше природне розширення шляхом нарощування територіальної сітки відділень у межах обраних бізнес-стратегій.

Незважаючи на суперечки щодо доцільності надання права на діяльність філіям іноземних банків, дискусій щодо впливу іноземного капіталу, залученого за всіма можливими інструментами, на банківський сектор та економіку України в цілому практично не велося, та й результати дослідження, якщо такі й проводилися, на широкий загал не виносилися.

Відсутність таких досліджень, у поєднанні із надзвичайно сприятливою нормативно-правовою базою, створили умови для входження іноземного капіталу в банківський сектор України без будь-яких обмежень. Зокрема:

- із прийняттям 7 грудня 2000 р. нової редакції Закону України "Про банки і банківську діяльність"⁸⁰ у питаннях створення та діяльності банків відсутні обмеження на частку у статутному фонді банку будь-якого із засновників, акціонерів (учасників), а для створення банку з іноземним капіталом чи набуття діючим банком статусу банку з іноземним капіталом необхідно отримати лише попередній дозвіл Національного банку України. Слід зазначити, що банком з іноземним капіталом став вважатися банк, у якому частка капіталу, що належить хоча б одному іноземному інвестору, становить не менше 10%, тоді як раніше розмір частки не мав значення;

- Положенням про порядок іноземного інвестування в Україну, затвердженим постановою Правління НБУ від 10 серпня 2005 р. № 280,⁸¹ до портфельних інвестицій віднесено будь-яку іноземну інвестицію, що передбачає придбання іноземним інвестором цінних паперів українських емітентів та їхніх похідних на фондовому ринку;

- у листопаді 2006 р. було внесено зміни до Закону України "Про банки і банківську діяльність", які стосувалися насамперед доступу іноземного капіталу на національний банківський ринок.⁸² До прийняття змін іноземним

⁸⁰ Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>

⁸¹ Постанова НБУ «Про врегулювання питань іноземного інвестування в Україну» від 10.08.2005 р. № 28. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0947-05#Text>

⁸² Закон України «Про внесення змін до Закону України "Про банки і банківську діяльність"» від 16.11.2006 р. № 358-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/358-16#Text>

банкам дозволялося відкривати лише свої представництва на території України, порядок реєстрації яких визначався статтею 24 вказаного Закону. Ст. 24 Закону "Про банки і банківську діяльність" в новій редакції дозволяла іноземним банкам відкривати філії та представництва на території України з дня вступу України до Світової організації торгівлі, а також визначала порядок їхнього відкриття. Так, іноземний банк має право на відкриття філії в Україні за таких умов:

1) держава, в якій зареєстровано іноземний банк, належить до держав, які беруть участь у міжнародному співробітництві у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму, а також співпрацює із Групою з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF);

2) банківський нагляд у державі, в якій зареєстровано іноземний банк, відповідає Основним принципам ефективного банківського нагляду Базельського комітету з питань банківського нагляду;

3) між Національним банком України та органом банківського нагляду держави, в якій зареєстровано іноземний банк, укладено угоду про взаємодію у сфері банківського нагляду, гармонізацію їхніх принципів та умов;

4) мінімальний розмір приписного капіталу філії на момент її акредитації є не меншим 10 млн євро (змiнами до Закону введено термін "приписний капітал" - сума грошових коштів у вільно конвертованій валюті, надана іноземним банком філії для її акредитації);

5) наявність письмового зобов'язання іноземного банку про безумовне виконання ним зобов'язань, які виникли у зв'язку з діяльністю його філії на території України.

Підставою для здійснення філією іноземного банку банківської діяльності в Україні є її акредитація, яка здійснюється шляхом внесення Національним банком України відповідного запису до Державного реєстру банків та видачі банківської ліцензії. Законом також визначено документи, що подаються для акредитації філії іноземного банку. Діяльність та

оподаткування філії іноземного банку здійснюється згідно з відповідним законодавством України.

Проте навіть ліберальні умови для інвестування в банківський сектор України не цікавили представників іноземного капіталу доти, поки до країни не підвищилася довіра.

Позитивні зміни в економіці впродовж декількох років, виключення України із чорного списку FATF (2003 рік), підвищення провідними рейтинговими агентствами світу її кредитного рейтингу, достатньо високий рівень якого сприяв оптимістичним настроям з приводу розвитку української економіки, призвели до стрімкого зростання обсягів іноземних інвестицій в Україну в 2005-2008 рр., переважна частина яких надійшла у фінансову сферу, в основному в банківський сектор.

Так, із 32,5 млрд дол. США інвестицій, що надійшли в економіку України у 2005-2008 рр., майже 12 млрд дол. США, або 37% - це інвестиції у фінансову сферу. Із 1109 млн дол. США інвестицій, що надійшли у 2005 р. у фінансову сферу, майже 93% (1028 млн дол. США) - плата за акції банку "Аваль".

Саме тому 2005-2008 рр. можна назвати періодом експансії іноземного капіталу в банківський сектор України. Свідченням цьому є збільшення кількості банків з іноземним капіталом з 19 на кінець 2004 р. до 53 на кінець 2008 р., у тому числі зі 100% іноземним капіталом - відповідно з 7 до 17, та зростання частки іноземного капіталу в статутному капіталі банків України майже в чотири рази - з 9,6% на кінець 2004 р. до 36,7% на кінець 2008 року. На 1 січня 2009 р. майже третина діючих банків в Україні - це банки з іноземним капіталом.⁸³

П'ятий етап (2008-2010) - період фінансової кризи та посткризового відновлення. Іноземні банки коригують стратегію діяльності через девальвацію гривні, спад кредитування, зростання проблемної заборгованості

⁸³ Гаркавенко В.І. Іноземний капітал у діяльності банківського сектора України: досвід минулого, уроки на майбутнє / [Валентина Іванівна Гаркавенко]; НАН України; Інститут екон. та прогноз. – К., 2011. – С. 31-34.

та відтік внутрішніх і зовнішніх ресурсів. Збільшується частка в загальному статутному капіталі інвесторів з рф та ФРН. Антикризова політика іноземних банків полягала в закріпленні позицій на ринку банківських послуг України завдяки доступу до фінансових ресурсів материнських груп.

На сьогоднішній день, можна виділити ще додатково 3 (три) етапи на нашу думку, шостий етап (2010-2014), сьомий (2014-2022), восьмий (початок 2022 року по теперішній час).

Також, розглянемо динаміку зміни кількості діючих банків загалом в Україні з 1995 по 2023 роки, та по банкам з іноземним капіталом зокрема.

Таблиця 1

Показники кількості банківських установ

з 01.01.1995 по 01.07.2023 роки⁸⁴

	Кількість банків за реєстром	Кількість діючих банків	Кількість банків на стадії ліквідації	Кількість банків з іноземним капіталом:	У т.ч. з 100%-ним іноземним капіталом	Частка іноземного капіталу у статутному капіталі банків, %
01.01.1995		115		12	1	2,3
01.01.1996		134		12	1	1,1
01.01.1997		146		14	2	4,5
01.01.1998		157		22	6	15,8
01.01.1999		161		28	9	20,8
01.01.2000		153		30	8	23,3
01.01.2001		153		22	7	13,3
01.01.2002		152		21	6	12,5
01.01.2003		157		20	7	13,7
01.01.2004		158		19	7	11,3
01.01.2005		160		19	7	9,6
01.01.2006		165		23	9	19,5
01.01.2007		170		35	13	27,6
01.01.2008	198	175	19	47	17	35,0
01.01.2009	198	184	13	53	17	36,7
01.01.2010	197	182	14	51	18	35,8
01.01.2011	194	176	18	55	20	40,6 / 39,3
01.01.2012	198	176	21	53	22	41,9
01.01.2013		176		53	22	39,5
01.01.2014		180		49	19	34,0

⁸⁴ Показники банківської системи. Офіційний веб-сайт Національного банку України. URL: <https://bank.gov.ua/ua/statistic/supervision-statist>

01.01.2015		163		51	19	32,5
01.01.2016		117		41	17	
01.01.2017		96		38	17	
01.01.2018		82		38	18	
01.01.2019		77		37	23	
01.01.2020		75		35	23	
01.01.2021		73		33	23	
01.01.2022		71		33	23	
01.01.2023	123	67	56	30	22	
01.07.2023		65		29	21	

Так, станом на 1 січня 2001 року, кількість банків з іноземним капіталом була 22, з них 7 - зі 100% іноземним капіталом, найбільша кількість банків з іноземним капіталом була на 1 січня 2011 року – 55, з них 20 зі 100% іноземним капіталом. Згодом, тенденція була лише по зниженню кількості банків із іноземним капіталом і вже на 1 липня 2023 року їх налічується 29 (21 зі 100% іноземним капіталом) (див. табл. 1).

Відповідно до рішення Комітету з питань нагляду та регулювання діяльності банків, нагляду (оверсайту) платіжних систем НБУ від 5 лютого 2021 року № 40, Національний банк України визначає наступні критерії для окремих груп банків на 2021 року (чинний на сьогоднішній день): а) банки з державною часткою – банки, в яких держава прямо чи опосередковано володіє часткою понад 75% статутного капіталу банку; б) банки іноземних банківських груп – банки, контрольні пакети акцій яких належать іноземним банкам або іноземним фінансово-банківським групам; в) банки з приватним капіталом – банки, в яких серед кінцевих власників істотної участі є один чи кілька приватних інвесторів, що прямо та/чи опосередковано володіють не менше ніж 50%: статутного капіталу банку. До банків іноземних банківських груп НБУ відносить:⁸⁵

1. ПАТ «Промінвестбанк»
2. АТ «Райффайзен Банк Аваль»
3. АТ «КРЕДОБАНК»

⁸⁵ Рішення Комітету з питань нагляду та регулювання діяльності банків, нагляду (оверсайту) платіжних систем НБУ «Про розподіл банків на групи» від 05.02.2021 р. № 40. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/law/Decision_05022021_40_CCRB_PS.pdf?v=4

4. АТ «БТА Банк»
5. АТ «УКРСИББАНК»
6. АТ «Ідея Банк»
7. АТ «ПРАВЕКС БАНК»
8. АТ «КРЕДІ АГРІКОЛЬ БАНК»
9. АТ «ПРЕУС БАНК МКБ»
10. АТ «Альфа БАНК»
11. АТ «ІНГ Банк Україна»
12. АТ «ОТП БАНК»
13. АТ «СІТІБАНК»
14. АТ «ПРОКРЕДИТ БАНК»
15. АТ «СБЕРБАНК»
16. АТ «БАНК ФОРВАРД»
17. АТ «КРЕДИТ ЄВРОПА БАНК»
18. АТ «КРЕДИТВЕСТ БАНК»
19. АТ «Дойче Банк ДБУ»
20. АТ «СЕБ КОРПОРАТИВНИЙ БАНК»

Під час військової агресії зі сторони рф проти України, сталися зміни у статусі банків, які за зазначені в цьому списку. Проте зміни так і не були внесені НБУ в це рішення. Так, в стадії ліквідації знаходяться ПАТ «Промівестбанк», АТ «Сбербанк» (нова назва АТ «МР Банк»).⁸⁶

Також, у зв'язку з прийнятим Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури виведення з ринку банку в умовах воєнного стану» від 29 травня 2023 року № 3111-ІХ⁸⁷, (Голос України від 17.06.2023 року, № 10.), Законом України «Про санкції» від 14 серпня 2014 року №1644-VII (Відомості Верховної Ради

⁸⁶ В Україні остаточно ліквідували Сбербанк: що буде з іншими російськими банками. URL: <https://economics.segodnya.ua/ua/economics/finance/v-ukraine-okonchatelno-likvidirovali-sberbank-hto-budet-s-ostalnymi-rossiyskimi-bankami-1605307.html>

⁸⁷ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури виведення з ринку банку в умовах воєнного стану» від 29.05.2023 рр. № 3111-ІХ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3111-20#Text>

(ВВР), 2014, № 40, ст.2018)⁸⁸ АТ «Альфа Банк» (назва нова – АТ «Сенс Банк») був націоналізований державою в особі Міністерства фінансів України.⁸⁹

В свою чергу, правове регулювання діяльності іноземних банків в Україні слід розглядати на таких трьох ієрархічних рівнях:

1. Міжнародний - здійснюється міжнародними фінансовими організаціями та міждержавними утвореннями через провадження рамкових угод, директив, конвенцій для гармонізації та уніфікації національних правових систем банківського регулювання. В останні роки спостерігається тенденція до уніфікації банківського регулювання та нагляду. Це зумовлено бажанням багатьох країн світу дотримуватися стандартів, розроблених Базельським комітетом з банківського нагляду. Згідно з моделлю єдиного нагляду, всі наглядові функції сконцентровані в одному органі нагляду. Така модель банківського регулювання уже застосовується у більшості країн ЄС: Німеччині, Бельгії, Чехії, Данії, Естонії, Ірландії, Латвії, Угорщині, Мальті, Австрії, Польщі, Словаччині, Швеції, Великобританії, а також і Японії.

Базельський комітет з банківського нагляду 12 вересня 2010 року затвердив нову угоду, яка одержала назву «Базель - III». І хоча вітчизняний банківський сектор на даний момент відповідає вимогам угоди лише «Базель - I», окремі банківські установи з іноземним капіталом приведені у відповідність із стандартами Базеля – II, а отже готові до виконання нових вимог Базеля – III. Після прийняття Другої банківської Директиви ЄС діяльність філій іноземних банків на території приймаючої країни – члена ЄС здійснюється в системі «єдиної ліцензії» та «контролю держави походження». Разом з тим, в історичний період становлення національних банківських систем багато країн приймали обмеження щодо входу на їх фінансовий ринок філій іноземних банків, передбачаючи, зокрема, допуск філій лише за принципом взаємності, обмеження щодо територіальної мережі

⁸⁸ Закон України «Про санкції» від 14.08.2014 року № 1644-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text>

⁸⁹ Sense Bank (Альфа-банк). Чому Україна націоналізувала великий банк і які будуть наслідки - <https://www.bbc.com/ukrainian/features-66268627>

філій та видів їх діяльності. Наприклад, такі обмеження в свій час вводилися Канадою, Францією, Іспанією, Японією тощо.

У 2014 році Україна підписала Угоду про асоціацію з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі – Угода про асоціацію).⁹⁰ 25 жовтня 2017 року Кабінет Міністрів України ухвалив постанову № 1106 «Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони», яка передбачає виконання плану заходів з гармонізації українського законодавства. У сфері гармонізації законодавства у банківській сфері, Планом заходів передбачається імплементація міжнародних стандартів та актів ЄС щодо запобігання відмиванню грошей та фінансуванню тероризму, впровадження принципів ефективного банківського нагляду Базельського комітету, запровадження вимог щодо внутрішньої оцінки достатності капіталу банку (ІСААР), приведення у відповідність з правом ЄС вимог до структури капіталу банків тощо.⁹¹

Наразі основним документом у сфері гармонізації банківського права, який визначає «дорожню карту» реалізації положень Угоди про асоціацію у банківській сфері виступає Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року.⁹²

Зобов'язання, які взяла на себе Україна, у частині адаптації свого законодавства до нормативно-правових актів ЄС, містять широкий обсяг необхідних змін, а саме зміни у сфері банківської діяльності, страхової діяльності, функціонування ринків цінних паперів, функціонування ринків капіталу, платіжних послуг, запобігання відмиванню грошей та

⁹⁰ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

⁹¹ Постанова Кабінету Міністрів України «Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 25 жовтня 2017 р. № 1106. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2017-п#Text>

⁹² Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року. Офіційний веб-сайт Національного банку України. 2020. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Strategy_FS_2025.pdf?v=46

фінансуванню тероризму, лібералізації руху капіталу та руху валют⁹³. Необхідно підкреслити, що процес адаптації українського законодавства йде порівняно повільно. Як зазначається у системі моніторингу реалізації плану заходів з виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, що загальний прогрес гармонізації законодавства України та ЄС у фінансовому секторі складає 67 % у період з 01.11.2014 року по 31.10.2024 року та лише 24 % у напрямі фінансового співробітництва та боротьби з шахрайством.⁹⁴ Зокрема, у банківській сфері було частково виконано або не виконано наступні задачі, наприклад:

– відповідно до Директиви 2001/24/ЄС⁹⁵ та Директиви 2014/59/ЄС⁹⁶ Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, Національний банк України та Міністерство фінансів України мають удосконалити процедури оздоровлення та виведення банків з ринку;

– відповідно до Директиви 2014/49/ЄС⁹⁷ Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, Національний банк України та Міністерство фінансів України мають привести порядок відшкодування вкладів у відповідність із правом ЄС. Згідно з Директивою 2014/49/ЄС Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, Національний банк України та Міністерство фінансів України мають, зокрема, удосконалити пруденційні вимоги та нагляд за діяльністю кредитних спілок та запровадити обов'язкову участь кредитних спілок у системі гарантування вкладів. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про кредитні спілки» №3254-IX від 14.07.2023 року (вводиться в дію 01.01.2024 року).⁹⁸ Зазначене питання також буде регулюється Законами

⁹³ Центр Разумкова. Секторальна інтеграція України до ЄС: передумови, перспективи, виклики. Київ, 2020. URL: https://razumkov.org.ua/uploads/article/2021_sektor_eu_ukr.pdf

⁹⁴ Система моніторингу виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Інформаційно-аналітична система «Пульт Угоди». URL: <https://pulse.kmu.gov.ua/>

⁹⁵ Директива Європейського парламенту і ради 2001/24/ЄС від 4 квітня 2001 року про реструктуризацію та ліквідацію кредитних установ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_179#Text

⁹⁶ Директива Європейського парламенту і ради 2014/59/ЄС від 15 травня 2014 року про встановлення рамок для відновлення платоспроможності і врегулювання кредитних установ та інвестиційних фірм і внесення змін та доповнень до Директиви Ради 82/891/ЄЕС та директив 2001/24/ЄС, 2002/47/ЄС, 2004/25/ЄС, 2007/36/ЄС, 2011/35/ЄС, 2012/30/ЄС і 2013/36/ЄС та регламентів Європейського Парламенту і Ради (ЄС) №1093/2010 та (ЄС) №648/2012. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/2014-59-es.pdf>

⁹⁷ Директива Європейського парламенту і ради 2014/49/ЄС від 16 квітня 2014 року про схеми гарантування депозитів (нова редакція). URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/2014-49-es.pdf>

⁹⁸ Закон України «Про кредитні спілки» від 14.07.2023 року № 3254-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3254-20#Text>

України «Про страхування» №1909-IX від 06.05.2023 року⁹⁹ і «Про фінансові послуги та фінансові компанії» №1953-IX від 02.10.2023 року¹⁰⁰;

– відповідно до Регламенту 575/2013¹⁰¹ Національний банк України має запровадити нові вимоги щодо показника левериджу та удосконалити вимоги до значної концентрації кредитного ризику;

– згідно з Директивою ЄС 2015/2366¹⁰² Національний банк України та Міністерство фінансів України мають виконати низку задач у сфері регулювання ринку платіжних послуг. 30 червня 2021 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про платіжні послуги» № 1591-IX.¹⁰³ Проте наразі Національний банк України має розробити та видати низку нормативно-правових актів, які стосуватимуться вимог до капіталу надавачів платіжних послуг, визначення умов надання платіжних послуг, порядку авторизації надавачів платіжних послуг тощо.¹⁰⁴

Варто вказати, що у березні 2021 року Національний банк України, Національний банк Польщі та Банк Литви уклали угоду про реалізацію проекту «Twinning», який має допомогти НБУ, серед іншого, імплементувати Угоду про асоціацію між Україною та ЄС.¹⁰⁵

2. Національний – на цьому рівні регулювання здійснюється органами влади суверенної держави України в межах її правової юрисдикції з урахуванням норм міжнародного банківського права. На сьогоднішній день правове забезпечення створення та функціонування банків, в тому числі і з іноземним капіталом, регламентовано такими законодавчими актами: Цивільний¹⁰⁶ та Господарський¹⁰⁷ кодекси України; Кодекс України про

⁹⁹ Закон України «Про страхування» від 18.11.2021 року № 1909-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1909-20#Text>

¹⁰⁰ Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» від 14.12.2021 року № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text>

¹⁰¹ Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 575/2013 від 26 червня 2013 року про пруденційні вимоги для кредитних установ та про внесення змін до Регламенту (ЄС) № 648/2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_043-13#Text

¹⁰² Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2015/2366 від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС та 2013/36/ЄС і Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та про скасування Директиви 2007/64/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_030-15#Text

¹⁰³ Закон України «Про платіжні послуги» від 30.06.2021 року № 1591-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-20#Text>

¹⁰⁴ Система моніторингу виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Інформаційно-аналітична система «Пульт Угоди». URL: <https://pulse.kmu.gov.ua/>

¹⁰⁵ Шторгін К.В. Проблеми гармонізації законодавства України і ЄС у сфері банківського права. Молодий вчений, 11 (99), 36-41. URL: <https://doi.org/10.32839/2304-5809/2021-11-99-8>

¹⁰⁶ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

¹⁰⁷ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

адміністративні правопорушення¹⁰⁸; Закони України: «Про банки і банківську діяльність»¹⁰⁹; «Про Національний банк України»¹¹⁰; «Про фінансові послуги та фінансові компанії»¹¹¹; «Про господарські товариства»¹¹²; «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»¹¹³; «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні»¹¹⁴; «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом»¹¹⁵; «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб»¹¹⁶; «Про заставу»¹¹⁷; «Про платіжні послуги»¹¹⁸; «Про ринки капіталу і організовані товарні ринки»¹¹⁹, «Про обіг векселів в Україні»¹²⁰; «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність» № 2258-III від 01.01.2023 року¹²¹, а також Положення НБУ: «Про порядок ліцензування банків»¹²²; Положення НБУ «Про визнання банками розміру кредитного ризику за активними банківськими операціями» від 30.12.2022 року¹²³.

3. Корпоративний рівень – регулювання та нагляд проводиться на рівні окремого іноземного банку та його материнських структур і є складовою процесу корпоративного управління. Нормативними актами у даному випадку виступають положення та інструкції розроблені на рівні установи іноземного банку.

¹⁰⁸ Кодекс законів про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>

¹⁰⁹ Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>

¹¹⁰ Закон України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. № 679-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>

¹¹¹ Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» від 14.12.2021 р. № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text>

¹¹² Закон України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 року № 1576-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text>

¹¹³ Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» м. Київ від 15.05.2003 р. № 755-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>

¹¹⁴ Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» від 16.07.1999 р. № 996-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14#Text>

¹¹⁵ Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 6.12.2019 р. № 361-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>

¹¹⁶ Закон України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20.09.2001 року № 2740-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2740-14#Text>

¹¹⁷ Закон України «Про заставу» від 02.10.1992 р. № 2654-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12#Text>

¹¹⁸ Закон України «Про платіжні послуги» від 30.06.2021 р. № 1591-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-20#Text>

¹¹⁹ Закон України «Про ринки капіталу і організовані товарні ринки» від 23.02.2006 р. № 3480-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text>

¹²⁰ Закон України «Про обіг векселів в Україні» від 05.04.2001 р. № 2374-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2374-14#Text>

¹²¹ Закон України «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність» від 01.01.2023 р. № 2258-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2258-19#Text>

¹²² Постанова НБУ «Про затвердження Положення про ліцензування банків» від 22.12.2018 № 149. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0149500-18#Text>

¹²³ Постанова НБУ «Про затвердження Положення про визнання банками розміру кредитного ризику за активними банківськими операціями» 30.06.2016 р. № 351. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0351500-16#Text>

Аналізований період років незалежності України (1991-2023 рр.) відповідає повному макроекономічному циклу, який пройшла банківська система України від підйому до кризи та посткризового відновлення.

На підставі цього історичного підходу до аналізу входження іноземних банків в банківську систему України дає змогу сказати, що міжнародний банківський капітал має на меті завжди диверсифікування своєї діяльності, вихід на нові банківські ринки по всьому світу та залежність від взаємовідносин з владою та законодавством тієї країни, де вони працюють.

Після підписання Угоди про асоціацію з ЄС, Україна почала процес гармонізації законодавства ЄС та України у банківській сфері. Дорожньою картою реалізації положень Угоди про асоціацію у банківській сфері виступає Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року, а основними напрямками буде реалізація правових норм: Директиви 2001/24/ЄС, Директиви 2014/59/ЄС, Директиви 2014/49/ЄС, Директиви 2015/2366 та Регламенту Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 575/2013.

*Бичкова Світлана Сергіївна,
доктор юридичних наук, професор, провідний
науковий співробітник відділу правового забезпечення
ринкової економіки Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ПРЕДСТАВНИЦТВО СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НА ШЛЯХУ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ

В Преамбулі Основного Закону України зацентовано увагу на підтвердженні європейської ідентичності Українського народу і незворотності європейського та євроатлантичного курсу України. Також у статтях 85, 102, 116 Конституції України встановлюються повноваження Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України щодо реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі.

Обраний Україною курс вимагає уніфікації національних законів із правовими актами Європейського Союзу. Але перед цим потрібно переглянути, переосмислити, систематизувати й оптимізувати внутрішнє законодавство України.

Одним із питань, що потребують уваги законотворців, на сьогодні є представництво у господарському судочинстві. Адже чинні правові норми є суперечливими, спонукають до вироблення різних підходів у їх правозастосуванні, є неоднозначними при тлумаченні.

Раніше законодавець представників, разом із теперішніми учасниками справи, об'єднував в одній групі суб'єктів процесуальних правовідносин – «учасники судового процесу» (хоча у ст. 4-3, ст. 81-1 ГПК України в попередній редакції згадувалися ще й «особи, які беруть участь у справі» без розкриття складу таких осіб). При викладенні ГПК України у новій редакції в 2017 р. законодавець, враховуючи тенденцію до уніфікації процесуальних

норм суміжних кодифікованих актів, поділив усіх учасників судового процесу на групи. При цьому представники опинилися в окремій групі, поза складом учасників справи. Це може пояснюватися тим, що такі суб'єкти не мають особистого процесуального інтересу у результатах розгляду справи, оскільки їх інтерес опосередкований процесуальною заінтересованістю учасника справи, від імені якого вони діють. Однак так само не мають власного процесуального інтересу (і не можуть мати) органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб. Проте вони входять до переліку учасників справи.

Як відзначається в періодиці юридичного спрямування, «представник має із суб'єктами, які віднесені законом до учасників справи, як спільні правові ознаки, так і певні відмінності, що може слугувати підставою для його відокремлення від цієї групи суб'єктів процесу. Втім, якщо виходити з логіки законодавця та дотримуватися певної послідовності, то необхідно за певними правовими ознаками, які об'єднують їх із представниками, виключити з переліку учасників справи також суб'єктів, яким за законом надане право звертатися до суду в інтересах інших осіб»¹²⁴.

Слід зауважити, що законодавець не послідовний у визначенні місця представників серед суб'єктів господарських процесуальних правовідносин. Так, «§ 2. Представники» розміщений у главі 4 розділу I ГПК України «Учасники судового процесу». Звідси розуміється, що представники є окремою групою таких учасників поряд із учасниками справи та іншими учасниками судового процесу. Підтверджується цей висновок і змістом ст. 62 ГПК України, в якій зазначається, що учасниками судового процесу, крім учасників справи та їхніх представників, є помічник судді, секретар судового засідання, судовий розпорядник, свідок, експерт, експерт з питань права, перекладач, спеціаліст.

¹²⁴ Світлична Г. О. Представництво у цивільному судочинстві: традиції та новації. *Порівняльно-аналітичне право*: електронне наукове фахове видання. 2019. № 5. С. 134. Електронний ресурс. URL: http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/PAP_5_2019.pdf.

Проте у ч. 1 ст. 43 ГПК України закріплено імперативний припис, згідно із яким учасники судового процесу та їхні представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами; зловживання процесуальними правами не допускається. Тобто звідси випливає, що представники не входять до групи учасників судового процесу. Також при тому, що згідно із наведеною нормою представники мають діяти добросовісно, у ч. 4 ст. 43 ГПК України про них окремо уже не зазначається.

Вважаємо, у ч. 1 ст. 43 ГПК України «закралася» описка, оскільки, по-перше, не всі суб'єкти, що входять до групи «інші учасники судового процесу», можуть мати процесуальних представників, а в цій нормі йдеться про всіх суб'єктів судового процесу; по-друге, беззаперечно, представники є учасниками судового процесу, впливають на його хід, наділяються відповідними процесуальними правами та обов'язками, загальними для всіх таких суб'єктів.

Також виникають сумніви у правильності розташування ст. 43 ГПК України, адже положення про неприпустимість зловживання процесуальними правами мають поширюватися на всіх учасників судового процесу, а тому не можуть розміщуватися у частині ГПК України, присвяченій лише учасникам справи. У зв'язку із цим вважаємо за доцільне зміст ст. 43 перенести до глави 1 «Основні положення» розділу I «Загальні положення» ГПК України, видаливши із її ч. 1 слова «та їхні представники».

З приводу місця представників серед інших суб'єктів господарських процесуальних правовідносин, вбачається, законодавець при їх віднесенні до окремої групи учасників судового процесу керувався тим, що учасники справи можуть мати представників. Однак із такого логічного ряду виключається прокурор, який з огляду на специфіку його особливого правового статусу, вбачається, не може діяти через процесуального представника.

Зважаючи на наведене, представників доцільно відносити до учасників справи, оскільки вони повністю відповідають їх ознакам і від їх

процесуальних дій залежить рух господарської справи. Або ж іти за логікою існування окремої групи учасників судового процесу, які наділяються процесуальним статусом для захисту інтересів інших осіб, і тоді відносити до неї також й органи та осіб, визначених у ст. 53 ГПК України. Між іншим, якщо спиратися на буквільне тлумачення норм процесуального законодавства, оскільки на сьогодні представники перебувають в окремій групі і не належать до групи «учасники справи», їх можна обмежити у повноваженнях, визначених у ст. 42 ГПК України. Також формально представники не можуть брати участі у закритому судовому засіданні, оскільки в ч. 10 ст. 8 ГПК України чітко відзначено, що під час такого розгляду можуть бути присутні лише учасники справи, а в разі необхідності – свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі. І якщо далі аналізувати положення ГПК України, можна виявити ще багато прикладів суперечливості нормативних приписів, невідповідність їх меті участі представників у судовому процесі внаслідок невключення цих суб'єктів до учасників справи. Ще раз підкреслимо, що наведене свідчить тільки про неоднозначність деяких норм ГПК України, а не базується на системному їх тлумаченні.

Проаналізувавши норми ГПК України, можна побачити, що законодавець поіменовує три види процесуального представництва: 1) законне представництво; 2) представництво за довіреністю; 3) представництво за ордером.

Видається, такий поділ процесуального представництва є нелогічним і недоцільним. Адже, насамперед, пункт 1 виокремлюється на підставі суб'єктної ознаки представника. Пункти ж 2 і 3 охоплюють класифікацію на підставі документів, що посвідчують повноваження представників. Крім того, пункти 2 і 3 стосуються тільки адвокатів як представників. При цьому, чомусь, залишається поза увагою ще один документ, яким можуть посвідчуватися їх повноваження у суді, – доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги.

Вважаємо, слід зупинитися на двох видах процесуального представництва, в основу класифікації поклавши підставу його виникнення – закон чи домовленість особи, яка самостійно визначає необхідність представництва її інтересів та обсяг повноважень свого представника, із суб'єктом, який буде наділений процесуальним статусом представника чи визначить конкретну особу, яка і стане представником у господарській справі (зокрема, це стосується випадків надання безоплатної правничої допомоги).

Таким чином, видами процесуального представництва є: 1) законне представництво; 2) договірне представництво.

При чому термін «договірне представництво» не означає обов'язкового підтвердження повноважень представника саме договором про правничу допомогу з адвокатом. У зміст цього поняття ми вкладаємо всі випадки посвідчення повноважень адвоката як представника, а також особи, яка не є адвокатом, але є представником на підставі довіреності у справах, що виникають із малозначних спорів (малозначні справи).

Окреме місце в процесуальній термінології відводиться «самопредставництву», що інколи утруднює визначення процесуального статусу певного учасника справи. Однак, оскільки учасниками справи можуть бути юридичні особи, держава, Автономна Республіка Крим, територіальна громада, для розмежування випадків участі самих таких суб'єктів і їх представників у господарській справі, використання указанного терміну є потрібним.

Отже, самопредставництво означає особисту участь у судовому процесі учасника справи. Тому така процесуальна діяльність і не належить до видів представництва.

Особиста участь у справі особи (тобто самопредставництво) не позбавляє її права мати в цій справі представника (ч. 2 ст. 56 ГПК України).

Повернімося до видів процесуального представництва.

У ст. 57 ГПК України визначено підстави законного представництва та осіб, які можуть його здійснювати. На сьогодні, згідно із цією статтею,

законні представники у судовому процесі захищають (можуть захищати) права, свободи та інтереси:

1) малолітніх осіб (фізичних осіб, які не досягли чотирнадцятирічного віку);

2) недієздатних фізичних осіб;

3) неповнолітніх осіб (фізичних осіб у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років), однак крім двох випадків: а) коли неповнолітня особа наділена повною цивільною дієздатністю (ч. 4 ст. 44 ГПК України); б) справа виникла з відносин, у яких ця особа особисто бере участь, якщо неповнолітня особа вирішила особисто здійснювати свої процесуальні права і виконувати свої обов'язки та іншого не встановлено у законі. Хоча у другому випадку суд вправі залучити законного представника (ч. 3 ст. 44 ГПК України). Ще у ч. 3 ст. 154 СК України спеціально обумовлено право батьків звертатися за захистом прав та інтересів дітей і тоді, коли відповідно до закону вони самі мають право звернутися за таким захистом;

4) фізичних осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, за єдиним винятком – справа виникла з відносин, у яких ця особа особисто бере участь, якщо вона вирішила особисто здійснювати свої процесуальні права і виконувати свої обов'язки та іншого не встановлено у законі. Але і в такому випадку суд вправі залучити законного представника (ч. 3 ст. 44 ГПК України).

Стосовно неповнолітніх осіб і фізичних осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, є ще одне загальне правило: навіть за участі у справі законного представника суд може також залучити й осіб, представництво яких здійснює законний представник (ч. 2 ст. 57 ГПК України).

Із аналізу норм матеріального права і п. 2 ч. 1 ст. 60 ГПК України, виявляється, що ст. 57 ГПК України охоплює не всі випадки законного представництва, при тому, що її положення сформульовані так, що не передбачають можливості розширеного тлумачення. У зв'язку із цим

виникла законодавча прогалина, яка не дозволяє відповісти на питання, хто має представляти інтереси деяких осіб у судовому процесі, зокрема:

1) фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, а також особи, зниклої безвісти за особливих обставин.

Згідно із ч. 1 ст. 44 ЦК України на підставі рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою нотаріус за останнім місцем її проживання описує належне їй майно та встановлює над ним опіку. За заявою заінтересованої особи або органу опіки та піклування над майном особи, зниклої безвісти за особливих обставин, опіка може бути встановлена нотаріусом до ухвалення судом рішення про визнання її безвісно відсутньою (ч. 2 ст. 44 ЦК України). Вжити заходів щодо встановлення опіки над майном фізичної особи, місцеперебування якої невідоме, може і суд до ухвалення свого рішення (ч. 2 ст. 307 ЦПК України);

2) спадкоємців особи, яка померла або оголошена померлою, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця, до закінчення строку, встановленого для прийняття спадщини, або набрання законної сили рішенням суду про визнання спадщини відумерлою. Правила щодо суб'єктів, які здійснюють охорону спадщини та (або) управління нею, встановлені у статтях 1283–1285 ЦК України;

3) непрацездатних сина, дочки. Відповідно до ч. 2 ст. 154 СК України батьки мають право звертатися до суду за захистом прав та інтересів таких осіб як їх законні представники без спеціальних на те повноважень;

4) непрацездатних, немічних батьків, на захист прав та інтересів яких вправі звертатися повнолітні дочка, син як їх законні представники без спеціальних на те повноважень (ч. 2 ст. 172 СК України).

Як бачимо із наведеного, положення процесуального права не відповідають нормам матеріального права, в яких прямо закріплено положення щодо здійснення законного представництва.

Така невідповідність законодавчих правил дала підстави для висновку Верховного Суду, згідно із яким норма ч. 2 ст. 172 СК України є спеціальною

процесуальною нормою, зазначеною у матеріальному праві. Правовідносини, в яких реалізується право звернення повнолітніх дочки, сина за захистом прав та інтересів непрацездатних, немічних батьків на підставі цього положення, слід кваліфікувати як особливий вид представництва (представництво *sui generis*), що має особливий склад суб'єктів, зміст та підстави виникнення¹²⁵.

Ми не можемо повною мірою погодитися із такою позицією, адже законодавець не передбачає ще одного виду процесуального представництва. І, навпаки, в наведеній нормі СК України прямо стверджує саме про законне представництво.

Задля повного охоплення випадків можливості законного представництва у судовому процесі, запобігання проблемам у застосуванні відповідних законодавчих приписів і їх тлумаченні, вважаємо, необхідно доповнити статтю 57 ГПК України додатковою частиною такого змісту: «Законне представництво здійснюється у судовому процесі і в інших, встановлених законом випадках».

При аналізі законодавства України виникають питання і з документами, що підтверджують повноваження законних представників. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 60 ГПК України передбачено їх вичерпний перелік: 1) свідоцтво про народження дитини; 2) рішення про призначення опікуном (піклувальником); 3) рішення про призначення охоронцем спадкового майна.

Окремо уже не будемо зупинятися на питанні щодо наявності у процесуальному законодавстві вказівки на рішення про призначення охоронцем спадкового майна без передбачення можливості здійснення цією особою законного представництва у судовій справі (тобто відсутності у охоронця права виступати законним представником на підставі ст. 57 ГПК України, при цьому із наявністю як документа, що підтверджує повноваження законного представника, рішення про призначення таким

¹²⁵ Постанова Верховного Суду від 07.11.2022 р. у справі № 318/623/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. Електронний ресурс. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107441639>.

охоронцем). Але відзначимо, що, по-перше, наявність означеного вичерпного переліку не відповідає іншим нормам законодавства України, а по-друге, в деяких випадках неможливо надати документ на підтвердження повноважень законного представника, а тільки слід спиратися на норму права. Тепер про це детальніше.

Згідно із ч. 2 ст. 1285 ЦК України особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини до з'явлення спадкоємців або до прийняття спадщини. Тобто до обсягу повноважень цієї особи входить і право захисту прав, свобод та інтересів спадкоємців у судовому порядку.

За загальним правилом, відповідні повноваження підтверджуються договором на управління спадщиною, який не зазначено в п. 2 ч. 1 ст. 60 ГПК України. Проте у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту особою, яка управляє спадщиною, до складу якої входить земельна ділянка, є сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням такої земельної ділянки (ч. 1 ст. 1285 ЦК України). Тобто сільська, селищна, міська рада не отримує окремого документа, що посвідчував би її повноваження, – вона вправі здійснювати представництво прав та інтересів спадкоємців, що пов'язані із питаннями управління спадщиною, на підставі прямої норми закону.

Також у ч. 2 ст. 1283 ЦК України закріплено, що заходів до охорони спадкового майна вживає нотаріус або в сільських населених пунктах – уповноважена на це посадова особа відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Як випливає із пунктів 2, 3 гл. 9 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5 (далі – Порядок), до призначення охоронця спадкового майна нотаріус ще має здійснити підготовчі дії і описати майно, що входить до складу спадщини. Тому, вбачається, до прийняття рішення про призначення охоронцем спадкового майна нотаріус (відповідний орган місцевого самоврядування через уповноважену на це посадову особу) є законним

представником, повноваження якого мають підтверджуватися документами, що свідчать про наявність в його провадженні відкритої відповідної спадкової справи.

До повноважень виконавця заповіту, серед іншого, входить вжиття заходів щодо охорони спадкового майна, управління спадщиною, забезпечення виконання спадкоємцями дій, до яких вони були зобов'язані заповітом, а також він зобов'язаний вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань. При цьому повноваження виконавця заповіту посвідчуються документом, який видається нотаріусом за місцем відкриття спадщини (ч. 1 ст. 1284, ст. 1290 ЦК України). Таким документом є свідоцтво виконавця заповіту (п. 4 гл. 14 Порядку). Видачею нотаріусом відповідного свідоцтва (а не рішенням про призначення опікуном) посвідчуються повноваження й опікуна над майном особи, яка визнана безвісно відсутньою або зникла безвісти за особливих обставин (пп. 4.2 п. 4 гл. 9-1 Порядку).

У певних випадках, при покладенні функцій опікуна (піклувальника), відсутнє рішення про таке призначення, зокрема, це стосується перебування фізичної особи у навчальному закладі, закладі охорони здоров'я або закладі соціального захисту населення, якщо їй не призначено опікуна чи піклувальника (ст. 66 ЦК України, ст. 245 СК України), здійснення опіки або піклування над фізичною особою відповідним органом опіки та піклування до встановлення над цією особою опіки або піклування і призначення їй опікуна чи піклувальника (ст. 65 ЦК України).

До моменту отримання нового Свідоцтва про народження усиновленої дитини повноваження усиновлювачів як її законних представників, вважаємо, можуть посвідчуватися рішенням суду про усиновлення (статті 224, 225 СК України).

Не відзначені в ст. 60 ГПК України і документи, які підтверджують статус прийомних батьків та батьків-вихователів дитячого будинку сімейного типу як законних представників переданої їм дитини (ч. 4 ст. 256-2, ч. 4 ст.

256-6 СК України). Такими документами є відповідно договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї (ч. 2 ст. 256-4 СК України) і договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (ч. 2 ст. 256-8 СК України).

Також не враховано в ГПК України, що в окремих випадках законними представниками дитини, розлученої із сім'єю, є, серед інших, патронатні вихователі; особи віком до вісімнадцяти років – повнолітня особа, яка до прибуття в Україну добровільно чи в силу звичаю країни походження взяла на себе відповідальність за виховання дитини (пункти 6, 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»). Повноваження таких законних представників будуть посвідчуватися іншими документами, не тими, що зазначені у ч. 1 ст. 60 ГПК України.

Таким чином, передбачений у п. 2 ч. 1 ст. 60 ГПК України перелік документів, які посвідчують повноваження законних представників, не є повним і закріплювати його в процесуальному законі як вичерпний недоцільно з огляду на багатогранність матеріально-правових відносин, на яких базується законне представництво у судовому процесі. Тому пропонується внести зміни до указаної норми, виклавши її в новій редакції, яка буде наведена нижче, після висвітлення питання щодо договірного представництва.

Окремо обговоримо, що деякі науковці, змішуючи зміст правовідносин із самопредставництва юридичної особи та законного представництва, вирішили, що «керівник підприємства виступає його законним представником – законним представником юридичної особи»¹²⁶.

Ми не погоджуємося з такою позицією. Якщо проаналізувати норми матеріального і процесуального права, можна відслідкувати тенденцію, за якою законодавець визначає законних представників, а саме – всі відповідні

¹²⁶ Альонкін О. Право підприємства на професійну правничу допомогу і судове представництво. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2022. № 1. С. 103.

випадки стосуються захисту інтересів певних категорій фізичних осіб, які самостійно не можуть внаслідок об'єктивних причин обрати собі договірного представника і встановити його повноваження. Щодо повноважень керівника діяти від імені юридичної особи в господарському судочинстві, то відповідна діяльність, за умови належного посвідчення відповідних повноважень, повністю охоплюється самопредставництвом.

Договірним представником, за загальним правилом, може бути тільки адвокат (ч. 1 ст. 58 ГПК України). У ч. 25 ст. 16 ГПК України навіть акцент робиться саме на виключності представництва адвокатом: представництво у суді, як вид правничої допомоги, здійснюється виключно адвокатом (професійна правнича допомога), крім випадків, встановлених законом.

Ми багато років продовжуємо посідати позицію з огляду на призначення і мету цивільного судочинства щодо недоцільності введення саме стосовно нього правила про можливість, за окремими винятками, бути представниками лише адвокатів¹²⁷. Адже в порядку цивільного судочинства захищаються приватні права, свободи та інтереси, а тому особа, яка наділена правом на позов, за наявності у неї цивільної процесуальної дієздатності, має самостійно визначати, кому довіряти представництво своїх інтересів¹²⁸.

Не вдаючись до полеміки щодо так званої адвокатської монополії, зазначимо, що вищеозначена наша позиція не поширюється на господарські процесуальні правовідносини з огляду на специфічну спрямованість господарського судочинства.

Знову таки, не відокремлюючи правовідносини із самопредставництва юридичної особи від представництва її інтересів у судовому процесі, в юридичній літературі зроблено висновок про нівелювання закріпленої на конституційному рівні виключності адвокатського представництва з огляду на право керівника підприємства, відповідно до локальних актів правового

¹²⁷ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: моногр. Київ: Атіка, 2011. С. 335–337.

¹²⁸ Цивільний процес: теорія і практика. Концепції вчених з удосконалення законодавства про цивільне судочинство. Моногр. / За заг. ред. Фурси С. Я., Бичкової С. С. Київ: Алерта, 2023. С. 200.

характеру, що діють на підприємстві, «вводити до складу виконавчого органу підприємства керівника його юридичної служби або призначати юрисконсульта особою, яка буде уповноважена підприємство у суді, або укладати відповідний договір із зовнішнім юридичним радником, яким серед інших може бути й адвокат»¹²⁹.

Перший наведений випадок, за належного оформлення повноважень керівника юридичної служби або юрисконсульта підприємства у статуті підприємства, положенні про нього чи трудовому договорі (контракті) відповідного працівника із акцентуванням у таких документах про право діяти від імені підприємства без довіреності, а також наданням суду указаних документів, є класичним прикладом самопредставництва юридичної особи.

У другому ж випадку можливі два варіанти: 1) у разі укладення керівником підприємства договору із адвокатом про надання правничої допомоги, у тому числі і щодо здійснення представництва у суді, виникне звичайне договірне представництво, що може здійснюватися у будь-якій господарській справі, що на неї поширюватиме свої положення указаний договір; 2) при укладенні ж договору не з адвокатом відносини із самопредставництва виникнути не можуть, а договірне представництво у судовому процесі стане допустимим тільки в обмеженому колі господарських справ, що підпадатимуть під ознаки малозначних. Але про це нижче.

Отже, повертаючись до чинних правил щодо договірних представників, такими, крім адвокатів, можуть бути інші особи тільки за двох умов у сукупності:

- 1) справа, в якій передбачається участь представника, є малозначною;
- 2) планований представник відповідає таким вимогам: а) є фізичною особою; б) досяг вісімнадцяти років; в) має цивільну процесуальну

¹²⁹ Альонкін О. Право підприємства на професійну правничу допомогу і судове представництво. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2022. № 1. С. 104.

дієздатність; г) не входить до переліку осіб, визначених у ст. 59 ГПК України (ч. 2 ст. 58 ГПК України).

Цікавою є вимога у ч. 2 ст. 58 ГПК України щодо обов'язкової наявності у планованого договірною представника цивільної процесуальної дієздатності. Вважаємо, що це є опискою і маєтсья на увазі процесуальна дієздатність, ознаки якої наведені у частинах 2, 4 ст. 44 ГПК України.

Згідно із п. 1 ч. 1 ст. 60 ГПК України документом, що посвідчує повноваження договірних представників, є довіреність фізичної або юридичної особи. Повноваження ж адвоката, окрім довіреності, можуть посвідчуватися ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги, виданим відповідно до Закону України «Про безоплатну правничу допомогу». Не зважаючи на те, що адвокат є основним договірним представником, про це йдеться окремо, тільки в ч. 4 цієї ж статті.

Звідси, можна помітити нелогічність викладу положень аналізованої статті, адже доцільніше закріпити в одній нормі перелік всіх документів, які посвідчують повноваження представників, при тому, що з питаннями щодо обсягу повноважень адвокатів як договірних представників на практиці стикаються найчастіше.

У ч. 1 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», крім зазначених у ч. 4 ст. 60 ГПК України документів, як такий, що посвідчує повноваження адвоката на надання правничої допомоги, зазначено договір про надання цієї допомоги.

В юридичній літературі наведені розбіжності пояснюються ширшим трактуванням в указаному Законі категорії правничої допомоги, оскільки договір про її надання укладається не лише з приводу представлення

інтересів у суді. А тому такі документи, зокрема, як довіреність та ордер, є доказом процесуальних повноважень адвоката в справі¹³⁰.

Це відповідає і ч. 3 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де відзначено, що повноваження адвоката як представника в господарському судочинстві підтверджуються в порядку, встановленому законом.

Також у ч. 4 ст. 21 Закону України «Про безоплатну правничу допомогу» йдеться про підтвердження повноважень адвоката, який надає безоплатну вторинну правничу допомогу, рішенням центру з надання безоплатної вторинної правничої допомоги, але і довіреністю відповідно до вимог процесуального закону.

Тобто у ГПК України можуть встановлюватися обмеження та (або) додаткові види документів, що ними підтверджуватимуться повноваження адвоката-процесуального представника, вимоги до них і це повністю узгоджуватиметься з нормами інших законодавчих актів.

Але залишається незрозумілим, чому законодавець у ч. 4 ст. 60 ГПК України згадує про доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги, якщо видача такого документа не передбачена ч. 4 ст. 21 Закону України «Про безоплатну правничу допомогу». У зв'язку із цим можна було б запропонувати внести зміни до ГПК України, узгодивши ч. 4 ст. 60 ГПК України із ч. 4 ст. 21 Закону України «Про безоплатну правничу допомогу» шляхом заміни у ній слова «доручення» на «рішення». Хоча повною мірою питання щодо посвідчення повноважень адвоката за рішенням центру з надання безоплатної правничої допомоги у такому випадку не будуть вирішені, оскільки у названому законі поряд із відповідним рішенням відзначено обов'язковість додаткового посвідчення повноважень адвоката довіреністю. Тому згадка у ч. 4 ст. 60 ГПК України про доручення органу (установи), уповноваженого законом на

¹³⁰ Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. Василюк Н. В., Гулька Б. І., Кота О. О. Київ: «Дакор», 2021. С. 146.

надання безоплатної правничої допомоги, вбачається зайвою. Навпаки, потрібно внести зміни до ч. 4 ст. 21 Закону України «Про безоплатну правничу допомогу» і замінити словосполучення «та довіреністю» на конструкцію «та (або) довіреністю».

Достатньо часто особи укладають договір про надання правничої допомоги, у тому числі і задля представництва їх інтересів у судовому порядку, із адвокатськими бюро чи об'єднаннями, а не з конкретним адвокатом. У такому разі здійснення процесуального представництва учасником адвокатського об'єднання та адвокатом, залученим адвокатськими бюро й об'єднаннями на договірних засадах, мають посвідчуватися довіреністю або ордером, виданими такими бюро чи об'єднаннями. Не виключається можливість видання довіреності у таких випадках і самим учасником справи, інтереси якого представляються¹³¹.

Отже, з огляду на викладене про види процесуального представництва, можна запропонувати таку редакцію ч. 1 ст. 60 ГПК України: «Повноваження законного представника підтверджуються визначеним у законі документом (зокрема, свідоцтвом про народження дитини, рішенням про призначення опікуном або піклувальником, свідоцтвом виконавця заповіту, договором на управління спадщиною тощо). Повноваження адвоката як представника підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Повноваження інших осіб, які є представниками у випадках, встановлених у ч. 2 ст. 58 цього Кодексу, підтверджуються довіреністю фізичної або юридичної особи». При цьому ч. 4 ст. 60 ГПК України слід виключити.

У статтях 58, 59 ГПК України встановлено вимоги до особи представника та обмеження щодо здійснення процесуального представництва (і законного, і договірною). Однак додаткові правила можна виявити й в інших законодавчих актах. Так, адвокат має відмовитися від виконання

¹³¹ Цивільний процес: теорія і практика. Концепції вчених з удосконалення законодавства про цивільне судочинство. Моногр. / За заг. ред. Фурси С. Я., Бичкової С. С. Київ: Алерта, 2023. С. 200.

договору про надання правничої допомоги, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у визначених ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» випадках. У зв'язку із цим із змісту зазначеної норми можна виокремити додаткові випадки, коли адвокат не може бути представником у відповідному судовому процесі, зокрема, якщо він є членом сім'ї або близьким родичем посадової особи, яка брала або бере участь у цьому процесі; якщо він надає правничу допомогу іншій особі (яка, вбачається, не обов'язково належить до учасників господарської справи), інтереси якої можуть суперечити інтересам довірителя у господарській справі.

Тож існує потреба в доповненні ст. 59 ГПК України, що на сьогодні містить вичерпний перелік, новою частиною, в якій закріпити правило: не можуть бути представниками в суді й інші особи в установлених у законі випадках.

Відповідно до ч. 1 ст. 58 ГПК України представником у суді може бути адвокат або законний представник. Як бачимо, ця норма сформульована як імперативний припис, без винятків і можливості розширеного тлумачення. Проте уже в ч. 2 цієї ж статті передбачено інше – в деяких категоріях судових справ представниками можуть бути й інші особи. Також у ст. 59 ГПК України встановлені випадки, коли особа, у тому числі адвокат і, навіть, інколи законний представник (наприклад, якщо відповідна особа уже представляє у цій справі іншу особу, інтереси якої у справі суперечать інтересам її підопічного) не вправі брати участь у справі у процесуальному статусі представника. У зв'язку із цим вбачається за необхідне виправити норму ч. 1 ст. 58 ГПК України задля дотримання правил законодавчої техніки і доповнити її словами «за винятками, встановленими у законі».

Положення, закріплене у ч. 3 цієї ж статті, також є нелогічним та незрозумілим: «Органи або інших осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена, представляють

у суді їх посадові особи, крім випадків, коли такі органи та особи є стороною чи третьою особою у справі».

Насамперед, уточнення у цій нормі щодо представництва у суді органів та або інших осіб, яким законом надано право звертатися до суду, є і зайвим, оскільки у разі належності їх до юридичних осіб на них поширюються правила ч. 3 ст. 56 ГПК України, і таким, що суперечить іншим законодавчим приписам. По-перше, як співвідноситься аналізована норма із положеннями ч. 1 ст. 53 ГПК України? Адже фраза «звертатися до суду в інтересах інших осіб» стосується іншої категорії учасників судового процесу, а ч. 3 ст. 58 ГПК України має присвячуватися представникам. По-друге, відповідно до ч. 1 ст. 53 ГПК України у визначених у законі випадках до суду в інтересах інших осіб вправі звертатися, серед інших, фізичні особи. Тоді від їх імені не зможуть виступати посадові особи. По-третє, за участі юридичної особи через своїх посадових осіб виникає самопредставництво, а тому такі особи не представляють юридичну особу, через них відповідна юридична особа здійснює «особисто» свої процесуальні права та виконує процесуальні обов'язки. І по-четверте, термін «посадова особа» потребує окремого тлумачення законодавцем (зокрема, хто підпадає під таку категорію; яким чином підтверджується право відповідної особи брати участь у судовому процесі), оскільки у ч. 3 ст. 56 ГПК України особи, через яких юридична особа здійснює самопредставництво, характеризуються по іншому.

І нарешті, в цій же нормі передбачено виняток, але важко зрозуміти із чого, бо із буквального сприйняття змісту її тексту випливає, що законодавець, вживаючи оборот «крім випадків, коли такі органи та особи є стороною чи третьою особою у справі» акцентує на тому, що в таких випадках ці органи та осіб «представляють» не посадові особи. Але тоді постає питання щодо того, хто наділений правом представляти органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах перелічених у ч. 3 ст. 58 ГПК України осіб, коли вони є стороною чи третьою особою.

Проте, вбачається, при викладенні цієї статті у неї був закладений інший зміст. Спробуємо припустити, що мається на увазі: у разі, коли відповідний орган чи особа наділені у справі процесуальним статусом сторони або третьої особи, вони позбавлені права звертатися до суду в інтересах малолітніх, неповнолітніх осіб, фізичних осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена. Але ще раз акцентуємо – це припущення, адже із формулюванні ч. 3 ст. 58 ГПК України такого прямо не випливає. Крім того, ця норма присвячена процесуальному представництву, а не участі у господарській справі самостійної групи учасників справи – органів та осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб. Зважаючи на наведене, ч. 3 ст. 58 ГПК України слід виключити.

Щодо осіб, які не можуть бути представниками, то аналіз ч. 1 ст. 59 ГПК України («не може бути представником в суді особа, яка бере участь у справі як секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, перекладач та свідок або є помічником судді, який розглядає справу») дозволяє побачити, що в її змісті закладено три упушення (неточності): 1) перелічені особи не можуть іменуватися «особами, які беруть участь у справі», оскільки метою їх залучення до процесу розгляду і вирішення господарської справи є надання певної, визначеної законом допомоги для забезпечення цього процесу; 2) у наведеному переліку «забуто» про двох інших учасників судового процесу – судового розпорядника та експерта з питань права, хоча їх процесуальний статус не дозволяє суміщати виконувани ними функції із функціями представника; 3) при згадуванні про осіб, які не можуть бути представниками використано словосполучник «та», проте особа не може виступати в одному і тому самому судовому процесі одночасно експертом, спеціалістом, перекладачем та свідком. Вбачається, нелогічність такої позиції не потребує жодного коментування.

З огляду на зазначене, до ч. 1 ст. 59 ГПК України слід терміново внести зміни, виклавши її в новій редакції: «Не може бути представником в суді особа, яка у відповідній справі є секретарем судового засідання, судовим

розпорядником, свідком, експертом, експертом з питань права, перекладачем, спеціалістом або помічником судді, який розглядає справу».

Додатково до положень ст. 59 ГПК України, що передбачають так зване процесуальне несумісництво, доцільно закріпити правило, згідно із яким не може бути представником також особа, яка є учасником відповідної справи, якщо її інтереси суперечать інтересам довірителя.

Щодо спеціального процесуального статусу представників можна відзначити, що при законному представництві вони наділені додатковим правом доручати ведення справи в суді іншим особам (ч. 3 ст. 57 ГПК України). Проте, звичайно, таке право може бути здійснене в межах, визначених у статтях 58, 59 ГПК України.

Для договірного представництва зазначеного процесуального права законодавець не передбачив. А тому, вважаємо, слід виходити із загальних засад здійснення такого представництва і керуватися ст. 240 ЦК України щодо передоручення.

Крім того, правовий статус законних представників відрізняється й тим, що особа, яку вони представляють, не може їх обмежити у вчиненні певних процесуальних дій. Процесуальний закон також наділяє їх повним спектром процесуального статусу учасника справи, якого вони представляють.

Однак деякі обмеження щодо здійснення дій представником, у тому числі і законним (зокрема, статті 68, 70, 71, ч. 3 ст. 238 ЦК України, ст. 177, ч. 5 ст. 190 СК України), та наслідки перевищення наданих представникові повноважень (ст. 241 ЦК України) закріплено у матеріальному законі. Тому суд повинен враховувати зазначені обмеження під час здійснення законним представником окремих процесуальних дій, зокрема відмови від позову, визнання позову, укладення мирової угоди.

Слід обмовитися – не зважаючи на те, що особа, яку представляє законний представник, не може обмежити його у повноваженнях, деякі з таких осіб наділені правом клопотати про заміну свого законного

представника у порядку цивільного судочинства, поряд із правом заявляти клопотання про призначення їм законного представника. Це стосується малолітніх та неповнолітніх осіб (ч. 4 ст. 63 ЦПК України). Частково подібним правом наділені й фізичні особи, цивільна дієздатність яких обмежена, оскільки згідно із ч. 2 ст. 300 ЦПК України вони можуть подати заяву про звільнення піклувальника від його повноважень. Проте інший піклувальник їм призначається судом за поданням органу опіки та піклування.

Ми вважаємо, не достатньо обґрунтованим наділення більш ширшим колом прав стосовно питання законного представництва малолітніх осіб порівняно із фізичними особами, цивільна дієздатність яких обмежена. Адже малолітні особи не завжди внаслідок віку та стану свого розумового розвитку можуть розуміти значення процесуальних дій. Тому законодавець і зробив обмовку, що при призначенні або заміні законного представника за клопотанням дитини (як малолітньої, так і неповнолітньої) суд має перевірити відповідність цієї дії її інтересам. З огляду на зміст правового статусу фізичної особи, цивільна дієздатність якої обмежена, на суть дій, які вона вправі здійснювати самостійно, на наділення її в певних випадках цивільною процесуальною дієздатністю, а також деяку тотожність її правового статусу із статусом неповнолітньої особи, вважаємо, правами, закріпленими у ч. 4 ст. 63 ЦПК України, має бути наділена й фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, про що слід відзначити в цій нормі, одночасно уточнивши і положення ч. 2 ст. 300 ЦПК України.

До речі, деякі вчені вважають перебільшенням наділення малолітньої особи правом клопотати про призначення або заміну законного представника. Проте закріплення відповідної норми відповідає міжнародним стандартам, зокрема, ратифікувавши Конвенцію про права дитини від 20.11.1989 р., Верховна Рада України підтвердила зобов'язання держави забезпечити дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини. При чому

поглядам дитини буде приділятися належна увага згідно з її віком і зрілістю (ч. 1 ст. 12 цієї Конвенції).

Повернімося до ч. 3 ст. 57 ГПК України. Закріплене у ч. 3 ст. 59 ЦПК України подібне формулювання призвело до висловлення в юридичній літературі думки про те, що представники за довіреністю (договірні представники) представляють у судовому процесі інтереси законних представників¹³².

З одного боку, договірний представник, дійсно, допомагає законному представникові здійснювати його функції із захисту прав, свобод та інтересів особи, яку він представляє. Проте договірний представник, насамперед, представляє також цю особу при наділенні відповідним процесуальним статусом у господарській (як і у цивільній) справі, а не законного представника.

Деякою мірою наведене можна аргументувати і посиланням на зміст ст. 45 ЦПК України, в якій мова постійно йде окремо про представника та законного представника дитини. З одного боку, можна було б припустити, що в цьому випадку під терміном «представник» мається на увазі особа, яку обрала неповнолітня особа, наділена цивільною процесуальною дієздатністю. Проте в указаній статті законодавець не розмежовує права малолітньої та неповнолітньої особи, у тому числі неповнолітньої особи, яка має право особисто здійснювати процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки у суді. Положення ст. 45 ЦПК України повною мірою поширюються на всіх осіб віком до вісімнадцяти років.

Тому пропонується врахувати прогалини і неточності чинної редакції ч. 3 ст. 57 ГПК України та викласти її в новій редакції: «Законні представники можуть доручати представляти інтереси осіб, на захист прав, свобод та інтересів яких вони діють, іншим особам з дотриманням правил, встановлених у статтях 58, 59 ГПК України».

¹³² Єпанчинцев О. С. Інститут представництва у спрощеному позовному провадженні. *Новели цивільного процесуального законодавства: представництво*: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. до 150-ї річниці з дня відкриття першої судової палати у м. Одеса (м. Одеса, 16.05.2019 р.). Одеса: Фенікс, 2019. С. 164.

Деякі науковці у своїх працях відмічають, що у законодавстві не міститься відповіді на питання щодо участі у справі одночасно кількох представників одного учасника справи з однаковими або ж різними повноваженнями. Але на практиці, загалом, це не викликає значних труднощів і така участь є можливою¹³³. Ми також не вбачаємо нормативних заборон щодо участі кількох процесуальних представників однієї особи, при чому, видається, ч. 3 ст. 57 ГПК України прямо передбачає відповідну можливість (при наданні повноважень законним представником договірному представникові), а й вважаємо правомірною участь у судовому процесі одночасно кількох договірних представників одного учасника справи.

У ч. 5 ст. 61 ГПК України закріплено правило щодо заборони представництва іншого учасника справи: у разі припинення повноважень представника на здійснення представництва особи у справі представник не може бути у цій самій справі представником іншої сторони, третьої особи на іншій стороні або третьої особи із самостійними вимогами щодо предмета спору. Однак, за своєю суттю, це положення дублює правило, закріплене у ч. 2 ст. 59 ГПК України. Крім того, ст. 61 ГПК України присвячена повноваженням представника в суді, а не особам, які не вправі бути представниками. Тому ч. 5 ст. 61 ГПК України слід виключити.

І, наостанок, вважаємо за потрібне звернути увагу на некоректність використання законодавцем терміну «ведення справи» у прив'язці до діяльності процесуальних представників (наприклад, у ч. 3 ст. 57, ч. 1 ст. 61 ГПК України). Процесуальний представник не «веде» і не може «вести» господарську справу. Таке дієслово можна застосовувати лише до двох суб'єктів господарських процесуальних правовідносин із застереженням: суд веде судове засідання, секретар судового засідання – його протокол. У назві представник уже закладено вид його діяльності – він представляє певну особу, допомагаючи їй здійснювати належні їй процесуальні права і

¹³³ Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. Василюк Н. В., Гулька Б. І., Кота О. О. Київ: «Дакор», 2021. С. 237.

виконувати покладені на неї процесуальні обов'язки. Отже, пропонуємо усунути таку термінологічну неточність і внести відповідні зміни до указаних статей процесуального законодавства.

*Гончаренко Олена Миколаївна,
доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий
співробітник відділу правового забезпечення ринкової
економіки Науково-дослідного інституту приватного
права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України*

ГОСПОДАРСЬКА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ В УМОВАХ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВОЄННОГО СТАНУ

Правовий режим воєнного стану актуалізував нові підходи до розуміння господарської відповідальності. Науковці у переважній більшості розуміють господарські відповідальність виходячи з: юридичної підстави – актів господарського законодавства та договорів, фактичної підстави – господарського правопорушення. На сьогодні важливою складовою економічної діяльності є етичність ведення бізнесу. Тому, доцільним є розгляд не тільки застосування господарських санкцій щодо відповідних правопорушень, а й санкцій, які випливають із порушення етичних (моральних) засад ведення бізнесу, і які можуть бути економічно ще більш тяжкими для суб'єкта господарювання ніж ті, які визначені у конкретному законі або ж договорі. Крім того, потрібно приділити належної уваги міжнародному аспекту господарської відповідальності (міжнародній економічній відповідальності) та застосуванню міжнародних санкцій.

Класичним у господарському праві є розуміння господарсько-правової відповідальності як «зазнання (перетерплювання) добровільно чи у примусовому порядку учасниками господарських відносин несприятливих економічних наслідків, передбачених господарським законодавством чи господарським договором за скоєне правопорушення» [1, с. 126]¹³⁴. В.С. Щербина зазначає, що «Відмінними ознаками господарсько-правової відповідальності є: потерпання учасника господарських відносин від

¹³⁴ Бобкова А. Г., Павлюченко Ю. М. Господарсько-правова відповідальність. Велика українська юридична енциклопедія: у 20-ти т. Т. 15: Господарське право / редкол.: В. А. Устименко (голова) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: «Право», 2019. С. 126.

несприятливих економічних наслідків не лише майнового, а й організаційного характеру; застосування до правопорушника, крім державних, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій, а також можливість визначення розміру штрафних санкцій у внутрішньогосподарських відносинах; встановлення видів та розмірів (у разі їх визначення) державних, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій переважно (а щодо останніх – використовує) законом; позасудовий порядок (процедура) реалізації окремих видів господарсько-правової відповідальності» [2]¹³⁵.

На думку О.М. Вінник «характерними (видовими) ознаками господарсько-правової відповідальності є: 1) сфера застосування – господарські правовідносини; 2) юридична підстава – акти господарського законодавства та господарські договори; 3) фактичні підстави – господарське правопорушення, склад якого залежить від виду господарсько-правової відповідальності; 4) презумпція вини порушника та особливість визначення вини; 5) суб'єктами господарсько-правової відповідальності є учасники господарських правовідносин; 6) спрямованість господарсько-правової відповідальності переважно на майнову базу порушника і лише в окремих випадках – на особу порушника; 7) змістом господарсько-правової відповідальності є заходи впливу – майнової спрямованості, що відбиваються на економічних інтересах порушника; 8) порядок застосування – залежно від виду та форми господарсько-правової відповідальності: а) судовий або претензійно-позовний, б) безпосередньо кредитором в оперативному порядку, в) спеціальний – уповноваженими органами – ст. 238 ГК України)» [3, с. 318]¹³⁶.

¹³⁵ Щербина В. Господарсько-правова відповідальність у доктрині господарського права України та її законодавче закріплення. Право України. 2019. № 1. URL. https://www.researchgate.net/publication/336131493_Gospodarsko-pravova_vidpovidalnist_u_doktrini_gospodarskogo_prava_Ukraini_ta.

¹³⁶ Вінник О. М. Господарське право : курс лекцій. К. : Атіка, 2005. С. 318.

У науці господарського права здійснено класифікацію господарської відповідальності залежно від різних критеріїв. Зокрема, визначають договірну і позадоговірну відповідальність. А.В. Подоляк зазначає: «Позадоговірна господарсько-правова відповідальність настає за порушення правил здійснення господарської діяльності або обов'язків, які виникають з недоговірних підстав, і застосовується у вигляді відшкодування збитків, адміністративно-господарських санкцій. Проте договірна господарсько-правова відповідальність настає за порушення обов'язків, які випливають з господарського договору, і реалізується через застосування санкцій на підставах і в порядку, передбачених ГК України, іншими законами та господарськими договорами» [4, с. 82]¹³⁷. У цій статті буде використано поділ господарсько-правової відповідальності на договірну та позадоговірну з метою системного викладення матеріалу дослідження.

Договірна господарська відповідальність.

В умовах правового режиму воєнного стану договірна господарська відповідальність набуває особливих рис, оскільки пов'язана із зміною обставин у яких укладався договір, форс-мажорними обставинами, невиконанням умов договорів, суб'єктним складом учасників договірних відносин (наприклад, коли однією із сторін договору є резидент держави-агресора або держави-пособниці тощо), походженням товарів та послуг із держави-агресора, недійсністю договорів тощо. Також важливим аспектом є рівень укладення договорів: національний (господарський договір) та міжнародний (міжнародний комерційний контракт, зовнішньоекономічний договір).

Форс-мажорні обставини. Відповідно до ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу України (далі – ГК України) встановлено, що учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської

¹³⁷ Подоляк А.В. Господарсько-правова відповідальність за порушення щодо використання чужого майна у сфері господарювання. *Правничий часопис Донецького національного університету імені В. Стуса*. 2021. № 1. С. 82

діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення. У разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії *непереборної сили*, тобто *надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності*. Частина 2 ст. 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» закріплює визначення форс-мажорних обставин (обставинами непереборної сили) як надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами, а саме: загроза війни, збройний конфлікт або серйозна погроза такого конфлікту, включаючи але не обмежуючись ворожими атаками, блокадами, військовим ембарго, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна, дії суспільного ворога, збурення, акти тероризму, диверсії тощо. Для визначення обставин форс-мажорними важливе значення відіграє характеристика таких ознак як *надзвичайність і невідворотність обставин за даних умов здійснення господарської діяльності*. Звертаємо увагу, що у ГК України *надзвичайність і невідворотність обставин* з'єднані через сполучник «і», тобто має бути доведена у сукупності таких ознак.

Торгово-промислова палата України спростила процедуру засвідчення форс мажорних обставин (обставин непереборної сили) і задля позбавлення обов'язкового звернення до неї та з ціллю підготовки пакету документів у період дії введеного воєнного стану, представила загальний офіційний лист

ТПП України стосовно засвідчення форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) [5]¹³⁸.

Надзвичайний означає: дуже сильний ступенем свого виявлення та не схожий на інші; винятковий; не такий, як звичайно, як завжди, чимось відмінний; особливий; який рідко зустрічається, викликає почуття захоплення; незвичайний, чудовий; який має особливе значення, заслуговує на виняткову увагу; непередбачений, викликаний певною необхідністю, спеціально призначений для чого-небудь; екстрений, позачерговий [6, с. 66]¹³⁹. В. С. Мілаш так інтерпретує надзвичайність обставини щодо господарської діяльності: «Надзвичайність обставини означає, що йдеться про неординарну обставину, яка не є звичайною частиною професійного ризику під час провадження певного виду господарської діяльності. Сама ідея побудови поняття непереборної сили з використанням ознаки «незвичайності», яка з часом заміщена ознакою «надзвичайності» (тобто замість рідкості явища акцентуація зміщується на його непередбачуваність) запозичена з німецької правової доктрини. Її сутність полягала у тому, що непереборною силою є усе те, що пов'язано із небезпеками, які не притаманні певному промислу, та не може бути відвернене із застосуванням надзвичайної дбайливості» [7, с. 23]¹⁴⁰. Наприклад, агресія росії проти України 24 лютого 2022 року є надзвичайною обставиною для виконання договорів у цей конкретний момент. Однак при укладенні нових договорів з українськими контрагентами або ж іноземними суб'єктами господарювання, які проводять економічну діяльність на території України, ознака «надзвичайності» уже втрачена, оскільки стала загальновідомою, тому підприємець повинен розраховувати і розуміти усю ризиковість укладення конкретного договору.

¹³⁸ Щодо засвідчення форс-мажорних обставин. Сайт Торгово-промислової палати України. URL: <https://ucci.org.ua/press-center/ucci-news/protsedurazasvidchennia-fors-mazhornikh-obstavini-z-28-02-2022>.

¹³⁹ Словник української мови: в 11 томах. Том 5, 1974. Стор. 66.

¹⁴⁰ Мілаш В.С. Форс-мажор як підстава звільнення від господарської договірної відповідальності. *Актуальні проблеми права: теорія і практика. № 1 (45), 2023 С. 23.*

Невідворотний - якого не можна відвернути, якому не можна перешкодити здійснитися [8, с. 262]¹⁴¹. Тобто, це такі обставини, які не можна будь-якими зусиллями суб'єкта господарювання подолати. Суб'єкт господарювання повинен зробити усе, щоб виконати договір, однак зовнішні обставини не дозволяють йому це зробити. Наприклад, військові дії на тимчасово окупованій території унеможливили поставку товару. Однак у разі звільнення території та наявності товару, договір має виконуватися.

За даних умов здійснення господарської діяльності – означає, що обставини дії непереборної сили стосуються виключно певного моменту. Тобто, сама тривала дія правового режиму воєнного стану, військових бойових дій уже перестає бути форс-мажорною обставиною для нових договорів, оскільки такі обставини уже відомі. Отже, надзвичайність і невідворотність обставин має значення тоді, коли сталися у певний проміжок часу та були такими у конкретний момент.

Загалом транснаціональні торгові правила та практика міжнародних довгострокових контрактів призвели до загального розуміння того, що під форс-мажорними обставинами розуміють сукупність таких вимог: 1) зовнішні: настання зовнішньої події, за яку боржник не брав на себе ризик; 2) неминучість/непереборність: настання зовнішньої події, яка виходила за рамки типової сфери контролю боржника/звичайної організації його бізнесу і була абсолютною; 3) непередбачуваність: подія та її наслідки, тобто несприятливий вплив на здатність боржника виконувати свої зобов'язання, не можна було обґрунтовано уникнути або подолати боржником, наприклад альтернативними та комерційно обґрунтованими засобами; 4) причинно-наслідковий зв'язок («*conditio sine qua non*»): невиконання боржником було, як «факт комерційної реальності», викликане зовнішньою подією, а не власною виною боржника (наприклад, спричиненою виробничими проблемами, дефектними товарами чи упаковкою, або потерпіла сторона не виконала б жодних заходів з інших причин, не пов'язаних із форс-

¹⁴¹ Словник української мови: в 11 томах. Том 5, 1974. Стор. 262.

мажорними обставинами) [9, с. 109]¹⁴². В.С. Мілаш узагальнює, що «Наслідком наступу форс-мажорних обставин є абсолютна неможливість виконання договірною зобов'язання взагалі, при будь-яких зусиллях його сторін. Саме цією ознакою форс-мажорні обставини відрізняються від ускладнюючих виконання договору обставин (обставин, які зазнали істотних змін) та є підставою для зміни чи розірвання договору у судовому порядку» [7, с. 23]¹⁴³. Тобто, для визначення обставин як форс-мажорних важливим є вжиття усіх можливих заходів контрагентом для виконання договору, а не просто констатація факту, що існує екстраординарна подія, настання якої прописано у договорі як умова не притягнення до відповідальності за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності.

Зазначене вище можна проілюструвати на прикладі рішення господарського суду, у мотивувальній частині якого було викладене таке: «На думку суду, воєнний стан на території України не означає, що Відповідач не може здійснювати підприємницьку діяльність та набувати кошти. Більше того, держава на даний час заохочує розвиток підприємницької діяльності з метою позитивного впливу на економіку країни (зменшення податків, митних платежів тощо). Відповідач не надав доказів того, що підприємство зупинило роботу у зв'язку з воєнним станом, що всі працівники (чи їх частина), керівник підприємства, інші посадові особи мобілізовані та перебувають у складі Збройних Сил України, тимчасово не виконують професійні обов'язки у зв'язку з воєнними діями, все, або частина складу рухомого майна підприємства задіяні під час тих чи інших заходів, що

¹⁴² Berger K., Behn D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study (April 20, 2020). McGill Journal of Dispute Resolution. (2019/2020). Number 4. P. 109.

¹⁴³ Мілаш В.С. Форс-мажор як підстава звільнення від господарської договірної відповідальності. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. № 1 (45), 2023 С. 23.

б перешкоджало суб`єкту господарювання здійснювати підприємницьку діяльність під час введеного воєнного стану» [10]¹⁴⁴.

Абсолютна неможливість виконання договору має бути доведена не тільки наявністю певних зовнішніх обставин, які можуть бути у переліку як форс-мажорні, а й відсутністю внутрішньо організаційної спроможності виконати договір. Події правового режиму воєнного стану довели, що навіть за наявності війни, умови договорів між суб`єктами господарювання виконуються.

У Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА) виокремлюють положення щодо форс-мажорних обставин (статті 7.1.6.- 7.1.7.) та ускладнень (статті 6.2.1. – 6.2.3.). К. Бергер та Д. Бен підсумовують, що форс-мажорні обставини та ускладнення надають правові інструменти для вирішення наслідків непередбачуваних майбутніх подій та змін обставин, особливо щодо довгострокових контрактів. Автори, підкреслюють, що у такі надзвичайні часи, форс-мажорні обставини та ускладнення беруть на себе роль регуляторних, а не виняткових засобів правового захисту, що дозволяє рівномірно розподілити ризики, спричинені безпрецедентною кризою [9, с. 79]¹⁴⁵. Важливо розрізнити поняття «форс-мажору» та «ускладнень», адже наслідки у разі невиконання умов контракту для контрагентів є різними. У випадку форс-мажору – це можливість розірвати договір. При ускладненні – це звернення з проханням про проведення переговорів та згодом до суду. Ускладнення має місце тоді, коли виникають події, які істотно змінюють рівновагу договірних зобов'язань або у зв'язку зі зростанням вартості виконання, або у зв'язку зі зменшенням цінності виконання, яке отримує сторона тощо (ст. 6.2.2. Принципів

¹⁴⁴Справа № 904/1250/22 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «БЕСТ ЛІЗИНГ» до Приватного підприємства «НК-Плюс»: Рішення Господарського суду Дніпропетровської області. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105502892>.

¹⁴⁵ Berger K., Behn D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study (April 20, 2020). McGill Journal of Dispute Resolution. (2019/2020). Number 4. P. 79.

УНІДРУА). Форс-мажор – таке невиконання, яке було викликане перешкодою, яка виникла з причин, що не залежали від її волі, і що нерозумно очікувати від неї прийняття до уваги перешкоди під час укладення договору або ж уникнення чи подолання цієї перешкоди або її наслідків (ст. 7.1.7. Принципів УНІДРУА). Ці поняття не завжди розрізняються у різних правових системах, зокрема і в українській. Водночас і самі Принципи УНІДРУА не чітко визначають відмінності між цими інститутами. Зокрема, під поняття ускладнень підпадають також: події поза контролем сторони, що опинилась у не вигідному становищі; та якщо ризик настання таких подій не припускався стороною, що опинилась у не вигідному становищі (ст. 6.2.2. Принципів УНІДРУА).

Згідно із ч. 2 ст. 218 ГК України встановлено, що «Не вважаються такими обставинами, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів». У цьому випадку такі обставини не завжди можна кваліфікувати як ускладнення, оскільки для останніх потрібно визначати сутність «фундаментальної економічної нерівноваги». Вона полягає у тому, що просте збільшення вартості виконання договору ніколи не буде достатнім для ідентифікації події як «ускладнення». Подія має накласти надмірне навантаження на потерпілу сторону, зробивши результативність значно обтяжливішою чи то через суттєве збільшення витрат, чи через зменшення вартості результатів діяльності іншої сторони. Слід зазначити, що ускладнення як умова контракту виокремлюється у більшості довгострокових договорів. У текст договору, як правило, включається умова, що у разі ускладнень слід проводити переговори та адаптувати попередню ціну за товар чи послуги.

Статтею 652 Цивільного кодексу України передбачена зміна або розірвання договору *у зв'язку з істотною зміною обставин*. З цього виникає питання, чи може бути війна тією істотною зміною обставин, яка призведе до розірвання або ж зміни договору. Істотна зміна обставин є

оціночною категорією, водночас вона полягає у розвитку договірною зобов'язання таким чином, що виконання зобов'язання для однієї зі сторін договору стає більш обтяженим, ускладненим, наприклад у силу збільшення для сторони вартості виконуваного або зменшення цінності отриманого стороною виконання, чим суттєво змінюється рівновага договірних стосунків, призводячи до неможливості виконання зобов'язання [11]¹⁴⁶. Істотна зміна обставин, якими сторони керувалися, укладаючи договір, має бути не наслідком поведінки сторін, а бути зовнішньою щодо юридичного зв'язку між ними [12]¹⁴⁷. Для застосування судом відповідного повноваження потрібна як сукупність чотирьох умов, визначених у частині другій статті 652 ЦК України, так і встановлення того, що розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом (частина четверта цієї статті), тобто що таке розірвання буде необґрунтованим згідно з принципом «найменших негативних наслідків» для сторін договору (пункти 88- 90 постанови Великої Палати Верховного Суду від 13.07.2022 у справі № 363/1834/17 (провадження № 14-53цс21)) [12]¹⁴⁸. Ключовим є те, що непереборна сила робить неможливим виконання зобов'язання в принципі, незалежно від тих зусиль та матеріальних витрат, які сторона понесла чи могла понести [11]¹⁴⁹.

Аналіз положень статті 652 Цивільного кодексу України щодо умов, правових наслідків вказує на те, що істотна зміна обставин за змістом співпадає з інструментом ускладнень, які застосовуються у Принципах УНІДРУА. Тому ускладнення, істотна зміна обставин можуть бути

¹⁴⁶Справа №912/3323/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95706142>.

¹⁴⁷ Справа № 910/11841/22: Постанова Північний апеляційний господарський суд. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112429974>.

¹⁴⁸ Справа № 910/11841/22: Постанова Північний апеляційний господарський суд. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112429974>.

¹⁴⁹ Справа № 912/3323/20 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/99277353>.

застосовані для розірвання або зміни договору в умовах правового режиму воєнного стану у конкретних ситуаціях.

Недійсність договору

Міжнародний аспект. Війна потребує суворого ставлення до вибору контрагентів договору при здійсненні міжнародної комерційної діяльності. Тому, надважливим є припинення будь-якої співпраці з резидентами держави-агресора, у тому числі договірної діяльності.

У TransLex-Principles – систематизованому онлайн-збірнику принципів і норм транснаціонального комерційного права з коментарями та посиланнями на порівняльне право, які використовуються у міжнародній юридичній практиці, науковцями та учасниками ситуаційних судових змагань у міжнародному арбітражі у всьому світі, пропонується такий принцип: «Договір, який порушує норми моралі («boni mores»), є недійсним. (Invalidity of contract that violates good morals (boni mores). A contract that violates good morals («boni mores») is void)»(Розділі 7) [13]¹⁵⁰. У тлумаченні положень цього принципу зазначається:

«1. Принцип забезпечує моральну основу транснаціонального комерційного права. Скоріше за усе концепція доброї моралі стосується фундаментальних цінностей суспільства і не має суто правового характеру. Він включає основні правові, а також економічні, етичні, моральні та соціальні цінності, які особи відповідної спільноти зазвичай вважають обов'язковими та вирішальними для їх мирного співіснування в цій спільноті. Такі фундаментальні цінності моралі та справедливості випливають із широкого соціального консенсусу та ґрунтуються на ньому й таким чином формують моральність спільноти. Отже, добра мораль передбачає широкі й об'єктивні норми. Вони стосуються соціальної моралі спільноти, а не індивідуальної моралі судді чи арбітра, який вирішує конкретну справу.

¹⁵⁰ Invalidity of contract that violates good morals (boni mores). URL: https://www.translex.org/937000/_/invalidity-of-contract-that-violates-good-morals/.

2. Принцип, згідно з яким договір, який порушує *boni mores*, є недійсним, обмежує свободу договору сторін з метою захисту та збереження вищезазначених основних цінностей міжнародного співтовариства. Конфлікт з добрими звичаями може бути викликаний укладенням договору, виконанням за договором однією зі сторін або обома сторонами або метою, з якою було укладено договір. Часто порушення норм моралі є наслідком поєднання змісту договору та обставин, в яких він існує. Обсяг поняття передбачає наявність у нього численних аспектів, таких як захист економічної незалежності слабшої сторони, заборона зловмисного використання владного становища, заборона укладення контракту з непристойних чи шкідливих міркувань або заборона створення протиправних зобов'язань, які спонукають до злочинів.

3. У міжнародному бізнесі ці фундаментальні транснаціональні цінності є частиною транснаціонального публічного порядку (*transnational public policy*). Вони охоплюють заборону злочинів проти людства, расової дискримінації, дитячої праці, рабства, тортур, тероризму, відмивання грошей і торгівлі наркотиками. Крім того, контракти, укладені з порушенням ембарго, яке випливає з резолюції Організації Об'єднаних Націй і, таким чином, базується на широкому консенсусі міжнародної спільноти держав, є недійсними, оскільки вони порушують транснаціональну добродесність, виражену в цій резолюції щодо ембарго. Ще одним конкретним прикладом цього загального принципу є принцип недійсності контракту, який передбачає виплату хабара.

4. Якщо договір порушує норми моралі, суддя чи арбітр не мають права на розсуд. Він повинен вважати договір недійсним незалежно від намірів і відома сторін. Це випливає з фундаментальної природи спільних цінностей і з того факту, що суддя або арбітр є захисником цих фундаментальних цінностей» [13]¹⁵¹.

¹⁵¹ Invalidity of contract that violates good morals (*boni mores*). URL: https://www.translex.org/937000/_/invalidity-of-contract-that-violates-good-morals/.

У доктрині науковці Craig W. Laurence, Paulsson Jan зазначають, що: «контракти не підлягають виконанню, якщо їх мета суперечить міжнародній моралі» [14]¹⁵². У одному з рішень міжнародного комерційного арбітражного суду визначено: «Нарешті, не можна заперечувати, що існують загальні принципи права, визнані цивілізованими націями, згідно з яким контракти, які серйозно порушують *звичаї bonos* або міжнародний публічний порядок, є недійсними або принаймні такими, що не підлягають виконанню, і що вони не можуть бути санкціоновані судами чи арбітрами (пор. *Oscanyan v , Winchester Arm. Co.* , згадане вище). Цей принцип особливо підходить для використання в міжнародних арбітражних судах, які не мають «закону суду» у звичайному розумінні цього терміну» [15]¹⁵³. ***Війна розпочата росією проти України є міжнародним злочином, тому і укладення контрактів, їх виконання та будь-яка інша співпраця із резидентами держави-агресора є порушенням не тільки національного публічного порядку України, а й транснаціонального публічного порядку (transnational public policy).*** Припинення договорів можливе з підстав невідповідності транснаціональному публічному порядку та національному публічному порядку.

У статті 3.1.4 (Імперативний характер положень) Принципів УНІДРУА встановлено, що «Положення щодо обману, погрози, суттєвої нерівнозначності та незаконності, які містяться у цій Главі, є імперативними». Стаття 3.3.1 (Договори із недотриманням імперативних норм) цих Принципів передбачено, що: «(1) Якщо договір порушує ***імперативну норму національного, міжнародного чи наднаціонального походження***, яка повинна бути застосована згідно зі статтею 1.4 цих Принципів, то наслідки порушення у договорі є такими, які чітко прописані

¹⁵² Craig, W. Laurence/ Park, William W./ Paulsson, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd ed., Dobbs Ferry 2000.

¹⁵³ ICC Award №. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: Arb.Int'l 1994, at 282 et seq.). https://www.trans-lex.org/201110/mark_937000/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-

даною імперативною нормою, якщо вони нею передбачені. (2) Якщо імперативна норма прямо не передбачає наслідків порушення для договору, сторони мають право використати такі засоби правового захисту щодо договору, які будуть розумними за даних обставин. (3) Визначаючи, що є розумним, потрібно, зокрема, взяти до уваги: (a) мету норми, яка була порушена; (b) коло осіб, для захисту яких існує норма; (c) будь-яку санкцію, що може бути застосована згідно із нормою, яка була порушена; (d) серйозність порушення; (e) чи сторона або сторони знали або ж повинні були знати про порушення; (f) чи необхідне порушення для виконання договору; а також (g) розумні очікування сторін». Відповідно ж до статті 1.4 (Імперативні норми) цього документу «Принципи не повинні обмежувати застосування імперативних норм національного, міжнародного чи наднаціонального походження, які мають застосовуватися згідно з відповідними нормами міжнародного приватного права» [16]¹⁵⁴. Оскільки положення про заборону торгівлі товарами та послугами з резидентами росії є імперативом для українських суб'єктів, то і виконувати їх вони повинні на основі встановлених імперативних норм також.

В Уніфікованому законі OHADA про договірне право зазначено, що: «Будь-який договір або умова, які суперечать (a) громадському порядку або норми моралі; або (b) обов'язковим положенням закону, за винятком випадків, коли закон передбачає інше; є недійсним (ст. 3.1 Незаконність)» [17]¹⁵⁵.

Національний аспект. Статтею 228 Цивільного кодексу України передбачено, що «Правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним. У разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути

¹⁵⁴ Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Ukrainian-bl.pdf>.

¹⁵⁵ Fontaine, Marcel, OHADA Uniform Act On Contract Law Preliminary Draft URL: <https://www.trans-lex.org/452010>"

визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін - в разі виконання правочину обома сторонами - в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне - з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави».

У п. 66 Постанови КГС ВС від 21.06.2023 р. у справі № 910/2529/22 зазначено, що одним з нових аспектів публічного порядку в Україні є санкційне регулювання, яке з'явилося із прийняттям Закону України «Про санкції» внаслідок збройної агресії російської федерації щодо України. Аналогічний висновок викладений у постанові Верховного Суду від 30.03.2023 р. у справі № 910/13/21 [18]¹⁵⁶. Зокрема, у останній постанові зазначено, що «8.54 Верховний Суд виходить з того, що під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу, стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо. 8.54.1. Такі принципи та засади стосуються насамперед національної безпеки України, тобто захищеності державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз (пункт 9 частини першої статті 1 Закону України «Про національну безпеку України»), а державна політика у сфері означеної

¹⁵⁶ Постанови КГС ВС від 21.06.2023 у справі № 910/2529/22. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/112369853?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=j103.

безпеки спрямована, зокрема, на захист людини і громадянина (частина перша статті 3 цього Закону)» [19]¹⁵⁷.

Отже, внаслідок збройної агресії осучаснюється розуміння публічного порядку шляхом розвитку санкційного законодавства. Таке санкційне законодавство є імперативними нормами в Україні, відступ від яких не дозволяється.

Агресія росії проти України призвела до неможливості здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання з цих держав. Проблема припинення договорів між контрагентами держави – агресора та українськими суб'єктами господарювання лежить у площині відповідності транснаціональному публічному порядку, який заснований на засудженні та недопущенні війни (агресивних дій росії), публічному порядку відповідно до положень українського законодавства, дотриманні імперативних норм.

Позадовірна господарська відповідальність

Позадовірна господарська відповідальність визначається застосуванням національних та міжнародних економічних санкцій.

Міжнародні економічні санкції.

Міжнародні економічні санкції щодо росії застосовуються на рівні різних держав та міжнародних організацій. Наприклад, на рівні Світової Організації Торгівлі застосовується режим найбільшого сприяння. У засобах масової інформації зазначається, що «Країнами, що припинили застосування цього принципу до рф, наразі є Велика сімка, держави-члени ЄС та інші країни, які поділяють їхню точку зору (зокрема, Албанія, Австралія, Ісландія, Республіка Корея, Молдова, Чорногорія, Нова Зеландія, Північна Македонія і Норвегія). На тлі підтримки Білоруссю дій Російської Федерації, вищезгадані країни-учасниці СОТ виступили за призупинення процесу приєднання Білорусі до організації. Одностороннє припинення застосування режиму

¹⁵⁷ Постанова Верховного Суду від 30.03.2023 р. у справі № 910/13/21 <http://iPLEX.com.ua/doc.php?regnum=110080507&red=10000330dd5a354ff3ff5802022dc9da47a165&d=5>.

найбільшого сприяння на практиці дозволяють країнам-союзницям України підвищувати імпорتنі мита, вводити квоти на російські товари або навіть забороняти їх імпорту, а також обмежувати надання послуг з РФ»¹⁵⁸.

Станом на червень 2023 р. Радою ЄС ухвалено одинадцять пакетів економічних та індивідуальних санкцій у зв'язку з військовою агресією Росії проти України. 23 червня 2023 року Радою ЄС ухвалено 11-й пакет санкцій ЄС, який включає такі заходи [20]¹⁵⁹. Запровадження таких санкцій ґрунтується на Рекомендації щодо впровадження та оцінки обмежувальних заходів (санкцій) у рамках Спільної зовнішньої політики та політики безпеки ЄС. У цьому документі визначено цілі, правові питання, систему вибіркового (цільового) заходів, процедуру формування списків підсанкційних юридичних і фізичних осіб, винятки, обмін інформацією, завершення або перегляд обмежувальних заходів, імплементацію рішень Ради Безпеки ООН, компетентність, юрисдикцію, відповідність, комунікації, стандартну термінологію, моніторинг й оцінку обмежувальних заходів [21]¹⁶⁰.

У Регламенті Ради (ЄС) 2022/428 від 15 березня 2022 року про внесення змін до Регламенту (ЄС) № 833/2014 щодо обмежувальних заходів у зв'язку з діями росії, які дестабілізують ситуацію в Україні визначено, наприклад, крім інших, такі заборони: продавати, постачати, передавати чи експортувати, прямо чи опосередковано, товари чи технології, перелічені в Додатку II, незалежно від того, чи вони походять із Союзу, будь-якій фізичній чи юридичній особі, організації чи органу в Росії, включаючи її виключну економічну зону та континентальний шельф, або для використання в Росії; надавати технічну допомогу, брокерські послуги або інші послуги, пов'язані з товарами та технологіями, зазначеними в параграфі 1...; придбавати будь-

¹⁵⁸ <https://www.epravda.com.ua/rus/columns/2022/03/23/684516/>

¹⁵⁹ Санкції проти РФ. URL: <https://mfa.gov.ua/sankciyi-proti-rf>.

¹⁶⁰ Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy (doc. 15579/03) URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/en/pdf>.

яку нову або розширити будь-яку існуючу участь у будь-якій юридичній особі, організації чи органі, зареєстрованому або створеному відповідно до законодавства Росії чи будь-якій іншій третій країні, яка діє в енергетичному секторі в Росії...; надавати або бути частиною будь-якої домовленості про надання будь-якої нової позики чи кредиту чи іншим чином надавати фінансування, включаючи власний капітал, будь-якій юридичній особі, організації чи органу, зареєстрованому або створеному згідно із законодавством Росії чи будь-якої іншої третьої країни; надавати інвестиційні послуги, безпосередньо пов'язані з вказаною вище діяльністю...; імпортувати, прямо чи опосередковано, вироби із заліза та сталі... (ст. 3g); продавати, постачати, передавати чи експортувати, прямо чи опосередковано, предмети розкоші... (3h); прямо чи опосередковано брати участь у будь-якій операції з: юридичними особами, які засновані у Росії, яка контролюється державою або має понад 50 % державної власності, або в якому Росія, її уряд чи Центральний банк мають право брати участь у прибутках.... З 15 квітня 2022 року забороняється надавати послуги з кредитного рейтингу будь-яким російським громадянам або фізичним особам, які проживають у Росії, або будь-яким юридичним особам, організаціям чи органам, заснованим у Росії (ст. 5j) [22]¹⁶¹. Д Каменський., А. Вознюк влучно зазначають: «Неважко припустити, що чимало іноземних компаній та бізнесменів прагнуть продовжити господарську діяльність безпосередньо в росії чи в партнерстві з російськими компаніями. Саме з метою недопущення таких нелегальних практик в обхід введених міжнародних санкцій у США та країнах ЄС запроваджено механізми кримінальної відповідальності за «антисанкційну» поведінку» [23]¹⁶².

Національні економічні санкції

¹⁶¹ Council Regulation (EU) 2022/428. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0428>

¹⁶² Каменський Д., Вознюк А. Відповідальність за ухилення від накладення санкційних обмежень в європейському та американському праві: сучасний аспект. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2022. № 3. С. 16.

Згідно із ч. 1 ст. 238 ГК України «За порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання можуть бути застосовані уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування адміністративно-господарські санкції, тобто заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків». Слід звернути увагу, що **адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами.**

В умовах правового режиму воєнного стану посилилося санкційне законодавство, а також були прийняті нові закони, які врегульовують питання економічної відповідальності держави-агресора та її резидентів.

Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів» від 03 березня 2022 року № 2116-IX [24]¹⁶³ передбачено «Проведення примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів здійснюється з мотивів суспільної необхідності (включаючи випадки, за яких це настійно вимагається військовою необхідністю) та ґрунтується на принципах законності, прозорості, об'єктивності, відповідності меті, стратегічної важливості та ефективності». Однак коло суб'єктів є доволі вузьким, це сама держава-агресор та її резиденти, до яких віднесено «юридичних осіб (їх філії, представництва), що здійснюють свою діяльність відповідно до законодавства України на території України, засновником (учасником, акціонером) або бенефіціаром яких прямо або опосередковано є Російська Федерація та/або у яких Російська Федерація прямо або опосередковано чи юридичні особи, засновником (учасником, акціонером) або бенефіціаром яких є Російська Федерація та/або у яких Російська Федерація прямо або

¹⁶³ Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів: Закон України від 03.03.2022 року № 2116-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2116-20#Text> (дата звернення: 15.08.2023)

опосередковано має частку у статутному (складеному) капіталі, акції, паї, інше членство (участь у будь-якій формі) у юридичній особі» (ч. 1 ст. 1 цього Закону України). Таке примусове вилучення провадиться відповідно до визначеної процедури та не має загального характеру. Однак, діяльність держав-пособників у вчиненні міжнародних злочинів та їх резидентів також потребують належного врегулювання та запровадження механізмів примусового вилучення майна.

Відповідно до ч. 2 ст. 1 Закон України «Про санкції» від 14.08.2014 року № 1644-VII «санкції можуть застосовуватися з боку України по відношенню до іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність». Згідно із ч. 1 ст. 5 цього Закону «Пропозиції щодо застосування, скасування та внесення змін до санкцій виносяться на розгляд Ради національної безпеки та оборони України Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України, Національним банком України, Службою безпеки України». Законом передбачено перелік відповідних санкцій та порядок їх застосування, який носить індивідуальний характер. На відміну від Закону України «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів» Закон України «Про санкції» може застосовуватися і до інших держав та відповідно юридичних та фізичних осіб.

З метою спрощення доступу суб'єктів господарювання, які стали неплатоспроможними через повномасштабну збройну агресію російської федерації до судових процедур банкрутств і підвищення ефективності їх застосування в умовах воєнного та післявоєнного стану та уточнення низки процесуальних питань і усунення технічних неузгодженостей та недоліків

деяких положень Кодексу між собою [25]¹⁶⁴ було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань провадження та застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану» від 13.07.2023 № 3249-IX. Цим законом зокрема передбачено, що: зупиняється нарахування відсотків на зобов'язання боржника перед кредиторами, що реструктуризовані згідно з планом санації чи планом реструктуризації боргів боржника, штрафні санкції за невиконання боржником таких зобов'язань не нараховуються, прострочені зобов'язання, передбачені планом санації чи планом реструктуризації боргів боржника, підлягають розстроченню на строк виконання плану санації чи плану реструктуризації боргів боржника; шкода та/або збитки, завдані боржнику внаслідок збройної агресії проти України, підлягають обов'язковій оцінці в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України; у разі застосування до кредитора або до заінтересованої особи стосовно кредитора спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій), які передбачають блокування активів, такий кредитор з моменту застосування і на період застосування санкцій має право брати участь у зборах кредиторів лише з правом дорадчого голосу тощо [26]¹⁶⁵.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування санкцій» від 13 липня 2023 року № 3223-IX передбачено ведення Державного реєстру санкцій як інформаційно-комунікаційна система, що забезпечує збирання, накопичення, захист, облік, відображення, оброблення та надання інформації про всіх суб'єктів, щодо яких застосовано санкції [27]¹⁶⁶. Реєстр створюється з метою надання

¹⁶⁴ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства щодо застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1335468>

¹⁶⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань провадження та застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану: Закон України від 13.07.2023 № 3249-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/3249-20#top>

¹⁶⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування санкцій: Закон України 13 липня 2023 року № 3223-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/3223-20#Text>

безоплатного публічного доступу до актуальної та достовірної інформації про всіх суб'єктів, щодо яких застосовано санкції.

Кабінетом Міністрів України була прийнята постанова «Про застосування заборони ввезення товарів з Російської Федерації» від 9 квітня 2022 р. № 426, відповідно до якої було заборонено ввезення на митну територію України в митному режимі імпорту товарів з російської федерації. Також була прийнята постанова «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації» від 27 вересня 2022 р. № 1076. Крім того, чинною є постанова Кабінету Міністрів «Про заборону ввезення на митну територію України товарів, що походять з Російської Федерації» від 30 грудня 2015 р. № 1147. Водночас звертаємо увагу, що відповідно до ч. 1 ст. 239 ГК України до адміністративно-господарських санкцій віднесено припинення експортно-імпортних операцій. Згідно з ч. 2 ст. 238 цього кодексу види адміністративно-господарських санкцій, умови та порядок їх застосування визначаються цим Кодексом, іншими законодавчими актами.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про забезпечення захисту національних інтересів за майбутніми позовами держави Україна у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації» від 03.03.2022 р. № 187 встановлено мораторій (заборону) на: виконання, у тому числі в примусовому порядку, грошових та інших зобов'язань, кредиторами (стягувачами) за якими є рф або такі особи (далі – особи, пов'язані з державою-агресором), відповідно до зазначеного переліку; відчуження, передачу в заставу, будь-які інші дії, які мають чи можуть мати наслідком відчуження нерухомого майна, цінних паперів, корпоративних прав, транспортних засобів, повітряних та морських суден, суден внутрішнього плавання рф або особами, пов'язаними з державою-агресором, окрім зазначених винятків; відчуження, передачу в заставу, будь-які інші дії, які мають чи можуть мати наслідком відчуження нерухомого майна, цінних паперів, корпоративних прав, транспортних засобів, повітряних та морських суден, суден внутрішнього плавання на користь осіб, пов'язаних з державою-

агресором, або рф, крім набуття ними права власності на такі об'єкти на підставі рішення суду або свідoctва про право на спадщину [28]¹⁶⁷.

Чіткої заборони щодо співпраці з резидентами рф потребує і сфера послуг. Зокрема, невирішеною є проблема у сфері віртуальних активів. Сфера економічних відносин щодо торгівлі товарами та послугами потребує законодавчого вирішення. Заборони не є всеохоплюючими, особливо це виявляється у медіа просторі, прослуховуванні музичних творів виконавців держави-агресора або ж використання відповідного цифрового контенту.

Господарська відповідальність та недотримання етичних норм (етична господарська відповідальність)

Правовий режим воєнного стану та етичність ведення бізнесу визначили нові аспекти відповідальності в економічній діяльності, які не встановлені законом або ж не узгоджені у договорі за: співпрацю з резидентами держави-агресора та держав, які її підтримують (пособниками); ведення бізнесу із суб'єктами господарювання, які ведуть бізнес із резидентами держави-агресора та держав, які її підтримують; ведення бізнесу у державі-агресорі; ведення бізнесу зі суб'єктами господарювання, які ведуть бізнес у державі-агресорі тощо. «Етичність» товару та послуг є критерієм для настання господарської відповідальності, яка може полягати у майнових та організаційних наслідках. Наприклад, «етичні» санкції можуть полягати у тому, що прийдешні контрагенти будуть відмовлятися від співпраці з «токсичним» бізнесом.

Причому етична господарська відповідальність із площини моральної може набути узаконення на рівні держави у виді відповідних санкцій.

Етичні санкції можна класифікувати за критерієм суб'єкту, який їх застосовує: контрагенти (суб'єкти господарювання, їх асоціації) та споживачі товарів і послуг (громадянське суспільство). До етичних санкцій можна

¹⁶⁷ Про забезпечення захисту національних інтересів за майбутніми позовами держави Україна у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації: Постанови Кабінету Міністрів України від 03.03.2022 № 187. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/187-2022-%D0%BF#Text>.

віднести, наприклад: визнання суб'єктів господарювання спонсорами тероризму та внесення у відповідні реєстри. Суб'єкти господарювання повинні відмовитися від співпраці із контрагентами причетними до держави-агресора, тобто з «токсичними бізнесом». Токсичний бізнес – це бізнес, який походить з держави-агресора (росії) або пов'язаний якимось чином з державою-агресором (росією). Також це означає контрагентів щодо яких застосовуються або можуть бути застосовані санкції. В одних випадках, якщо компанія уже потрапила під санкції, то і інша компанія, яка співпрацює з нею, може зазнати збитків не тільки матеріальних, але й репутаційних, які згодом стануть матеріальними [29]¹⁶⁸. Тому політика щодо корпоративної соціальної відповідальності, як і в аспекті впровадження принципу належної обачності, має передбачати відмову від співпраці з «токсичними» (підсанкційними) компаніями. На сьогодні компанії мають відповідні інструменти для перевірки контрагентів, і фактично така перевірка є їхнім обов'язком, що впливає з політики КСВ та належної обачності [30]¹⁶⁹.

З боку громадянського суспільства наслідками застосування етичних заборон є громадські реєстри щодо ведення суб'єктами господарювання колабораційної діяльності, відмова від купівлі певних видів товарів та послуг; відмова від відвідування торговельних закладів, різноманітних мистецьких, культурних заходів; репутаційні втрати; втрата частини наявних та потенційних споживачів; осуд та бойкотування тощо.

У цьому аспекті сучасним трендом і водночас методом для попередження застосування етичної господарської відповідальності може стати задіяння інструментів корпоративної соціальної відповідальності поряд

¹⁶⁸ Гончаренко О. Саморегулювання господарської діяльності в умовах правового режиму воєнного стану. Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства: Збірник наукових праць. Випуск 5. / За ред. В.І.Полюховича, О.О. Бакалінської. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2022. С. 129.

¹⁶⁹ Honcharenko, Olena, Neskorozhena, Larysa, Iefremova, Iryna, Lomakina, Iryna and Malyshko, Inna. Development of the Concept of Corporate Social Responsibility: Practice in Ukraine. *Comparative Law Review*. Online. 13 December 2022. Vol. 28, pp. 367-392. [Accessed 13 September 2023]. DOI 10.12775/CLR.2022.012.

з комплаєнсом. Як зазначає С.П. Біліченко «Приймаючи принципи КСВ, підприємства інтегрують у бізнес-процеси соціальні, гуманітарні, етичні, екологічні складові. Це знаходить своє вираження, наприклад, у фінансуванні благодійних та соціально значимих проєктів, у дотриманні високих стандартів корпоративної культури, що гарантують повагу до прав працівників, у прагненні скорочувати негативний вплив своєї діяльності на КСВ, тощо. Важливо відзначити, що процеси інкорпорації КСВ у господарську діяльність компаній мають децентралізований і добровільний характер, вони особливо активно розвиваються у транснаціональних компаніях та спрямовані, насамперед, на формування позитивного іміджу у споживачів та інвесторів» [31]¹⁷⁰. Тобто, в умовах війни КСВ та комплаєнс адаптують відповідні методики під потреби суб'єкту господарювання.

Суб'єкти господарювання розробляють внутрішні політики та правила поведінки працівників, співпраці з контрагентами (з ким можна укласти угоди, а з ким ні, з ким слід розірвати договори, тощо) в умовах війни. Так, при впровадженні внутрішніх правил слід звертати увагу на бачення працівників та їх позицію щодо війни (заперечення агресії росії, виправдання окупації має стати причиною для звільнення як аморальна поведінка), вживання української мови при обслуговуванні (виключна україноспрямованість), їх спілкуванні в соціальних мережах, проактивну позицію щодо підтримки збройних сил України, громадян, які потребують допомоги. «Навіть якщо ваш бренд демонструє чітку україноспрямованість, важлива позиція членів команди. Наприклад, бренд може потрапити під шквал критики, якщо хтось із працівників демонтуватиме прихильність країні-агресорці чи виправдовуватиме окупантів. Також потрібно ретельно підбирати блогерів для співпраці. Колаби з навіть «хорошими руськими»,

¹⁷⁰Біліченко С.П. Особливості реалізації соціальної відповідальності суб'єктів господарювання. Модернізація економіки: сучасні реалії прогностичні сценарії та перспективи розвитку. *V Міжнародна науково-практична конференція (27-28 квітня 2023 р., м. Херсон – м. Хмельницький)* С. 211-212. URL: <https://www.researchgate.net/profile/Mykola-Boichenko/publication/371476826>

заробіток у росії, неоднозначна позиція, заперечення агресії – це те, що має відштовхнути від співпраці з конкретним лідером думок. Оскільки потім тінь сумнівної репутації цього інфлюенсера може впасти на бренд. Вийти з неї буде складно, тому краще завчасно оцінити, з ким не варто мати справи» [32]¹⁷¹.

Неоднозначна поведінка працівників суб'єктів господарювання також може стати причиною етичної господарської відповідальності суб'єктів господарювання як роботодавця. Тому, варто виділити комплаєнс під час війни в окремий превентивний елемент для запобігання репутаційних втрат та майнових збитків як результату, наприклад, бойкотування товарів.

Висновки. Вивчення особливостей регулювання господарської відповідальності в умовах правового режиму воєнного стану призвело до таких висновків:

1. Концепція господарської відповідальності потребує перегляду враховуючи аспекти морального (етичного) ведення бізнесу та сталого розвитку. Корпоративну соціальну відповідальність також можна віднести до різновиду господарської відповідальності, адже концепція свідомого споживання продовжує втілюватися у життя громадянами, які до суб'єктів господарювання можуть застосовувати власні санкції (локальні санкції споживача) як у вигляді, наприклад бойкотування, так і відмови у купівлі товарів, що матиме негативний економічний результат.

2. При договірній господарській відповідальності абсолютна неможливість виконання договору має бути доведена не тільки наявністю певних зовнішніх обставин, які можуть бути у переліку як форс-мажорні, а й відсутністю внутрішньо організаційної спроможності виконати договір. Події правового режиму воєнного стану довели, що навіть за наявності війни, умови договорів між суб'єктами господарювання виконуються.

¹⁷¹Комунікація бренду через соцмережі під час війни – поради Ланет Click. URL: <https://rau.ua/novyni/novini-partneriv/komunikacija-brendu/>.

3. Аналіз положень статті 652 Цивільного кодексу України щодо умов, правових наслідків вказує на те, що істотна зміна обставин за змістом співпадає з інструментом ускладнень, які застосовуються у Принципах УНІДРУА. Тому інструменти ускладнення, істотної зміни обставин можуть бути застосовані для розірвання або зміни договору в умовах правового режиму воєнного стану у конкретних ситуаціях.

4. Війна розпочата росією проти України є міжнародним злочином, тому і укладення контрактів, їх виконання та будь-яка інша співпраця із резидентами держави-агресора є порушенням не тільки національного публічного порядку України, а й транснаціонального публічного порядку (transnational public policy).

5. Внаслідок збройної агресії осучаснюється розуміння публічного порядку шляхом розвитку санкційного законодавства. Таке санкційне законодавство є імперативними нормами, відступ від яких не дозволяється.

6. Проблема припинення договорів між контрагентами держави – агресора та українськими суб'єктами господарювання лежить у площині відповідності транснаціональному публічному порядку, який заснований на засуджені та недопущені війни (агресивних дій росії), публічному порядку відповідно до положень українського законодавства, дотримані імперативних норм.

7. ГК України визначено, що адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами. Проведений аналіз українського законодавства щодо таких санкцій призводить до висновку, що не усі санкції стосовно росії та її резидентів визначено на рівні закону. Зокрема, на рівні підзаконного акту передбачена заборона ввезення на митну територію України в митному режимі імпорту товарів з російської федерації. Однак на рівні закону доцільно визначити умови та порядок застосування припинення експортно-імпортних операцій як адміністративно-господарської санкції. Шляхом реалізації вказаної пропозиції може бути внесення змін до ГК України або ж Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

*Ковалишин Олександр Романович,
кандидат юридичних наук, старший науковий
співробітник Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка
Ф.Г.Бурчака НАПрН України*

ПРОСТЕ АКЦІОНЕРНЕ ТОВАРИСТВО ЯК ФОРМА ЗАЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ В ІТ-СФЕРУ

Постановка проблеми. Одним із завдань держави в період швидкого розвитку ІТ-сектору є забезпечення вітчизняної економіки таким спектром корпоративних форм, який би відповідав потребам інвесторів незалежно від країни їх походження. Засновники технологічних суб'єктів господарювання, які зазвичай самостійно розробляють та удосконалюють певний інтелектуальний продукт, потребують часто підтримки капіталу, але в той же час бажають зберегти свій контроль над компанією. Однак здебільшого вони не можуть запропонувати інвесторам нічого, крім власних знань, досвіду чи креативності. Відповідно структура активів на таких підприємствах суттєво відрізняється від тієї, що існує в звичайних компаніях. Нерухоме майно, транспортні засоби, устаткування та інше обладнання як елементи структури капіталу звичних товариств капіталу замінюються інформацією, знаннями, досвідом і творчістю.

З метою створення сприятливих умов для ведення інноваційного бізнесу в Україні, розбудови цифрової інфраструктури, залучення інвестицій і талановитих фахівців 15 липня 2021 року прийнято Закон України № 1667-ІХ «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» (далі – Закон)¹⁷². Для стимулювання розвитку цифрової економіки Закон запроваджує правовий режим «Дія Сіті» та визначає організаційні, правові й фінансові засади його функціонування. Станом на кінець травня 2023 року статус резидента спеціального правового та податкового простору «Дія.City»

¹⁷² Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України від 15 липня 2021 року № 1667-ІХ . URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>

отримали 570 українських та міжнародних ІТ-компаній¹⁷³. Однак в цілому дана кількість не відповідає тим показникам, які ставили перед собою автори відповідного законопроекту.

В Пояснювальній записці до Закону зазначено, що «вже у 2021 році завдяки запровадженню стимулюючих заходів, передбачених законопроектом, очікується створення близько 80 000 нових робочих місць; до 2025 року очікується зростання ринку креативної індустрії до \$11,8 млрд (в 2019 році він становив \$ 6,2 млрд), (п. 6); головною метою законопроекту є формування в Україні передової цифрової економіки протягом найближчих років та зростання частки високотехнологічних продуктів та послуг у загальному ВВП України до 10 відсотків (п. 2)»¹⁷⁴. Однак ні відповідної кількості нових робочих місць в ІТ-секторі, ні частки ІТ-сектору у ВВП на даний час не досягнуто.

Дані факти не повинні сприйматися як підґрунтя для відмови, скасування відповідного Закону. Не слід очікувати швидких результатів зростання економіки від окремо взятого Закону. Втім варто враховувати практику використання на практиці пропонованих Законом правових механізмів та розглянути можливість їх застосування до ширшого кола суб'єктів господарювання. Крім того, слід звернути увагу на альтернативні форми господарювання (наприклад, просте акціонерне товариство), які набувають поширення в країнах ЄС, головним чином, як для забезпечення інтересів зростаючого ІТ-сектору, так і для залучення іноземного капіталу загалом.

Крім того, врахування досвіду країн ЄС вбачається доцільним з урахуванням активної дискусії навколо реформування (а не скасування) Господарського кодексу України в контексті пропонованої до обговорення концепції оновлення національного приватного права. Авторами Концепції

¹⁷³ Палющенко Д. Резидентам «Дія Сіті» підготуватись: на часі зміни до законодавства щодо стимулювання цифрової економіки. URL: <https://mind.ua/openmind/20258120-rezidentam-diya-siti-pidgotuvatis-na-chasi-zmini-do-zakonodavstva-shchodo-stimulyuvannya-cifrovoyi-ekono>

¹⁷⁴ Пояснювальна записка (03.11.2020) до Проект Закону про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/347654>

оновлення Цивільного кодексу України пропонується замінити на початковому етапі регулювання частини господарських товариств (особливо державної форми власності) Законом про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період. Відповідний законопроект № 6013 від 06.09.2021 року¹⁷⁵ зареєстровано на даний час у Верховній Раді України. Однак проект перш за все стосується регулювання підприємств державної форми власності.

В § 1.9. пропонується повернути до ЦК загальні положення про товариства з обмеженою відповідальністю та окремо зазначити про наявність спеціального регулювання у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та одночасно визнати таким, що втратив чинність, Закон України «Про господарські товариства». Тобто Концепцією допускається регулювання товариств капіталу на рівні спеціальних законів, що вже існують, а саме Закону України Про товариства з обмеженою відповідальністю», Закону України «Про акціонерні товариства». Як відзначено авторами Концепції, здійснення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема формування реальної й ефективної ринкової економіки як невід'ємної складової громадянського суспільства та євроінтеграційної спрямованості всіх компонентів суспільства. Серед чинників майбутнього реформування приватного та корпоративного права між іншого буде враховано значний розвиток ринкового законодавства в країні; сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини — «бастіонів» приватного права; законодавчий приклад нових членів ЄС — колишніх країн «соціалістичного табору»¹⁷⁶. Слід зауважити, що тенденції розвитку їх корпоративного права демонструють не звуження, а навпаки розширення кола різновидів суб'єктів господарювання.

Спостерігається тенденція до запровадження нових симбіозів існуючих правових форм (як у випадку командитно-акціонерного товариства,

¹⁷⁵ Законопроект про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707

¹⁷⁶ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім “АртЕк”, 2020. С. 5

спрощеного (простого) акціонерного товариства Польщі, Франції) чи запровадження таких форм товариств осіб, які пов'язані з підприємницькою діяльністю, що тісно пов'язана з конкретними «індивідуальностями», що її здійснюють (як у випадку з партнерським товариством в Німеччині, Польщі).

І в цьому контексті постає питання доцільності (чи навпаки недоцільності) врахування досвіду країн ЄС щодо системи товариств капіталу, зокрема, нових форм акціонерних товариств таких як «просте акціонерне товариство».

Франція. Вперше спрощена форма акціонерного товариства виникла у Франції на підставі внесених змін 1994 року¹⁷⁷ і відоме як просте акціонерне товариство (*Société par Actions Simplifiée (SAS)*), яке регулюється статтями L. 227-1 до L. 227-20 Французького комерційного кодексу (*Code de commerce*)¹⁷⁸. *SAS* лише з одним акціонером називається *société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)*.

Впровадження відповідної організаційно-правової форми було обумовлено необхідністю запропонувати більш гнучкі умови для ведення бізнесу, оскільки значна частина підприємств з іноземним капіталом обирали сусідні юрисдикції Великобританії, Нідерландів. До прикладу, материнська компанія аерокосмічного гіганта *Airbus* (на той час *EADS*, сьогодні *Airbus Group* – прим. автора) обрала форму *Naamloze Vennootschap* з місцезнаходженням в Нідерландах. Оскільки первинно нова правова форма проектувалась для задоволення інтересів великих транснаціональних груп, то й мінімальний статутний капітал був відповідним – 1,5 млн. французьких франків (230 000 євро).

Зміни в корпоративному праві Франції 1999¹⁷⁹ і 2008 років зробили згадану підприємницьку форму більш адаптивною. У 2019 р. понад 65% новостворених юридичних осіб зареєструвались як просте АТ (*SAS*); ТОВ

¹⁷⁷ Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994.

¹⁷⁸ Michał Przychoda, „Francuska spółka akcyjna uproszczona SAS”, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2, 2017.

¹⁷⁹ 6 Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999.

(SARL) близько 30%, і лише 2% у формі акціонерного товариства (SA)¹⁸⁰, таким чином випередивши за кількісним показником ТОВ, яка в абсолютній більшості держав займає лідируюче становище. Станом на сьогодні в середньому близько 1/3 новостворених товариств капіталу у Франції реєструються у формі простого АТ¹⁸¹.

Форма організації *société par actions simplifiée* набула популярності саме серед тих підприємств, які є дочірніми компаніями іншого товариства капіталу (як у вже згаданому прикладі з Airbus SAS), оскільки для них немає потреби у складній структурі корпоративного управління. Форма спрощеного АТ популярна також для підприємств, які контролюються окремими сім'ями. Наприклад, торговий конгломерат *Louis Dreyfus Group*, утримується таким чином членами родини *Louis-Dreyfus*.

Більшість положень (22 статті) Комерційного кодексу Франції щодо спрощеного АТ мають диспозитивний характер, на відміну від правових норм, що регулюють ТОВ (44 статті), чи АТ (250 статті), для яких більш характерним є імперативний метод правового регулювання. Таким чином, згадані особливості дають підстави вважати, що французьке спрощене АТ (SAS) більшою мірою базується на принципах англо-американського права, а ніж континентального права. Структуру та процеси корпоративного управління можна налаштувати у відповідності до реальних потреб засновників та інвесторів. В той час як більшість SA та SARL виглядають дуже схожими між собою, більшість SAS унікальні, особливо коли йдеться про структуру управління. В Комерційному кодексі зведено до мінімуму перелік стандартних правил, тому на практиці статут SAS має бути розроблений дуже детально, щоб максимально убезпечити учасників корпоративних правовідносин від «патових ситуацій».

¹⁸⁰ Grosclaude L. The French «Société Par Actions Simplifiée - SAS», All Purpose Vehicle!. *Central European Journal of Comparative Law*, 1(2), 2020, p. 49.

¹⁸¹ Grosclaude L. The French «Société Par Actions Simplifiée - SAS», All Purpose Vehicle!. *Central European Journal of Comparative Law*, 1(2), 2020, p. 52.

Для порівняння розглянемо питання про звільнення директора в ТОВ (SARL) і в ПАТ (SAS). В SARL стаття L. 223-25 КК Франції передбачає, що для звільнення директора (фр. *gérant*) потрібне колективне рішення, прийняте більшістю учасників, якщо інше не передбачено статутом. Директор має право на відшкодування збитків, якщо рішення про звільнення не ґрунтується на справедливих підставах. Що стосується SAS, то в статуті можна вільно закріпити підстави для звільнення директора з посади, і якщо так, то за яких умов. Однак, якщо статутом не визначено відповідного порядку, то положення про SA чи SARL за аналогією права не застосовуються.

У більшості компаній у Франції питання корпоративного управління регулюються Комерційним кодексом з обмеженим простором регулювання статутом. Імперативні норми стосуються архітектури управління (типу органів), умов призначення та звільнення, повноважень, відповідальності, фінансової компенсації, компетенції загальних зборів акціонерів, а також кворуму.

SAS пропонує засновникам майже необмежену свободу. Єдині обов'язкові положення стосуються: 1) зобов'язання призначити щонайменше одного керівника, який виконуватиме функції генерального директора; 2) відповідальність Директорів, як цивільна, так і кримінальна: підстави відповідальності, тип позовів, коло позивачів та строки позовної давності не підлягають зміні статутом; та 3) перелік рішень, які приймаються виключно загальними зборами.

З усіх інших аспектів корпоративного управління надається повна свобода для засновників. Тобто як мінімум компанія повинна призначити одного директора, але допускається будь-який формат колегіального органу управління. Часто зустрічається модель, за якої колегіальний орган, наділений повноваженнями приймати рішення стосовно найбільш суттєвих питань господарської діяльності, та наглядовий колегіальний орган, завдання якого обмежуються виключно контролем органів управління. У деяких SAS

середнього розміру керівна структура може бути складнішою, включаючи різні спеціальні комітети, відповідальні за винагороду, довгострокову стратегію та екологічну політику.

Стосовно відчуження акцій так само – свобода є правилом, а обов'язкові положення КК є радше винятком. Відповідно до статей L. 227-13 - 227-16 статуту можна: 1) передбачати відчуження акцій за згодою товариства; 2) заборонити відчуження акцій завдяки введенню положення про невідчужуваність та 3) передбачити можливість виключення акціонерів. Схвалення передачі акцій (франц. *clause d'agrément*) — фактично є додатковою опцією у руках засновників. Якщо вони не включають відповідне положення до статей, SAS є повністю відкритим; і навпаки, засновники можуть заблокувати SAS, встановивши вимогу обов'язкового схвалення товариством будь-якого відчуження акцій.

Спрощене АТ може випускати привілейовані акції з мультиплікованим правом голосу, привілейованим правом на отримання дивідендів та/або акції з правом вето. Поряд з тим його акції не можуть перебувати в лістингу на фондовому ринку.

Польща. Успіх SAS у Франції було використано в процесі модернізації корпоративного права Польщі. Закон про просте акціонерне товариство (*prosta spółka akcyjna, P.S.A.*) прийнято у 2019 р. та введено в дію з 1 липня 2021 року. Якщо за задумом розробників у Франції просте АТ запроваджувалось початково для компаній із значним капіталом, невеликою кількістю засновників і без необхідності залучення збільшення статутного капіталу за рахунок коштів третьої сторони, то автори законопроекту про спрощене АТ в Польщі переслідували дещо іншу мету.

Нова форма була запроваджена перш за все з метою зміцнення позицій стартапів на польському ринку та повинна була підвищити їхню конкурентоспроможність і спонукати до реалізації нових ідей і втілення їх в конкретні бізнес-проекти. Закон спрямований на посилення розвитку стартапів, які отримують кошти на розвиток нових технологій переважно від

інвесторів, особливістю яких, як правило, є наявність двох груп учасників: 1) учасників-авторів певної ідеї, які беруть участь у її реалізації та розвитку і виконують роль «двигуна» компанії; 2) учасників-інвесторів, які не беруть участь у безпосередній діяльності товариства, забезпечуючи лише її фінансування.

На етапі проектування нової правової форми пропонувалося закріпити її на рівні окремого нормативно-правового акту, за аналогією з Європейським акціонерним товариством, яке було імплементоване в польське законодавство у зв'язку з прийняттям однойменної директиви, однак не було включено до КТТ Польщі, а закріплено на рівні окремого Закону про європейське об'єднання економічних інтересів та європейське акціонерне товариство¹⁸². Однак в підсумку після дискусій вирішили включити його до КТТ Польщі за аналогією з французьким та словацьким підходами, де просте АТ також регулюється в межах єдиних кодифікованих правових актів. Єдина відмінність полягає в методі правового регулювання. В той час як за французьким та словацьким кодексами просте АТ за деякими особливостями містить переважно відсилочні норми до відповідних положень про АТ чи ТОВ, польське законодавство відзначається достатньо високим рівнем комплексного регулювання. Простому АТ присвячено 134 статті (ст. 300-1 – 300-134), для порівняння правовий статус польського ТОВ (*spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*) вміщений в 134 статтях, положення про АТ (*spółka akcyjna*) закріплені в 189 статтях.

Головними перевагами простого АТ є максимальна диспозитивність нормативних положень, можливість підписки на акції в обмін на внесок у вигляді робіт або послуг, наданих компанії. На основі поєднання людського капіталу, інновацій та фінансового капіталу Р.С.А. спроектована як форма ведення бізнесу, що є доступною для всіх, але адресованою в основному новоствореним, інноваційним компаніям та середовищу стартапів.

¹⁸² Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20050620551>

Свобода формування структури капіталу шляхом вільного коригування статуту та встановлення взаємовідносин між акціонерами, а також системи управління та нагляду, додатково з можливістю використання електронних засобів зв'язку в компанії, мають забезпечити гнучку формулу ведення бізнесу та відсутність типових для континентального корпоративного права обмежень. Однією із визначальних ознак ПАТ є відсутність формування мінімального статутного капіталу. Достатньо лише 1 злотого для заснування P.S.A. – це мінімальна вартість акціонерного капіталу, яку акціонери повинні вкласти в товариство на початковому етапі. Таке зниження статутного капіталу, що в цілому є панєвропейською тенденцією, для польського корпоративного права є новелою. Незважаючи на те, що в більшості сусідніх систем корпоративного права статутний капітал взагалі зведений до мінімуму (1 євро чи відповідно інша національна грошова одиниця), мінімальний статутний капітал польських АТ та ТОВ залишається уже довгий час незмінним. Однак в юридичній літературі¹⁸³ дискутується стосовно доцільності його як заходу забезпечення інтересів кредиторів, адже на практиці в переважній більшості випадків мінімальний статутний капітал не виконує ролі захисту інтересів кредиторів. Разом з тим для стартапів необхідність формування мінімального статутного капіталу іноді може становити труднощі на практиці пов'язані з відсутністю достатніх коштів для його формування.

Суттєвою перевагою простого АТ перед іншими видами товариств є значна свобода акціонерів у визначенні сукупності корпоративних прав, особливо щодо можливості відступу від принципу пропорційності, який обумовлює обсяг прав акціонерів співвідношенням належних їм акцій до загальної кількості акцій. Зокрема, дозволяється закріпити привілейовані акції без права голосу, яким має бути надано перевагу щодо дивідендів

¹⁸³ Arkadiusz Radwan, „Sens i bezsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych”, In: Europejskie prawo spółek, vol. II, Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej, part II, ed. Mirosław Cejmer, Jacek Napierała, Tomasz Sójka, Cracow: Zakamycze, 2005, 23–100; Michał Żurek, Reforma regulacji prawnej kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Problematyka ochrony wierzycieli, Warsaw: CH Beck, 2018, 113-203.

(стаття 300-27 КТТ), а також встановлювати привілеї. При цьому жодних обмежень щодо обсягу привілеїв не встановлюється в той час як останні мають місце стосовно товариств з обмеженою відповідальністю або звичайного акціонерного товариства.

Модель простого АТ також допускає концепцію, яка раніше застосовувалася в польському законодавстві лише до товариства з обмеженою відповідальністю, а саме виключення акціонера. Однак акціонер простого АТ може бути виключений лише за наявності поважних причин на підставі рішення суду або на вимогу акціонера (акціонерів), які представляють більше половини загальної кількості голосів. При цьому статутом може бути встановлено також необхідність отримання згоди кваліфікованої більшості голосів (стаття 300-49 КТТ).

Вищим органом простого акціонерного товариства є збори акціонерів. Слід зауважити, що до прийняття Закону про просте АТ в польському праві була закріплена можливість створення лише дворівневої системи корпоративного управління. В цьому аспекті просте АТ також має переваги, оскільки засновники можуть обрати дуалістичну або моністичну структуру корпоративного управління. В першому випадку акціонери обирають одного чи більше директорів товариства та щонайменше трьох членів наглядової ради.

В другому випадку компанію представляє правління (щонайменше з однієї особи) відповідно до принципів, викладених у Статуті, або рада директорів – новий тип органу компанії з повноваженнями управління та контролю. Замість правління та наглядової ради призначається рада директорів. Ні для членів правління, ні для директорів немає вимог щодо місця реєстрації в Польщі.

Важливим аспектом, який суттєво розширює повноваження правління простого АТ, є право емісії акцій. Крім емісії нових акцій на загальних умовах, в КТТ закріплено право правління проводити емісію акції (цільовий капітал „*target capital*”) або ж випуск акцій, який залежить від певних умов

(збільшення статутного капіталу під умовою “*conditional increase of share capital*”). Перше полягає в наданні правлінням права випускати акції, термін дії якого не перевищує п’яти років. Правління може реалізувати таке право, ініціювавши одну або кілька емісій акцій протягом цього періоду, за умови, що обсяг емісії не може перевищувати однієї четвертої від загальної кількості акцій, випущених товариством на дату надання права. Правління можна уповноважити на емісію акцій повторно на наступні періоди, але при цьому кожен наступний період не повинен перевищувати п’яти років. Надання права правлінням емісії акцій потребує обов’язково внесення відповідних змін до статуту товариства (стаття 300-110 КТТ). У цьому випадку рішення правління, прийняте в межах повноважень, закріплених в статуті, замінює рішення про випуск акцій, прийняте загальними зборами. Правління вирішує всі питання, пов’язані з випуском акцій (ст. 300-112 КТТ).

Метою емісії акцій під умовою (умовної емісії) є можливість придбання акцій власниками конвертованих облігацій або облігацій з переважним правом, особами, які набули таких прав за договором, укладеним з товариством, а також власниками варантів¹⁸⁴ (стаття 300-118 КТТ).

Оскільки порядок емісії акцій суттєво спрощений, а коло внесків в рахунок акцій суттєво розширено (перш за все за рахунок виконання робіт, надання послуг) законодавець встановив обмеження щодо обігу акцій на ринку. Допускається відчуження акцій, однак вихід акцій простого АТ на фондовий ринок неможливий (ст. 300-37 КТТ Польщі). Перехід права власності на акції відбувається виключно на підставі договору. Допускається обмеження переважних прав акціонерів (ст. 300-106). У порівнянні з звичайним АТ, акції якого переходять до правонаступників без обмежень,

¹⁸⁴ Варрант (інколи варант) (англ. *warrant* — повноваження, довіреність) - цінний папір, що дає його власникові право на купівлю деякої кількості акцій товариства в будь-який час до завершення дії договору за певною ціною. Кількість акцій, ціна і час, протягом якого можна обміняти варрант на акції компанії, вказані в умовах варранта.

спадкування (правонаступництво) акцій простого АТ можна обмежити, якщо це передбачено статутом товариства (ст. 300-41).

Важливі зміни торкнулися і порядку припинення. Зазвичай ліквідація АТ є довготривалим та складним процесом, пов'язаним з ризиками виникнення конфліктів серед акціонерів, інвесторів та інших заінтересованих осіб, які не погоджуються з порядком чи обсягом задоволення їх вимог до АТ.

У зв'язку цим для простого АТ закріплено спрощену процедуру припинення товариства, а саме надано можливість визначеному акціонеру придбати всі активи та пасиви компанії (ст. 300-122 КТТ). Придбання головним чином залежить від відповідного рішення загальних зборів, прийнятого більшістю $\frac{3}{4}$ голосів за присутності акціонерів, що представляють принаймні половину загальної кількості акцій. Потім рішення акціонерів передається до реєстраційного суду, який оголошує про факт наявності такого рішення та закликає кредиторів для подання заперечень. Остаточне рішення приймає реєстраційний суд, який також розглядає будь-які заперечення, подані кредиторами. Іншою умовою для згоди на придбання активів є те, що акціонер повинен обґрунтувати, що, цілком імовірно, придбання не завдасть шкоди кредиторам товариства чи акціонерам, і будь-які заперечення, подані кредитором, повинні вважатися необґрунтованими. У разі подання заперечення реєстраційний суд приймає рішення про проведення відкритого засідання. Одразу після того, як рішення, яке дозволяє акціонеру-покупцю отримати активи компанії, стане остаточним і обов'язковим, правління подає заяву про виключення товариства з Реєстру. З дати такого вилучення акціонер, що набув, приймає на себе всі права та обов'язки виключеної компанії.

Можливість для акціонера придбати компанію, безумовно, робить просте АТ більш привабливим. Окрім нескладного способу створення компанії, на ефективність даного виду комерційної компанії також сприятливо впливають зручні умови ліквідації її господарської діяльності.

Хоча в літературі і висловлена критика стосовно ризиків такої спрощеної процедури ліквідації (наприклад, щодо процедури та способу вирішення заперечень кредиторів¹⁸⁵). Інші заперечують, що прописаних заходів для захисту інших акціонерів і кредиторів видається достатнім. Реєстраційний суд може обумовити придбання акціонером активів встановленням застави, а рішення про придбання може бути оскаржено на загальних умовах¹⁸⁶.

Таким чином, просте АТ поєднує собі деякі переваги АТ та ТОВ і одночасно з тим може конкурувати з альтернативними правовими формами сусідніх юрисдикцій, що з'явилися в рамках конкуренції дерегулювання («*race to the bottom*»). Очікується, що *P.S.A.* має стати формулою привабливого інвестування для сучасних підприємств – знижений рівень формальностей в поєднанні з легким розпорядженням акціями та випуском нових акцій, спрощеною ліквідацією та процедурою повернення активів повинні зменшити бар'єри для входу і виходу з товариства.

Словаччина. Майже одночасно форма простого акціонерного товариства була запроваджена в Словаччині – §220h-§220zl Торгового кодексу Словаччини (*Obchodny Zakonnik*). Просте акціонерне товариство (*jednoduchá spoločnosť na akcie*), або як часто її називають «Інвестиційна компанія», є оптимальною для угод венчурного капіталу.

Як і у Франції та Польщі, просте АТ має право емітувати різні класи акцій, що дає змогу на суттєве диференціювання правового становища акціонерів з однаковою кількістю акцій. Немає обмежень стосовно прав, які можуть бути передбачені для акцій інвестиційної компанії; таким чином, створені умови для емісії різних класів акцій та формування різних типів акціонерів. Крім того, на відміну від інших форм господарських товариств у Словаччині, інвестиційна компанія надає можливість випускати «акції

¹⁸⁵ Marcin Podleś, Lidia Siwik, „Likwidacja spółek z perspektywy projektowanej regulacji prostej spółki akcyjnej”, *Przegląd Prawa Handlowego* 9, 2018. Str. 46.

¹⁸⁶ Paweł Zdanikowski, Simple Joint-Stock Company – A New Type of Polish Commercial Company Dedicated (Mostly) to New-Technology Entities, *Review of European and Comparative Law*, Volume XXXIX, 2019, p. 79-97.

працівників», які розповсюджуються тільки серед трудового колективу, і які потенційно можуть виявитися дуже ефективними для мотивації та винагороди останнього¹⁸⁷. В законі також закріплено стандартні інструменти для інвесторів, зокрема, а) право на примусове укладення угоди (*drag-along right*), б) право на переговори (*tag-along right*) і в) механізм блокування (*deadlock mechanism (shoot-out)*). Усі ці механізми можуть бути узгоджені в угоді акціонерів та отримати захист в тому числі завдяки внесенню інформації про них до державного реєстру.

Однак на практиці просте акціонерне товариство виявилося не настільки затребуваним. В значній частині зареєстрованих простих АТ вбачаються певні факти зловживання спрощеною формою ведення підприємницької діяльності. На даний момент у Словаччині зареєстровано близько 440 простих акціонерних товариств. Приблизно половина з них не зареєстрували свої акції в Центральній депозитарії цінних паперів Словацької Республіки (*Centrálny depozitár cenných papierov SR, a.s. (CDCP SR)*) (далі – Центральний депозитарій), таким чином порушуючи словацьке законодавство та ставлячи під загрозу права акціонерів незареєстрованих випусків: у власників відсутня можливість здійснити передачу акцій, оскільки акцій в повноцінному їх розумінні «не існує», і вони не можуть реалізувати право на участь і голосувати на загальних зборах. Крім того, у випадку судових спорів декларування права власності є ускладненим.

Як зазначив представник Центрального депозитарію Любомір Демчак: «Емітенти незареєстрованих ПАТ порушують Закон «Про цінні папери та інвестиційні послуги», який у пункті 107d передбачає, що реєстр акціонерів ПАТ веде центральний депозитарій. Жодних штрафних санкцій у законі не передбачено, але існує ризик того, що власники незареєстрованих акцій ПАТ можуть вимагати своїх прав від емітента в судовому порядку. Отже, це також є причиною, чому статутні органи простих акціонерних товариств повинні

¹⁸⁷ Mysicka Viliam, New corporate form in Slovakia: simple joint-stock company. URL: <https://www.kinstellar.com/locations/news-deals-insights/detail/4/404/new-corporate-form-in-slovakia-simple-joint-stock-company>

виконувати свої статутні обов'язки»¹⁸⁸. В цілому за підрахунками центрального депозитарію Словаччини, майже половина простих акціонерних товариств не дотримуються своїх зобов'язань, що обумовлено незнанням специфіки акціонерного законодавства Словаччини засновниками ПАТ.

Перспективи в Україні. З урахуванням тенденцій, що мають місце в сусідніх членах ЄС, необхідності залучення інвестиційного капіталу в повоєнну економіку України постає питання щодо доцільності сприйняття їх досвіду.

По-перше, запровадження простого АТ в Польщі було обумовлено не лише необхідністю дати відповідь на виклики, що постали у зв'язку з тенденцією *race to the bottom*¹⁸⁹ та запропонувати інвесторам акціонерну форму з низьким рівнем стартового капіталу. Завдання нового виду польського АТ були дещо ширші. Із запровадженням ПАТ іноземні інвестори отримали можливість обирати моністичну (рада директорів) чи дуалістичну (наглядова рада та правління) моделі корпоративного управління, оскільки для звичайних АТ поки-що такої можливості не передбачено. Таким чином, ПАТ пропонує ті механізми, які є звичними для корпоративного права держав англо-американського права, і які звикли застосовувати на практиці інвестори з США, Великобританії, Канади.

Законом України «Про акціонерні товариства»¹⁹⁰ вже було сприйнято ряд правових конструкцій, типових для країн прецедентного права, таких як моністична (однорівнева) модель корпоративного управління, незалежні директори, корпоративний секретар та інші. Тому в цьому аспекті запровадження нового підвиду видається малодоцільним. Тобто ПАТ, яке з

¹⁸⁸ Nearly a half of the simple joint-stock companies is not compliant with its obligations. URL: <https://www.cdcp.sk/cdcpweb/en/oznam/nearly-a-half-of-the-simple-joint-stock-companies-is-not-compliant-with-its-obligations/>

¹⁸⁹ Ковалишин О.Р. Конкуренція дерегулювання та її вплив на корпоративне право / VII Всеукраїнська науково-практична конференція молодих учених і студентів «Проблеми захисту прав та свобод людини і громадянина» (14–15 травня 2020 року, м. Чернігів), С. 114-116.

¹⁹⁰ Про акціонерні товариства: Закон України №2465-IX від 27 липня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2465-20#Text>

погляду науки корпоративного права Польщі видається як нагально необхідним, для вітчизняного корпоративного права є уже недоречним, оскільки значна частина правових конструкцій (наприклад, можливість обрання однорівневої чи дворівневої системи корпоративного управління) чи заходів лібералізації корпоративного права (наприклад, практична «відсутність» мінімального статутного капіталу), які запроваджені в Польщі одночасно з простим АТ, в Україні уже сприйнято та впроваджено.

По-друге, досвід Словаччини, а саме зловживання формою ПАТ засновниками на етапі її заснування, небажання приведення у відповідність із стандартними практиками після закінчення «пільгового» періоду дає підстави вважати, що запровадження аналогічної правової форми в Україні може зумовити ті ж ризики на практиці. Традиційним для українського корпоративного права є відсутність закріплення жорстких заходів кримінальної (за винятком найбільш серйозних порушень таких як доведення до банкрутства (ст. 219 КК України), доведення банку до неплатоспроможності (ст. 218-1 КК України), тощо) та адміністративної відповідальності за неналежне управління господарською діяльністю підприємства, недотриманням передбачених законодавством корпоративних процедур. А відповідно за відсутності ефективних заходів кримінальної, адміністративної та цивільно-правової відповідальності існує ризик зловживання спрощеною правовою формою. Крім того, відсутність вимоги мінімального статутного капіталу для простого АТ зумовлює ризик виникнення спекулятивних АТ, які скориставшись спрощеною формою залучення капіталу на ринку, та залучивши капітал від пересічного населення, можуть бути згодом доведені до банкрутства.

По-третє, слід врахувати, що умови заснування і ведення підприємницької діяльності в корпоративних правових формах в Україні уже давно достатньо лібералізовані. В той час як в більшості країн Східної Європи для ТОВ ще поки-що закріплені положення про мінімальний статутний капітал (в Польща – 5000 злотих, Словаччина – 5 000 євро,

Угорщина – 3 000 000 форинтів), в Україні необхідність формування мінімального статутного капіталу було фактично ліквідовано з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури започаткування підприємництва»¹⁹¹.

Інші правові рішення, які застосовані в моделі простого АТ Польщі, зокрема обмеження переважних прав, правонаступництво (спадкування) за акціями наводить про спільність цих новел простого АТ з уже існуючими в українському праві приватним акціонерним товариством (ч. 1 ст. 6 Закону України «Про акціонерні товариства»). Тому і в цьому аспекті правова форма простого АТ не представляє для вітчизняної правової думки чогось абсолютно невідомого.

Поряд з тим просте АТ містить ряд інноваційних правових механізмів, що давно вже застосовуються в державах англо-американської правової системи. Необхідність їх правового закріплення є обґрунтованою, а їх імплементація, напевно, є тільки питанням часу.

Однак втілення частини з них можливим є тільки в тому випадку, якщо належним чином функціонують корпоративні «запобіжники» тобто ті механізми, які спрямовані на превенцію або захист порушених прав стороною, яка зловживає відповідними правовими конструкціями. До прикладу, перспективним вбачається надання права правлінню приймати рішення про випуск акцій.

В акціонерному праві України ще донедавна емісія акцій була виключно компетенцією загальних зборів. Акціонерне товариство може здійснювати емісію акцій або інших цінних паперів, які можуть бути конвертовані в акції, тільки за рішенням загальних зборів (ч. 1 ст. 21 Закону України № 514-VI «Про акціонерні товариства»). За новим Законом України № 2465-IX «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство може здійснювати емісію акцій або інших цінних паперів, які можуть бути

¹⁹¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури започаткування підприємництва: Закон України №3263-VI від 21 квітня 2011 року / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, №43, ст. 446.

конвертовані в акції, лише за рішенням загальних зборів (абз.1 ч. 1 ст. 23). Однак рішення про емісію акцій для забезпечення погашення конвертованих облігацій товариства може прийматися як загальними зборами так і наглядовою радою або радою директорів (абз. 2 ч. 2 ст. 23). Таким чином, в чинному акціонерному праві факт емісії акцій на підставі рішення наглядової ради уже має місце.

Такі повноваження нададуть більшої гнучкості та оперативності в прийнятті рішень. Однак іманентним є ризик порушення прав як міноритарних так і мажоритарних акціонерів у випадку, якщо частка останніх у зв'язку з реалізацією таких повноважень буде суттєво розмита. Саме тут доречним є інститути, які з успіхом застосовуються міноритаріями в державах англо-американського права – непрямого позову та групового позову. Останній в Україні все ще не імplementований, стосовно першого судової практика поки-що доволі мізерна. Тому імplementація відповідних правових конструкцій безумовно необхідна, але тільки за наявності дієвих правових механізмів, що запобігатимуть зловживанням з боку посадових осіб органів управління.

Виходячи з вище зазначеного пропонуємо доповнити Закон України «Про акціонерні товариства» статтею 23-1 «Емісія за рішенням наглядової ради» такого змісту:

«1. Наглядову раду може бути уповноважено статутом на період не більше трьох років здійснювати емісію акцій на умовах, визначених Законом.

2. Рішення загальних зборів про внесення змін до статуту стосовно надання дозволу наглядовій раді здійснювати емісію акцій приймається $\frac{3}{4}$ від загальної кількості голосуючих акцій.

3. Рішення наглядової ради, прийняте в межах повноважень, закріплених у статуті, замінює рішення загальних зборів про емісію акцій. Наглядова рада вирішує всі питання, пов'язані з випуском акцій, якщо інше не передбачено положеннями статуту або повноваженнями, наданими наглядовій раді.

4. Обсяг емісії не може перевищувати однієї чверті загальної кількості акцій, емітованих товариством на дату прийняття відповідного рішення загальних зборів.

5. Продаж акцій емітованих наглядовою радою допустимий тільки за рахунок грошових внесків, якщо інше не передбачено статутом.

6. Наглядова рада не може приймати рішення про емісію привілейованих акцій».

Також доречними є положення про умовну емісію акцій тобто емісію акцій за наявності певної умови. Тому пропонуємо доповнити Закон України «Про акціонерні товариства» статтею 23-2 «Умовна емісія акцій» наступного змісту:

«1. Рішення про умовний випуск акцій може бути прийняте з метою надання права підписки на акції: 1) власникам конвертованих облігацій або облігацій з переважним правом або 2) власникам передплатних варантів.

2. В рішенні загальних зборів про умовну емісію акцій мають бути визначені, зокрема: 1) мета акцій умовної емісії; 2) загальна кількість акцій умовної емісії; 3) вартість емісії акцій умовної емісії або коефіцієнт конвертації конвертованих облігацій в акції; 4) дата здійснення права на придбання акцій умовної емісії; 5) визначення кола осіб, які мають право на підписку на акції умовної емісії.

3. Обсяг емісії не може перевищувати однієї другої загальної кількості акцій, емітованих товариством на дату прийняття відповідного рішення загальних зборів».

Одна із найбільш суттєвих переваг простого АТ полягає в тому, що допускається формування статутного капіталу за рахунок робіт та послуг, які виконуються його засновниками. Для розробників, які часто не можуть запропонувати нічого іншого ніж свої знання конвертовані у виконання робіт (послуг) для удосконалення технологічного продукту, ця перевага має ключове значення. При чому не має обмежень щодо відсоткового

відношення в статутному капіталі акцій придбаних взамін уже наданих (виконаних) послуг (робіт) чи тих, які будуть надані в майбутньому.

За законодавством України як і більшості іноземних систем права набуття акцій взамін робіт, послуг не допускається. Оплата вартості акцій, що розміщуються під час заснування акціонерного товариства, не може здійснюватися шляхом прийняття на себе зобов'язань з виконання для товариства робіт або надання послуг (ч. 1 ст. 11 старого Закону України «Про акціонерні товариства»)¹⁹². Не допускається оплата цінних паперів акціонерного товариства шляхом: ... 3) оплата вартості акцій, що розміщуються під час заснування акціонерного товариства, не може здійснюватися шляхом прийняття на себе зобов'язань з виконання для товариства робіт або надання послуг (ч. 1 ст. 25 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» вкладом учасника товариства можуть бути гроші, цінні папери, інше майно, якщо інше не встановлено законом. Хоча виконання робіт та послуг і прямо не заборонено, як в Законі України «Про акціонерні товариства», однак про таку можливість не згадується.

Основна причина полягає в ризику «роздування» статутного капіталу, з чим пов'язано ризик неповернення інвестицій тих інвесторів, які придбали акції за грошові кошти, акції, матеріальні чи нематеріальні активи. Звичайно, цей ризик іманентно присутній в простому АТ, однак уникнути його шляхом певних обмежень стосовно надання послуг, виконання робіт як вкладу видається неможливим, оскільки як уже зазначалось, це одна з ключових переваг простого АТ.

Якщо в XIX-XX ст. основу акціонерних товариств, акціонерно-командитних товариств та публічних і приватних компаній становили кошти та внески у натуральній формі засоби виробництва. Станом на сьогодні

¹⁹² Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI 17 вересня 2008 р. URL: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, № 50-51, ст. 384.

інтелектуальна праця відіграє ключову роль в розвитку технологічних компаній і часто становить основу зростання бізнесу. Суб'єкт господарювання, який зможе запропонувати кращі умови для працівників ІТ-сфери отримує кращі перспективи розвитку. Втім конкуренція на ринку ІТ-послуг достатньо висока. Високий рівень оплати праці не є вже тим визначальним фактором, який залучає кращих спеціалістів. Значно більш ефективним є включення розробників інтелектуальних продуктів до складу товариства. Саме в цьому випадку доцільним є надання можливості формування статутного капіталу за рахунок робіт, послуг, які виконуються відповідними спеціалістами.

Заборона на внески у формі виконання робіт, послуг не рятує від ризику виникнення «бульбашкових» АТ та ТОВ, оскільки є чимало способів розмивання, вимивання статутного капіталу в рамках чинного законодавства. Більш ефективними засобами на практиці є закріплення відповідальності посадових осіб органів корпоративного управління, створення дієвих механізмів захисту кредиторів, в окремих випадках надання публічного доступу до складу та обсягу внесків до статутного капіталу.

Тому пропонуємо внести зміни до Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та розширити коло об'єктів цивільних прав, які можуть бути внеском до статутного капіталу, за рахунок послуг та робіт.

Таким чином, пропонуємо викласти частину 1 першу статті 13 Закону в такій редакції: «Вкладом учасника товариства можуть бути гроші, цінні папери, роботи та послуги, інше майно, якщо інше не встановлено законом».

Імовірність зловживання наповненням статутного капіталу роботами, послугами нівелюється частиною 3 ст. 13 Закону. Вклад у негрошовій формі повинен мати грошову оцінку, що затверджується одностайним рішенням загальних зборів учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства. При створенні товариства така оцінка визначається рішенням засновників про створення товариства.

Зазначені вище пропозиції про внесення змін до корпоративного законодавства слід застосувати до компаній, що створюються, і не повинні обмежуватися підприємствами «Дія сіті». Згаданий правовий режим, попри наявність ряду переваг пов'язаних з лібералізацією та гнучкістю ведення господарської діяльності в рамках даного режиму, має й недоліки.

Відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» резидентом Дія Сіті може бути юридична особа, зареєстрована на території України в установленому законодавством України порядку, незалежно від її місцезнаходження та місця провадження господарської діяльності, яка відповідає всім таким вимогам: 2) розмір середньої місячної винагороди залученим працівникам та гіг-спеціалістам, починаючи з календарного місяця, наступного за календарним місяцем, в якому набуто статус резидента Дія Сіті, кожного календарного місяця становить не менше, ніж еквівалент 1200 євро за офіційним курсом гривні щодо євро, встановленим Національним банком України станом на перше число відповідного календарного місяця; 3) середньооблікова кількість працівників та гіг-спеціалістів юридичної особи (у разі залучення) за підсумками кожного календарного місяця, починаючи з наступного за календарним місяцем, в якому юридичною особою набуто статус резидента Дія Сіті, становить не менше дев'яти осіб¹⁹³.

Таким чином, правовий режим «Дія сіті» спроектований для уже діючих учасників ринку, і непридатний на новостворених суб'єктів господарювання, які поки-що не мають стабільних доходів і відповідно не можуть забезпечити регулярну оплату праці фахівців на достатньо високому рівні. Тобто правовий режим лібералізує ведення господарської діяльності для уже діючих учасників ІТ-ринку і фактично не придатний для нових учасників. Як наслідок, уже діючі ІТ-компанії отримують перевагу перед новоствореними інвестиційними проектами в ІТ-сфері, а нерівність умов

¹⁹³ Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України від 15 липня 2021 року № 1667-IX . URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>

ведення підприємницької діяльності тільки посилюється. Вирішенням цієї проблеми могло би бути надання перехідного періоду (1-6 місяців), протягом якого до новостворених товариств не застосовувалися би вимоги ч. 1 і 2 ст. 5 Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні».

В цілому вважаємо, що Закон України «Про ТОВ та ТДВ» пропонує цілий ряд інших механізмів (корпоративний правочин, заснування на підставі модельного статуту тощо) спрямованих на лібералізацію заснування підприємницької діяльності, корпоративне управління та врегулювання корпоративних відносин між учасниками таким чином, щоб це максимально відповідало їх інтересам. Тому в контексті залучення додаткового інвестиційного капіталу доцільніше сконцентрувати увагу законодавця на удосконаленні уже існуючих організаційно-правових формах. Зокрема, доцільно було б ті правові запозичення з англійського права, які пропонувались лише для учасників правового режиму «Дія-Сіті», запровадити для всіх без виключення ТОВ в Україні.

Йде мова перш за все про договір позики з альтернативним зобов'язанням, тобто договір укладений між кредитором та резидентом Дія Сіті (товариством) як боржником, за яким на вимогу кредитора в якості виконання альтернативного зобов'язання боржник зобов'язаний прийняти кредитора до складу учасників боржника або збільшити розмір його частки у статутному капіталі (якщо кредитор є учасником боржника) та вважати відповідну суму позики додатковим вкладом кредитора для оплати частки у статутному капіталі боржника (стаття 29). Або договір про заповнення та гарантії – тобто договір, що містить перелік заповнень, що надаються стороною або сторонами, щодо обставин, які мають значення для укладення, виконання або припинення такого договору (ст. 32). Крім того, обґрунтованим було б застосування ст. 33 Закону стосовно можливості виконання повноважень виконавчого органу юридичною особою,

zareєстрованою за законодавством України (особою, яка здійснює функції управління), іншого розміру або іншого порядку розподілу майна (ст. 31).

Урахування таких змін, забезпечення ще більшої свободи для учасників, здавалося би, певною мірою суперечить тенденції до навпаки більшої зарегульованості ТОВ Законом України «Про ТОВ та ТДВ» у порівнянні із попереднім Законом України «Про господарські товариства». Однак за сучасних обставин, коли іноземний капітал має широкі можливості для вибору юрисдикції, куди інвестувати, а суб'єкти господарювання України мають можливості для заснування діяльності за межами власної держави¹⁹⁴, важливо втримати підприємницько активне населення та створити максимально сприятливі умови іноземному капіталу. Тому спрощення вимог до суб'єктів господарювання, надання більшої свободи дій та свободи при врегулюванні корпоративних правовідносин є неминучим процесом, що зумовлений загальносвітовими процесами глобалізації та інтеграції економіки України в міжнародній торгівлі.

Більше століття тому виникла широка дискусія закріплення на нормативному рівні до того невідомої форми ТОВ, як виду юридичної особи, за боргами якої ніхто не зобов'язаний відповідати. До того часу на протязі століть відповідальність засновників комерційного товариства за його борги вважалось аксіомою. Однак епоха індустріалізації внесла свої корективи. Почергово провідні держави Європи (Німеччина (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*, 1892), Великобританія (*private company*, 1907), Франція (*societe a responsabilite limite, SARL*, 1925) закріпили правову форму ТОВ.

Так само й сьогодні в епоху швидкого розвитку ІТ-індустрії та цифровізації інших інноваційних галузей економіки технологічні суб'єкти господарювання потребують такої корпоративної форми, яка була би максимально гнучкою і могла б забезпечити найрізноманітніше співвідношення інтересів серед потенційних інвесторів. В цьому аспекті

¹⁹⁴ Більшість іноземних юрисдикцій забезпечують умови для заснування бізнесу за допомогою засобів електронного зв'язку, без особистої присутності; можливість реєстрації бізнесу іноземцями.

англо-американське право є більш динамічним, оскільки формується на основі судового прецеденту. Тому процес обміну між національними правовими системами найбільш оптимальними правовими механізмами буде лише прискорюватися. Поряд з тим, видається, з урахуванням особливостей сучасного корпоративного права України недоцільним є закріплення простого акціонерного товариства, як у випадку Польщі, Словаччини, а більш доречним було б внесення змін до уже існуючих правових форм, зокрема ТОВ, що відповідатиме українській правовій традиції.

*Черненко Олена Анатолівна,
кандидат юридичних наук, старший дослідник, старший
науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової
економіки НДІ приватного права і підприємництва імені
академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ФУНКЦІОНУВАННЯ ПІДПРИЄМСТВ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Людське суспільство систематично стикається з проблемами війни. Серед наслідків війни виділяють: – зовнішньо- і внутрішньополітичні (зниження довіри до державних інститутів, зростання соціальної напруженості в суспільстві); – військово-політичні; – соціально-економічні; – екологічні (погіршення природного середовища та витрати на його відновлення); – медико-біологічні (скорочення середньої тривалості життя, втрата здоров'я, життя).

Воєнний стан, як правило, запроваджується за умов збройної агресії чи загрози нападу, наявності небезпеки державній незалежності та територіальній цілісності. Слід зазначити, що запровадження воєнного стану не є чимось унікальним для сучасного світу. З 19-го століття з запровадженням воєнного режиму зіткнулася 81 країна – від США, Китаю, Канади та Японії до Лівії, Сирії та Туреччини. Канада вводила воєнний стан тричі - під час Першої і другої світової війни та Жовтневої кризи 1970 року. Китай запроваджував його під час подій на площі Тяньаньмень 1989 року. В Сирії після 48 років воєнний стан закінчився лише в 2011 році. Воєнний стан було введено у Польщі комуністичною владою на чолі з генералом Войцехом Ярузельським 13 грудня 1981 року для посилення боротьби з незалежним профспілковим об'єднанням «Солідарність». Він діяв до липня 1983 року. На філіппінському острові Мінданао 23 травня 2017 року було оголошено

воєнний стан, після того, як озброєні бойовики-ісламісти разом з іноземними бойовиками штурмували місто Мараві.¹⁹⁵

У зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України, на підставі пропозиції Ради національної безпеки і оборони України, відповідно до пункту 20 частини першої статті 106 Конституції України, Закону України «Про правовий режим воєнного стану», Указом Президента України №64/2022 було запроваджено воєнний стан.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Запровадження воєнного стану створило низку перешкод для здійснення господарської діяльності. В країні почали відбуватися активно міграційні процеси, суттєво підвищились ризики втрати майна як фізичними особами так і суб'єктами господарювання, збільшилась кількість підприємств, що стали неспроможними виконувати взяті на себе зобов'язання.

Також проблемою сучасного бізнесу стало зменшення виробництва товарів, які експортувалися, адже частини Миколаївської, Херсонської та Запорізької областей є окуповані, що в свою чергу унеможливило доступ до

¹⁹⁵Воєнний стан: як це відбувалося в інших країнах // <https://www.radiosvoboda.org/a/martial-law-around-globe/29621742.html>

портів. Акваторія Чорного моря також перебуває під питанням, адже там знаходяться російські кораблі, що становлять загрозу. Крім того, багато вітчизняної продукції, в тому числі і зерна, було вивезено на територію росії, що зумовлює перешкоди в сфері зовнішньої торгівлі, порушення транспортно-логістичних процесів, відтік кадрів за кордон або часткове переміщення трудових ресурсів всередині України.¹⁹⁶

Найбільш складно функціонувати тим підприємствам, які працюють на окупованих територіях або територіях де ведуться активні бойові дії, саме тому починаючи з 2014 року в Донецькій та Луганській області почали катастрофічно скорочуватись обсяги промислового виробництва. З початку конфлікту спад виробництва відбувся в усіх основних галузях промисловості Донецької та Луганської областей, що спричинило зменшення експорту майже удвічі. Тільки у 2014 році порівняно з попереднім роком обсяги промислової продукції скоротилися в Донецькій області на 31,5 %, в Луганській – на 42,0 %. Зокрема, в Донецькій області скорочення промислового виробництва склало: у виробництві, передачі й розподілі електроенергії – 18,3 %; у металургійному виробництві та виробництві готових металевих виробів – 27,7 %; у виробництві коксу і продуктів нафтоперероблення – 31,5 %; у вугільній промисловості – 36,8 %; у машинобудуванні – 41,1 %; у виробництві хімічних речовин і хімічної продукції – 47,5 %.

Крім того, слід зазначити, що 69 зі 150 українських шахт вимушені були припинити видобуток вугілля (7 шахт було зруйновано під час бойових дій, інші ж функціонують у режимі підтримки життєдіяльності). За 2014 рік (через військовий конфлікт у Луганській і Донецькій областях) видобуток вугілля в Україні скоротився на 22 % до 65 млн т. Загалом було видобуто 49 млн т енергетичного вугілля (на 19 % менше, ніж 2013 року) і 16 млн т коксівного вугілля (– 32 %). Видобуток на державних шахтах скоротився на 27 % до 18 млн т (36 % загального обсягу).

¹⁹⁶ Вітчизняний бізнес в умовах війни // <http://confmanagement.kpi.ua/proc/article/view/271454>

За повідомленням ЗМІ, станом на травень 2015 року: – на окупованій території Луганської області нараховувалося близько 40 шахт, з них працювали близько 20 (як приватні, так і державні шахти); – на окупованій території Донецької області існували наміри «законсервувати» понад 20 вугільних підприємств, і залишити в роботі 18, чотири з яких приватні. Втративши контроль над окремими територіями регіону, Україна втратила контроль над видобутком енергетичного вугілля.¹⁹⁷

Воєнні дії значно загострили наявні проблеми металургійної промисловості й створили нові, пов'язані виключно зі збройним протистоянням. Спад виробництва машинобудівної промисловості зумовлений заборонаю поставок в РФ продукції воєнного та подвійного призначення, відмовою від співпраці із замовниками з Росії, зупинкою внаслідок руйнування або розташування на окупованій території багатьох підприємств, що були замовниками машинобудівної продукції, передусім вугледобувної галузі.

Майже третину (27 %) промислового потенціалу Донецької та Луганської областей вивезено до російської федерації. Особливо небезпечним був демонтаж і вивезення устаткування з машинобудівних заводів Донецької та Луганської областей, які виробляють продукцію військового призначення. Значна частина підприємств хімічної галузі залишилася на окупованій території, а ефективному використанню виробничого потенціалу підприємств на звільнених територіях перешкоджають проблеми забезпечення енерго-сировинними ресурсами.

Також у зв'язку з бойовими діями транспортна інфраструктура зазнала пошкоджень і руйнувань. Повністю оцінити вартість зруйнованих об'єктів транспортної інфраструктури можна буде після доступу до всіх зруйнованих об'єктів, чимало з яких нині залишається під контролем бойовиків. Останні продовжують планомірно та цілеспрямовано знищувати транспортну

¹⁹⁷ Хилько М. І. Екологічна безпека України: Навчальний посібник / М. І. Хилько. К. 2017 // <http://www.philosophy.univ.kiev.ua/uploads/editor/Files/Vykladachi/Hylko.pdf>

інфраструктуру згаданих областей, що безпосередньо позначається на показниках роботи транспортної галузі.

Отже, вищенаведений регіон зазнав найвищого рівня техногенного впливу на навколишнє природне середовище: викидів шкідливих речовин в атмосферне повітря, скидів стічних неочищених вод у природні водні об'єкти, розміщення відходів. Це пов'язано як з природно-ресурсними чинниками функціонування галузей матеріального виробництва (вугільна і хімічна промисловість, гірничо-металургійний комплекс, машинобудування), що є спеціалізацією регіону, так і з історичними особливостями комплексотворення. Основними джерелами техногенного забруднення важкими металами у п'яти великих промислових містах Донецької області (Донецьк, Горлівка, Маріуполь, Макіївка і Краматорськ) є підприємства чорної й кольорової металургії, коксохімічної промисловості, важкого машинобудування.

Ведення бойових дій спричинило подальше погіршення стану довкілля внаслідок влучення снарядів та аварійного порушення роботи численних підприємств гірничодобувної, хімічної, енергетичної, металургійної галузей. Пошкодження та руйнування виробничої інфраструктури та обладнання, аварійні зупинки підприємств через відсутність необхідної сировини, енергоносіїв та електроенергії призводило до аварійних викидів і скидів шкідливих речовин.¹⁹⁸

До найбільших випадків шкоди, що заподіяні навколишньому природньому середовищу України внаслідок винятково бойових дій армії РФ, можна віднести:

- пожежі, що вже охопили понад 100 тис. га на території України, із них половина – лісові пожежі;
- забруднення, засмічення та ерозія ґрунтів, спричинених вибухами снарядів і просуванням військової техніки;

¹⁹⁸ Хилько М. І. Екологічна безпека України: Навчальний посібник / М. І. Хилько. К.2017 <http://www.philosophy.univ.kiev.ua/uploads/editor/Files/Vykladachi/Hylko.pdf>

- забруднення водойм, зокрема вод Чорного та Азовського морів від паливно-мастильних матеріалів, руху і затоплення військових суден;
- цілеспрямоване руйнування гребель і дамб на водосховищах;
- забруднення атмосферного повітря продуктами вибухового походження;
- прицільне влучання у нафтосховища та нафтопереробні заводи і вигорання нафтопродуктів;
- замінування ділянок суші та акваторій;
- задимлення, шумове забруднення;
- знищення багатьох видів рослинного і тваринного світу, занесених до Червоної книги;
- накопичення величезної кількості відходів біологічного походження через вимушений забій тварин і птиці внаслідок відсутності електропостачання;
- знищення або ж суттєве руйнування об'єктів і територій природно-заповідного фонду та загальні значні втрати біорізноманіття.¹⁹⁹

З початком повномасштабного вторгнення рф на території України ситуація ще більш погіршилась. Згідно з опитуванням Mastercard²⁰⁰, понад 60% українських підприємців, незважаючи на важкі часи, продовжують свою діяльність. Понад 90% тих, кого бойові дії в країні змусили припинити роботу, готові її відновити. Проте близько половини респондентів впевнені, що відновлення займе від 1 до 3 років. 79% респондентів значно скоротили обсяги бізнесу, 19% працюють на довоєнному рівні, і лише 2% зуміли збільшити обороти.

Майже 50% компаній зазнали змін з 24 лютого 2022 року: 56% підприємців повідомили, що їм потрібні нові замовлення та ринки збуту, 33% не мають грошей на подальший розвиток, 23% хочуть вирішити труднощі з логістикою. Залежно від сфери діяльності збитки від війни кардинально відрізняються, а можливість переїзду підприємства чи його окремого

¹⁹⁹ Ващишин Марія. Юридичний механізм визначення екологічної шкоди та його особливості в умовах воєнної агресії російської федерації проти України// Право України.2022.№6. С.55-68.

²⁰⁰ Особливості підприємницької діяльності в умовах воєнного стану в Україні // <http://tnv-econom.ksauniv.ks.ua/index.php/journal/article/view/304/283>

підрозділу варіюється від переїзду за 2 дні (як, наприклад, офіс ІТ-компанії) до повної неможливості переміщення і, як наслідок, втрата основних фондів (металургійні заводи).

Отже, під час війни підприємства зіткнулись з проблемами логістики товарів, підвищення цін, втрата клієнтів, неплатоспроможність контрагентів, зруйновані цехи, склади, магазини, дефіцити на ринку праці в складних регіонах та перенасичення в безпечних, тощо. Особливо складно прогнозувати попит тим підприємствам, що продавали послуги чи товари не першої необхідності, або навіть розкоші. Більшість клієнтів або покинули країну, або вважають більш пріоритетним перераховувати кошти на благодійність, волонтерську чи гуманітарну допомогу, підтримку ЗСУ.

Для багатьох компаній необхідно практично з нуля відбудувати свій бізнес. Проте є низка підприємств, що розвиваються в умовах війни, серед яких підприємства, що працюють у військовому секторі та займаються оснащенням війни: пошиття товарів для військових, виготовлення бронезилетів, продуктів екстра тривалого зберігання, пошиття форми для різних сезонів, шевронів, виробництво всього, що може знадобитись військовим. Саме такі підприємства під час війни отримують величезні замовлення від держави для забезпечення потреб ЗСУ.

Продовжують активно працювати та отримувати прибуток ІТ-компаній. Але існує три ключових фактори негативного впливу саме на ІТ-індустрію:

- тенденція до сповільнення економіки, зниження рівнів доходів, інфляція, обмеження роботи фінансових компаній;
- загроза знищення цифрової інфраструктури, наприклад, повномасштабні зруйнування чи часткові ушкодження об'єктів телекомунікаційних мереж чи електропроводів;

– зменшення кількості працівників у зв'язку із загальною мобілізацією.²⁰¹

Підприємства, що належать до ланцюга виробництва продуктів харчування завжди залишаються актуальними, адже задовольняють фізичні потреби. Також нині на ринку є потреба в підприємствах, що:

– виготовляють якісний одяг та взуття низької вартості, оскільки одяг також є базовою необхідністю, особливо для дітей, що швидко ростуть;

– надають ремонтні послуги. Під час війни споживачам відремонтувати старі речі наразі є більш вигідно, ніж інвестувати в нові;

– виготовляють скло. Від ракетних обстрілів постраждало багато будівель як житлового, так і інфраструктурного типу. Однією з найбільш поширених проблем є заміна скла, що було пошкоджено від ударної хвилі.

Слід зазначити, що найбільш вразливими сферами під час війни є:

– агропромислова – бізнес в цій сфері є досить ризикованим, оскільки суттєво залежить від погодних умов, стану техніки, залучення нових видів добрив, складної системи експорту та зберігання, пошуку кваліфікованих технічних працівників. Під час війни до всіх цих ризиків також додалась проблема замінування полів, окупації, загрози ракетного удару. Крім того, у зв'язку із загальною мобілізацією та міграцією агропромисловий ринок страждає від дефіциту робочої сили, палива, добрив та засобів захисту рослин. Окрім всього, заблокований морський шлях не дає можливості експортувати продукцію зі складів, що означає суттєве недоотримання прибутків та неможливість повноцінно проводити посівну та збір.²⁰²

– металургії, оскільки саме підприємства, які працюють у сфері металургії мають серйозну залежність від території, на якій вони розташовані. Більшість розташовані на південно-східних територіях, які є окупованими та призупинили роботу або працюють в зоні конфлікту.

²⁰¹ Економічна правда. Бізнес в умовах війни: хто зазнав найбільших втрат та як відновлюються підприємства. Економічна правда // <https://www.epravda.com.ua/publications/2022/03/23/684549/>.

²⁰² Там само.

– електроенергетики. Відповідно до повідомлення ДТЕК, практично вся кількість ТЕС в Україні наразі працює в повній потужності. Проте компанії, що працюють у галузі електропостачання та обслуговування електромереж, в тому числі і державні, наразі працюють в небезпечних районах і мають дуже суттєві загрози, адже становлять часто одну з головних інфраструктурних цілей ворога.

– логістична, так як логістичні компанії також стикаються з проблемою подорожчання та дефіциту пального, пошкодженнями автомобільних шляхів, блокпостами та перевітками, комендантською годиною, яка суттєво урізає час на перевезення, а також відсутністю працівників, які переїхали на інші, більш безпечні території²⁰³.

Існує низка підприємств, серед яких є підприємства як державної так і приватної форми власності, що залишились у вразливих регіонах та продовжують роботу в складних умовах, окупації, під загрозою обстрілу та інших небезпеках. Власники таких підприємств змушені робити вибір між продовженням роботи у небезпечних умовах та повним закриттям і банкрутством. Ті, хто обирають продовження роботи, стикаються з неймовірними ризиками та прямою загрозою життю, і основними проблемами для них є забезпечення умов для працівників.

В науковій літературі неодноразово піднімалася тема щодо низької ефективності підприємств державного сектора економіки. В Національній економічній стратегії на період до 2030 року, затвердженій постановою Кабінету Міністрів України від 3 березня 2021 р. № 179, зазначено, що близько 40 відсотків державних підприємств функціонують лише на папері. Державні та комунальні підприємства України є менш ефективними, ніж українські приватні підприємства та державні підприємства в державах – членах ЄС. Збитковість і неефективність великої кількості державних та комунальних підприємств створюють значне навантаження на державні та

²⁰³ Економічна правда. Бізнес в умовах війни: хто зазнав найбільших втрат та як відновлюються підприємства. Економічна правда // <https://www.epravda.com.ua/publications/2022/03/23/684549/>.

місцеві бюджети. Згідно зі Стратегією 2030, необхідним є зменшення ролі держави та органів місцевого самоврядування як власників суб'єктів господарювання, заснованих на державній та комунальній власності. Для цього потрібно виконати завдання – ліквідувати або реструктурувати нефункціонуючих державних підприємств. Досягнення цієї стратегічної цілі дасть змогу змінити підходи до управління державною власністю та забезпечити максимально ефективне її використання шляхом, зокрема, проведення ліквідації та реструктуризації збиткових та неперспективних державних підприємств.

Загальновідомою є позиція про необхідність реорганізувати всі державні підприємства у господарські товариства, але така реорганізація створює як ризики втрати державою контролю за підприємствами, приватизація яких заборонена, що може мати негативні наслідки, в тому числі й щодо національної безпеки України, так і корупційні ризики щодо передачі контролю за такими державними підприємствами поза механізмом їх приватизації.

В той же час з початком війни функціонування підприємств державного сектора економіки набуває особливого значення задля безпеки країни. Саме тому було прийнято низку нормативно-правових актів, які мають сприяти стабілізації державного сектора економіки. Так, Кабінетом Міністрів України прийнято розпорядження № 683-р «Деякі питання управління об'єктами державної власності» від 26.07.2022, яким вирішено передати із сфери управління уповноважених органів управління до сфери управління Фонду державного майна 355 єдиних майнових комплексів державних підприємств, установ та організацій, що підлягають ліквідації або реорганізації, а також повноваження з управління корпоративними правами держави щодо 2 суб'єктів господарювання, що підлягають ліквідації, та визначено Фонд державного майна уповноваженим органом управління, що здійснює контроль за суб'єктами господарювання, що підлягають ліквідації.

Необхідно також зазначити що відповідно до Постанови КМУ від 31 травня 2022 р. № 643 «Деякі питання управління об'єктами державної власності на період воєнного стану» на період дії воєнного стану було низку обмежень стосовно управління в сфері державного сектора економіки, серед яких:

– встановлено заборону проводити конкурсний відбір керівників, голів виконавчих органів та членів наглядових рад суб'єктів господарювання державного сектору економіки;

– зупинено конкурсний відбір керівників, голів виконавчих органів та членів наглядових рад суб'єктів господарювання, оголошений до моменту введення в дію воєнного стану;

– призначення на посаду керівників, голів виконавчих органів та членів наглядових рад суб'єктів господарювання, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави і вартість активів яких за даними останньої фінансової звітності або річний розмір чистого доходу яких перевищує 200 млн. гривень, а також особливо важливого для економіки підприємства, вартість активів якого за даними останньої фінансової звітності перевищує 2 млрд. гривень або річний розмір чистого доходу якого перевищує 1,5 млрд. гривень, здійснюється суб'єктом управління об'єктами державної власності після погодження кандидатур відповідних осіб Кабінетом Міністрів України без проведення конкурсного відбору на строк, який не перевищує строку дії воєнного стану та трьох місяців після його припинення або скасування.

Постановою передбачено обов'язок суб'єктам управління:

1) протягом трьох місяців після припинення або скасування воєнного стану провести в установленому порядку конкурсний відбір керівників, голів виконавчих органів та членів наглядових рад суб'єктів господарювання, посадові особи яких призначено в постанові;

2) подавати щомісяця Міністерству економіки інформацію про призначення керівників та голів виконавчих органів суб'єктів

господарювання, у тому числі призначених наглядовою радою суб'єкта господарювання, а також про призначення членів наглядових рад суб'єктів господарювання.

Важливо згадати і про Постанову КМУ від 23 серпня 2022 р. № 941 «Питання утворення суб'єктів господарювання державного сектору економіки у період воєнного стану» встановлено, що у період воєнного стану утворення державних підприємств, установ та організацій, заснування господарських організацій, до статутного капіталу яких передається державне майно, суб'єктами управління об'єктами державної власності здійснюється за погодженням з Кабінетом Міністрів України.

Постановою КМУ від 26 квітня 2022 р. № 481 «Деякі питання організації роботи працівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки на період воєнного» стану встановлено, що на період воєнного стану для працівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки за рішенням виконавчого органу або керівника суб'єкта господарювання може запроваджуватися дистанційна робота за наявності організаційної і технічної можливості для виконання їх обов'язків.

Серед викликів з якими зустрілись підприємства в умовах воєнного стану є релокація підприємств. Сам термін «релокація» англійського походження від слова *relocate, relocation*, і означає – переміщувати, переміщення бізнесу з однієї країни в іншу. Для українського бізнес середовища термін «релокація» означає вимушене переміщення усіх, або частини працівників компанії з одного регіону в інший в межах країни, або за її межі.

Держава визначила підприємства (та їх відокремлені підрозділи), допомога в переміщенні яких є пріоритетною – це стратегічно важливі підприємства та підприємства, які виробляють товари першої необхідності (хліб та інші продукти харчування, питну воду, одяг тощо) для задоволення потреб цивільного населення, військових та територіальної оборони. Проте на практиці заявку на допомогу може подати та отримати будь-яке

підприємство, оскільки кожне з них сприяє підтримці економіки, тому важливо для держави.

Відповідно до Плану невідкладних заходів з переміщення у разі потреби виробничих потужностей суб'єктів господарювання з територій, де ведуться бойові дії та/або є загроза бойових дій, на безпечну територію, затверджених розпорядженням Кабінету Міністрів України від 25 березня 2022 р. № 246-р входять:

1) визначення переліку суб'єктів господарювання, які потребують та/або мають намір щодо переміщення з територій, де ведуться бойові дії та/або є загроза бойових дій, на безпечну територію;

2) визначення переліку вільних виробничих площ (greenfield/brownfield), які можуть використовуватися переміщеними підприємствами, та створення з цією метою єдиної бази даних (цифрової карти);

3) проведення постійного моніторингу стану переміщення підприємств;

4) проведення моніторингу стану розміщення підприємств на безпечній території;

5) надання інформаційної та організаційної допомоги щодо можливостей розміщення та проживання працівників переміщених підприємств;

6) підготовка пропозицій щодо спрощення порядку передачі в оренду державного та комунального майна;

7) сприяння оперативному виділенню рухомого складу залізниць для перевезення виробничого обладнання підприємств, зокрема за поданням обласних військових адміністрацій;

8) розроблення механізму відшкодування вартості перевезення майна підприємств та затвердження тарифів на перевезення АТ «Укрпошта» без складення окремих кошторисів; 9) забезпечення оперативного підключення виробничих потужностей переміщених підприємств до газо-, водо-, електропостачання та інших інженерних комунікацій;

10) опрацювати питання надання компенсацій підприємствам за підключення до електропостачання;

11) опрацювання питання щодо перенесення строку сплати відсотків за кредитами (позиками), що надані вітчизняними банками переміщеним підприємствам з метою відновлення виробництва;

12) опрацювання можливості формування замовлення для військово-промислового комплексу, а також вирішення питань щодо критичного імпорту окремих товарів;

13) опрацювання питання спрощення процедур надання або передачі земельних ділянок для розміщення виробничих потужностей підприємств.²⁰⁴

За даними Міністерства економіки України²⁰⁵, програма релокації підприємств направлено на переміщення підприємств (їх потужностей) з територій, що наближені або знаходяться у зоні проведення бойових дій (наприклад, Донецька, Луганська, Херсонська, Запорізька, Харківська та інші області), в більш безпечні регіони, насамперед на заході України (наразі доступні для переміщення 9 регіонів: Закарпатська, Івано-Франківська, Львівська, Тернопільська, Хмельницька, Чернівецька, Вінницька, Волинська та Рівненська області).

Відповідно до результатів опитування ресурсу grc.ua більшість українських підприємців (близько 80%) сподіваються залишитись в Україні та не планують перевозити бізнес за кордон, хоч це і здатне диверсифікувати ризики. Підприємства, що все ж планують здійснити переїзд в іншу країну, розглядають такі країни для переїзду як Польща, Словаччина, Португалія та Чехія. Половина опитаних вказала, що планує розширювати та змінювати ринки збуту продукції. Логістично найзручнішими для цього наразі є Польща, Молдова, Німеччина, Болгарія, Румунія, Чехія, Англія, Ізраїль, а

²⁰⁴ Про затвердження плану невідкладних заходів з переміщення у разі потреби виробничих потужностей суб'єктів господарювання з територій, де ведуться бойові дії та/або є загроза бойових дій, на безпечну територію: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 березня 2022 р. № 246-р. / <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246-2022-%D1%80>

²⁰⁵ Програма релокації підприємств. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=ukUA&id=3e766cf9-f3ca-4121-8679-e4853640a99a&title=ProgramaRelokatsiiPidprimstv>

також США, Грузія та Індія. Згідно офіційних даних найбільшими центрами релокації стали відносно спокійні області, а саме: Львівська (24%), Закарпатська (14,5%), Чернівецька (9,8%), Івано-Франківська (8,3%), Хмельницька (7,3%) та Тернопільська (6,3%).²⁰⁶

Внутрішня і зовнішня міграція бізнесу до областей Карпатського регіону України та з регіону до країн членів ЄС в умовах російсько-української війни та воєнного стану породжує окремі загрози для:

– економічної системи країни (зменшення ділової активності бізнесу, падіння ВВП країни, лімітування або відсутність податкових надходжень до місцевих бюджетів; посилення проблем неефективної структури з високою ресурсо- й енергоємністю виробництва, надмірним екстенсивним розвитком сировинних галузей, низьким рівнем інноваційності, відірваністю фінансового сектору від реальної економіки, неефективним функціонуванням секторів, що забезпечують соціальний розвиток; відсутність інноваційнотехнологічного розвитку промислових підприємств, погіршення стану науковотехнічного потенціалу промисловості, скорочення частки високотехнологічних виробництв через масштабну міграцію капіталу та робочої сили; поглиблення диспропорцій між споживчими витратами та інвестуванням економіки, структурних дисбалансів розвитку внутрішнього споживчого ринку; значна втрата фінансово-інвестиційного, інтелектуальнокадрового, ресурсного забезпечення розвитку України, зменшення обсягів експортного потенціалу, тривала трансформація географії експортних процесів промислових підприємств);

– регіональних економік, зокрема областей Карпатського регіону (посилення фінансового навантаження на місцеві бюджети через додаткове фінансування програм підтримки та розвитку релокованого бізнесу в регіоні; формування значного дефіциту ресурсного забезпечення економічного

²⁰⁶ Bortnik, S. (2022). Funktsionuvannia maloho i serednoho pidpriemnytstva v Ukraini: suchasnyi stan ta perspektyvy rozvytku [The functioning of small and medium-sized enterprises in Ukraine: the current state and prospects for development]. *Ekonomika ta suspilstvo – Economy and society*, (36), 36-46 doi: <https://doi.org/10.32782/2524-0072/2022-36-46> [in Ukrainian]

розвитку регіонів, асинхронність просторового розвитку через невідповідну (нераціональну) алокацію релокованого бізнесу; заміщення високотехнологічного виробництва низькотехнологічним, підвищення собівартості виробництва внаслідок відсутності регіональних програм співпраці промисловості та науково-технологічних установ, низької ефективності діяльності технологічних парків і бізнес-інкубаторів; поглиблення структурних і галузевих диспропорцій регіональних ринків праці через зростання рівня безробіття серед місцевого населення на тлі державного сприяння релокованим і місцевим підприємствам у проєкції пріоритетності забезпечення і створення робочих місць для внутрішньо переміщених осіб; поглиблення бюджетних дисбалансів регіонів (напруженість у бюджетно-податковій сфері) через високу ймовірність низької участі релокованого бізнесу в ланцюгах доданої вартості та ризик реверсної релокації бізнесу);

– внутрішнього споживчого ринку (тривале зростання загального рівня цін на споживчі товари, зокрема продукти харчування, сировину, матеріали та товари постачальників, зниження купівельної спроможності, що призведе до структурних деформацій внутрішнього споживчого ринку; зниження рівня диверсифікації структури товарної пропозиції, що не відповідає все більшому попиту й вимогам споживачів до якості та асортименту продукції);

– суб'єктів господарювання (втрата конкурентних переваг через відсутність адаптивної маркетингової стратегії, обмежену інформацію про кон'юнктуру локального ринку та тимчасове інноваційно-ринкове відставання порівняно з локальними (місцевими) конкурентами; зростання ризику банкрутства, відсутність високого обороту капіталу, проблеми з підбором кадрів).²⁰⁷

Важливим фактором зміцнення економічної стабільності країни є активізація підприємницької діяльності, що в перспективі призведе до

²⁰⁷ Васильців Т.Г., Мульска О.П. Релокація бізнесу в області карпатського регіону України в умовах війни: інструменти підтримки та нівелювання загроз
[https://ird.gov.ua/sep/sep20222\(154\)/sep20222\(154\)_030_mulskao,vasyltsivt,baranyaki.pdf](https://ird.gov.ua/sep/sep20222(154)/sep20222(154)_030_mulskao,vasyltsivt,baranyaki.pdf)

здатності ефективно протистояти зовнішнім загрозам, а відтак і забезпечити економічну безпеку. Нині саме підприємництво може стати рятівником для української економіки, оскільки його створення сприяє платоспроможності населення та гарантує поповнення державного бюджету.

Згідно з дослідженням Bloomberg (Польща), 45% новостворених іноземних компаній у 2022 році, за попередніми оцінками, складатимуть 24 тис. українських компаній²⁰⁸. Більше третини з них підтверджують намір залишатися на польському ринку незалежно від результатів війни в Україні. Результатом є відтік людського капіталу, оскільки не створюються нові робочі місця, а податки не збираються на всіх рівнях домогосподарств. За таких обставин питання внутрішньої релокації поступово сприятиме поживленню підприємницької діяльності в самій країні, а не за її межами, оскільки створить умови для відтворення економіки. Малі підприємства, які зважаються на переміщення отримують допомогу від держави у підборі оптимального місця нового розташування, перевезення персоналу, а також його пошуку у разі потреби відновлення логістики, закупівлі сировини та пошуку ринків збуту тощо.

Задля відродження та виживання бізнесу рекомендується здійснити наступні дії:

- через зміну споживчого попиту слід переорієнтовувати виробництво на товари, які потрібні у воєнний час: взуття, одяг, мала побутова техніка, дитячі товари, товари для тварин тощо;
- активізувати зусилля на вихід до міжнародного ринку;
- переміщатися географічно по Україні для пошуку умов безпечного виробництва та логістики;
- створювати та починати нові напрямки споживчого ринку;
- фіксувати всі втрати для наступного отримання компенсації;

²⁰⁸ Ekonomika yide na zakhid: yak riatuietsia ukrainskyi biznes vid viiny [The economy is going west: how Ukrainian business is saved from the war] (2022, 11 May). lb.ua: website. Retrieved from https://lb.ua/economics/2022/05/11/516454_ekonomika_ide_zahid_yak_ryatuietsya.html

– поповнювати втрачений персонал за рахунок фонду безробітних.²⁰⁹

Вдала державна політика в умовах воєнного стану здатна стати гарантом успішного і безперебійного розвитку механізму підприємництва із використанням підходящих ідей, методів чи шляхів стимулювання діяльності сфери послуг у національній економіці. Економічна стабільність країни залежить, насамперед, від платників податків, які сьогодні продовжують працювати. Бізнес та його організація вимагає повного розуміння всіх процесів: як організаційних, так і внутрішньофірмових. Для того, щоб економічна діяльність підприємств була ефективною, недостатньо відновити їхню роботу. Потрібні модернізація і часткова переорієнтація на інші ринки збуту. Тому є сенс при відбудові регіонів впроваджувати енергоощадні, екологічні й інноваційні технології, що дозволить суттєво підняти конкурентоспроможність підприємств та підвищити їх інвестиційну привабливість. Адже в будь-якому випадку війна закінчиться перемогою України і післявоєнний період вимагатиме дій, спрямованих на приведення бізнесу у відповідність до вимог чинного законодавства.²¹⁰

²⁰⁹ Аналіз бізнесу України в умовах воєнного стану <https://kiev-chamber.org.ua/uk/17/2777.html>

²¹⁰ Жосан Г.В., Хірса І.М. Особливості підприємницької діяльності в умовах воєнного стану в Україні// <http://tnv-econom.ksauniv.ks.ua/index.php/journal/article/view/304/283>.

*Олефір Віктор Іванович,
доктор юридичних наук, професор, член-
кореспондент НАПрН України, головний науковий
співробітник Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва імені академіка
Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

ВІЙСЬКОВИЙ ЕКОЦИД: НАСЛІДКИ ДЛЯ ПРАВА ТА ЕКОНОМІКИ

Актуалізація питання воєнного екоциду та його наслідків є надзвичайно актуальною сьогодні. Адже він є не просто злочином проти людей, природи, а і проти національної безпеки, зокрема, економічної, впливає на результати господарської діяльності як загальнодержавного рівня так і приватного сектору. Екологічні злочини є складним і небезпечним явищем, що за наслідками становлять одну з найнебезпечніших категорій злочинів, адже їхня сукупна шкода створює реальну загрозу біологічним основам існування людства. Сьогодні, коли Україна знаходиться в умовах боротьби за свою державність і незалежність, постають нові виклики, які зумовлюють теоретичні, методологічні, прогностичні потреби, практичні вирішення питань охорони природи та довкілля. В умовах збройної агресії Росії проти України, перед нашою державою постають не лише питання підвищення ефективності правових природоохоронних механізмів, а і питання притягнення до відповідальності винних в скоєнні екологічних злочинів, невідворотності покарання та відшкодування збитків.

Після ядерної аварії на Чорнобильській АЕС, коли до всіх екологічних забруднень додалося радіоактивне зараження значної частини нашої держави, було визнано міжнародний статус України як зони «екологічного лиха». На цей момент було охоплено понад 10 відсотків від загальної території України, її екологічного стану. Сьогодні внаслідок військових дій Росії понад 170 тисяч квадратних кілометрів території України забруднені мінами та боєприпасами, які не розірвалися. Окрім цього, стан екології суттєво погіршується щодня, коли агресором вчиняються акти воєнного

екоциду, що призводить до незворотних наслідків, посилення негативного впливу на людину та природне довкілля, деградаційних процесів та погіршення якості навколишнього середовища, спричинених наступними чинниками:

- через продукти згоряння вибухових речовин, влучання снарядів, особливо в зонах безпосередніх бойових дій відбувається забруднення ґрунтів;

- пожежі в лісах, містах, на підприємствах, паливно-мастильних складах – площі пожеж дуже збільшилися, відповідно, це впливає на забруднення повітря;

- забруднення вод, особливо критичною ситуація стала після підриву Каховської ГЕС

Стаття 13 Конституції України визначає, що «Земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією... Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки.»²¹¹

Стаття 50 Конституції України визначає «Кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди»²¹²

7 лютого 2019 року Верховною Радою України прийнято зміни до Конституції України, якими підтверджено європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного

²¹¹ Конституція України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

²¹² Конституція України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

курсу України²¹³, що зумовлює необхідність гармонізувати національне природоохоронне законодавство, враховуючи виклики сьогодення, стандарти екологічної безпеки господарської діяльності, адаптацію до західноєвропейських правових норм та розробку нових правових механізмів.

Отже, необхідність цілеспрямованого та ефективного вирішення екологічних проблем в Україні зумовлена як внутрішніми чинниками, так і зовнішніми факторами і міжнародними вимогами. Національне законодавство з питань охорони навколишнього середовища забезпечене комплексними і спеціалізованими актами природоохоронної діяльності. Проте, сьогодні, з актуалізацією військових злочинів, спрямованих на знищення екології, необхідним є створення правового механізму утвердження екологічної безпеки. Як і кожне складне явище, екологічні злочини не мають єдиного, загальноприйнятого, універсального визначення.

Окрім цього, особливо гостро сьогодні стоїть питання як законодавчого визначення та закріплення поняття «воєнний екоцид» як на національному, так і на міжнародному рівні, потребують наукового дослідження правниками, вивчення впливу воєнного екоциду на розвиток ринкової економіки, суспільства та держави, формування нової термінології та правової бази.

Як слушно зазначив А.П. Гетьман, «найважливішою задачею будь-якої науки є всебічне вивчення, а потім вираження в поняттях і наукових визначеннях свого предмету, будь-якого явища (предмету дослідження). Поняття та їх наукові визначення – це своєрідні згустки людського мислення, що увібрали до себе знання про предмет, його властивості та риси. Наукові визначення мають велике значення як для теорії, так і для правозастосовчої практики»²¹⁴

²¹³ Закон України Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 9, ст.50, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#Text>

²¹⁴ Гетьман А. П. Термінологія екологічного законодавства: методологічні засади та перспективи уніфікації. Вісник Академії правових наук України. 2003. № 2–3.

Поняття «екоцид» не є новим для науки і для законодавства, для правозастосовчої практики, проте, дослідження питань «воєнного екоциду» є відкритим.

Повномасштабне вторгнення росії в Україну сформувало нову реальність. Щодня відбуваються злочини проти українського народу та довкілля, порушення екосистеми проживання українців у результаті збройної агресії, мета якого політична – геноцид українського народу. Сьогодні ми можемо стверджувати, що ці два злочини є взаємодоповнюючими і екоцид є складовою компонентою геноциду.

Від початку вторгнення ми спостерігаємо тотальне, а в більшості випадків цілеспрямоване знищення українських природних ресурсів, екосистем, промислових та інфраструктурних об'єктів, що призвело до масового забруднення навколишнього середовища. Війна росії в Україні-це перший за останні 20 років міжнародний конфлікт із такою значною та непоправною шкодою довкіллю.

Напад росії слід сприймати як тривожний крок у формулюванні та перегляді міжнародних керівних принципів і рамок для пов'язування екологічної шкоди зі злочинами проти людства та нелюдськими діями. Саме тому питання екоциду набирає особливої актуальності в контексті російської агресії, оскільки будь-яка війна є «найбільшою загрозою людству та навколишньому середовищу». Через активні бойові дії порушується функціонування усіх екосистем, що негативно впливає і на стан природних ресурсів, і на можливість їх відтворення.

Отже, війна в Україні впливає не лише на продовольчу безпеку та має екологічні наслідки для всіх країн, а гостро ставить питання екологічної безпеки та спільного майбутнього. Вона не має локального характеру, коли йдеться про довкілля. Зокрема, втрата майже 30 відсотків орних земель загрожує голодом в країнах Африки та Китаю.

Воєнний екоцид вносить дестабілізацію в економічну сферу:

•**Збитки для промисловості:** Воєнні дії, що спричиняють забруднення повітря, води та ґрунту, завдають серйозних збитків промисловості. Забруднення спричиняє зупинку підприємств, обмеження виробничих можливостей та зниження якості продукції. Компанії зазнають втрат внаслідок зниження попиту, погіршення репутації та зменшення інвестицій

•**Руйнування та знищення інфраструктури:** Воєнні конфлікти спричиняють масштабне руйнування інфраструктури, такої як дороги, мости, енергетичні системи та комунікаційні мережі. Відновлення та ремонт інфраструктури вимагає значних фінансових витрат та ресурсів, що суттєво позначається на економіці країни. Знищення інфраструктури, такої як мости, дороги, енергетичні системи призводить до зупинки господарської діяльності, перерв у постачанні електроенергії, води та інших послуг, а також затримок у торгівлі та транспортуванні товарів.

•**Зниження туристичного потенціалу:** Воєнні конфлікти та екологічні збитки негативно впливають на туристичний сектор. Руйнування природних пам'яток, забруднення пляжів та морських вод знижують привабливість країни для туристів. Туризм, як важлива складова економіки, зазнає великих втрат через воєнний екоцид.

•**Збитки для сільського господарства:** Забруднення ґрунту та водних ресурсів має негативний вплив на сільське господарство. Втрати врожаю, зниження родючості ґрунтів.

Підрив Каховської ГЕС окупантами 6 червня, який взагалі ставить питання щодо можливості подальшого функціонування всіх меліоративних систем (і зруйнованих і вцілілих) півдня, для яких Каховське водосховище було джерелом водопостачання.

Очевидно, що ворог заклав проблемний камінь на перспективу для України. Адже на Лівобережжі знаходиться найбільша в Європі зрошувальна система, її повністю вивели з ладу, і відновлювати її буде дуже складно і дорого. За висновком ДУ "Українські гідромеліоративні системи", на Херсонщині зрошення буде неможливим протягом 2-3 років. "Підривом

Каховської ГЕС окупанти заподіяли значних прямих збитків українським територіям і опосередкованих, які проявлять себе з часом. Якщо говорити в контексті виключно сільського господарства, зокрема зрошувального землеробства, то зрошення буде неможливим в Херсонській області протягом 2-3 років. На Херсонщині налічується 426,8 тис. га зрошуваних земель, або 21,6 % від загальної площі сільгоспугідь, у тому числі від державних зрошувальних систем – 384,5 тис. га, місцевого зрошення – 42,3 тис. га. Знищена економіка всієї Херсонської області. Бо 70% економіки так чи інакше в нас пов'язані з сільським господарством, яке цілком залежало від меліорації, яка неможлива без достатнього рівня води в Каховському водосховищі.

Наслідки для аграрної галузі зараз важко визначити, однак на Херсонщині у рекордному сезоні 2021–2022 років виростили близько 4,5 млн т зернових і олійних культур. Згідно з попередніми оцінками, збитки від пошкодження зрошувальних систем становитимуть понад 10 млрд дол. США.

Саме такі цілеспрямовані акти агресора спонукають звернути увагу наукової спільноти та законодавців на формування нового поля досліджень, яке включатиме такі поняття як «воєнний екоцид», «шкода довкіллю, внаслідок воєнного екоциду», виплата репарацій.

Аналізуючи показники 2022 року, що формувались переважним чином в умовах повномасштабного вторгнення агресора, варто зауважити, що за 10 місяців 2022 року було зареєстровано 3704 злочини. Вочевидь, це не відповідає реальному стану речей, а відображає лише здатність правоохоронних та природоохоронних органів виявляти екологічні злочини, в яких, як відомо, здебільшого відсутні процесуально визнані потерпілі та велика частина яких учинені в умовах неочевидності, тобто довкілля – «мовчазна жертва війни». Актуальним і вагомим фактором об'єктивного характеру є практична неможливість надходження та реєстрації інформації щодо вчинених екологічних злочинів на окупованих територіях, що на

момент вчинення або ж дотепер фактично не підконтрольні українській владі.

Війна і йде пліч-о-пліч з екоцидом, історії відомі випадки здійснення екоциду, не пов'язаного з війною. Здійснення екоциду може бути пов'язано з господарською метою якогось суб'єкта або ж держави. Одним із яскравих прикладів є лісові пожежі. Так, у лісах Амазонії були спеціально підпалені місцевим населенням ліси з метою створення сільськогосподарських угідь і промислових комплексів на території цих лісів. З такою ж метою і в такий спосіб були підпалені ліси Сибіру.

Проте, особливої уваги потребують злочини, які характеризуються прямим умислом та заслуговують на притягнення до міжнародно-правової відповідальності за пошкодження промислових підприємств, що загрожує довкіллю та приводить до екологічної катастрофи, за створення різних видів зброї – фосфорних бомб, ракет зі збідненим ураном чи ядерної зброї, що може стати причиною екоциду. Хоча історія знає багато випадків екоциду, але вперше про міжнародно-правову відповідальність зайшла мова лише під час В'єтнамської війни. Причиною цього став масштаб екологічних злочинів, вчинених США в цій війні. Армією США були проведені масштабні хімічні атаки з метою ураження навколишнього середовища В'єтнаму, які потім назвали «тактика випаленої землі». Під час цих атак над джунглями Камбоджі та В'єтнаму, за неофіційними даними, було використано 96 тис т гербіцидів, серед яких 57 тис т містять речовину діоксин; офіційні дані наразі є під грифом «секретно». Використання такої кількості зброї призвело до висновку, що США здійснює випробування нового виду зброї масового ураження, а саме – зброї екоциду. Наслідком такого впливу для природи стало перетворення частини тропіків на савану та втрата родючості земель. Також не менш катастрофічними є наслідки для місцевого населення. У більшості жителів виникли гормональні розлади, були порушені процеси гормонів щитовидної та підшлункової залози, процеси статевого розвитку та розвитку плода, підвищився процент народження мертвих дітей та дітей з

вродженими хворобами. Незважаючи на те, що весь світ побачив такі наслідки, військовий екоцид продовжує існувати. Так, під час війни в Перській затоці було навмисно підірвано 1200 нафтових родовищ, баз і танкерів, що призвело до великої кількості викидів в ґрунти та Світовий океан. Також дуже поширеним є застосування у військових конфліктах фосфорних бомб. Факти їх використання були зафіксовані з боку американської армії під час бомбардування міст Іраку, на території військового конфлікту між Вірменією та Азербайджаном у Нагірному Карабасі та армією російської федерації на території України.

Загалом, військовий екоцид може мати довготривалий негативний вплив на економіку країни, яка стала жертвою воєнного конфлікту, та на світову економіку загалом через зменшення природних ресурсів та збільшення витрат на їх відновлення.

Воєнний екоцид має серйозний вплив на господарську діяльність як в рамках постраждалої країни, так і на міжнародному рівні. Ось деякі аспекти, які варто враховувати:

- Зниження виробництва: Воєнні дії та екологічні зрушення, спричинені воєнним екоцидом, можуть призвести до зниження виробництва в різних галузях економіки. Зруйновані інфраструктура, знищення та забруднення природних ресурсів, екологічні катастрофи - все це може значно скоротити потенціал виробництва та завадити розвитку господарства.

- Загроза життєздатності підприємств: Воєнний екоцид може створювати серйозні загрози для життєздатності підприємств. Збруднення водних джерел, зруйновані інфраструктура, втрата доступу до сировини та ринків - все це може суттєво ускладнити діяльність підприємств і навіть призвести до їхнього припинення. Знищення інфраструктури та промислових об'єктів, які виникають під час військового конфлікту, можуть значно знизити виробництво та обіг товарів, а також призвести до зниження доходів та збільшення безробіття

- Зростання витрат: Відновлення екосистем та інфраструктури після воєнного екоциду вимагає великих витрат. Країна, яка постраждала від конфлікту, повинна вкладати значні кошти у відновлення природних ресурсів, охорону навколишнього середовища та ліквідацію забруднення. Це може стати важким завданням, особливо для країн з обмеженими ресурсами та низьким рівнем економічного розвитку.

- Зменшення інвестицій: Воєнний екоцид створює невпевненість серед інвесторів і може зменшити їхню зацікавленість в інвестуванні

Водночас, забруднення довкілля може мати негативний вплив на сільське господарство та рибальство, які є основними джерелами продовольства в багатьох країнах. Забруднені ґрунти та води можуть вплинути на якість харчових продуктів, що призведе до зниження їх ринкової вартості та збільшення ризику захворювання населення.

Крім того, воєнний екоцид може привести до зменшення інвестицій та розвитку країни, особливо в тих галузях, які пов'язані з енергетикою та промисловістю, як наслідок - до зниження рівня життя населення та загрози стабільності держави.

Таким чином, воєнний екоцид має негативний вплив на господарську діяльність країни та призвести до зменшення економічного розвитку та зростання соціально-економічних проблем. Проте, незважаючи на важкість даного злочину, ні національне, ні міжнародне законодавство не містить визначення терміну «воєнний екоцид», а як наслідок-не має механізму притягнення до відповідальності та відшкодування завданих збитків. Міжнародна та національна системи права захисту довкілля не відповідають викликам, що створює війна росії проти України. Діючі норми права не забезпечують невідворотність покарання за злочини проти довкілля, мають ознаки юридичної невизначеності. Тож відшкодування шкоди, завданої воєнними діями довкіллю становить складну юридичну проблему. На жаль, саме ціною життів українців та їх благополуччя має формуватися нова

міжнародна та національна система захисту і відновлення екологічних прав, створення механізму відшкодування шкоди, завданої довкіллю.

Автори юридичної енциклопедії визначають екологічні злочини як передбачені кримінальним законом суспільно небезпечні винні діяння, що посягають на екологічну безпеку, тобто на об'єкти природи, раціональне використання та охорону яких забезпечують нормальні умови життєдіяльності людей і задоволення їхніх матеріальних потреб²¹⁵

У Міжнародній поліцейській енциклопедії: «Екологічні злочини (злочини проти довкілля) – передбачені кримінальним законодавством суспільно небезпечні діяння, що посягають на суспільні відносини у сфері охорони конституційного права громадян на безпечне довкілля, а також у сфері охорони, використання, збереження та відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання й усунення негативного впливу господарської та іншої діяльності людини на навколишнє природне середовище, збереження генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій»²¹⁶

Відповідно до українського кримінального законодавства, а саме, Розділу XX Кримінального кодексу України, екоцид віноситься до кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Так, ст. 441 Кримінального кодексу України визначає екоцид - “це масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу”, це особливо тяжкий злочин, що карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.²¹⁷

²¹⁵ Шемшученко Ю. С. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998.

²¹⁶ . Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Є. М. Моїсєєв, Ю. І. Римаренко, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко. Київ: Атіка, 2007. Т. 4: Кримінально-правові, кримінологічні та кримінально-виконавчі засади поліцейської діяльності. 968 с.

²¹⁷ Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n3028>

Попри існування кримінальної статті, тільки у 2022 році Офіс генерального прокурора вперше в історії України повідомив про підозру у вчиненні екоциду. Основною підставою для цього стали результати заходів контролю Держекоінспекції, проведені з 2015 по 2022 роки. 7 років знадобилося фахівцям, щоб створити доказову базу факту забруднення річок, що призвело до незворотних змін в екосистемі.

В Україні склад злочину «Екоцид» містить оцінювальні поняття, не пояснені чинним КК України, чи правовими позиціями Верховного Суду України, через що класифікувати конкретну шкоду довіллю як екоцид — дуже важко. Невизначеними є поняття «масове знищення рослинного або тваринного світу», та «отруєння атмосфери або водних ресурсів». Не існує також правових кількісних та якісних критеріїв за яким екосистеми можна вважати знищеними, що включають зокрема тривалість та площу впливу, кількість завданої шкоди.

Станом на червень 2022 року вироків у кримінальних справах за статтею «Екоцид» в Україні взагалі не існує. Тому оголошення першої підозри є таким важливим - у разі позитивного вироку суду це започаткує практику виявлення та покарання за екоцид.

Водночас, в європейському законодавстві такого злочину не існує. А на міжнародному рівні лише ведеться робота щодо окремого визнання «екоциду» кримінально карним діянням та включення його до Римського статуту.

Термін «екоцид» (від грецького слова οίκος — будинок і латинського caedo — вбиваю) за аналогією з геноцидом і етноцидом був запропонований в 1970 році американським професором і спеціалістом з біоетики Артуром Гальстоном на позначення навмисного знищення природи В'єтнаму під час війни. У 1963 році американські літаки розпорошили над територією В'єтнаму та Камбоджі понад 100 тисяч тонн хімікатів. Через це загинули два мільйони гектарів тропічних лісів і приблизно половина сільськогосподарських угідь. Вимерли дві третини біологічних видів —

наприклад, зі 160 видів птахів у заражених районах збереглися менше двадцяти.

На міжнародній арені термін «екоцид» вперше використав прем'єр-міністр Швеції Улоф Пальме на Конференції ООН із навколишнього середовища в Стокгольмі 1972 року, де він вимагав ухвалити міжнародний закон проти масового знищення екосистем.

Попри гучний заклик, який пролунав пів століття тому, в міжнародному кримінальному праві термін «екоцид» офіційно досі не застосовується. Злочин має назву «порушення заборони навмисного спричинення шкоди природному середовищу із великими, довгостроковими та серйозними наслідками». Він передбачений Конвенцією ООН «Про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище» 1976 року та I-й Додатковий протокол до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року, ухвалений у 1977 році. Право карати за цей злочин має Міжнародний кримінальний суд (МКС), що з 2002 року розглядає чотири міжнародні злочини — геноцид, злочини проти людяності, військові злочини і злочини агресії.

Так, відповідно до ч.2-3 ст.35 I-го Додаткового протоколу до Женевських конвенцій про захист жертв війни, «заборонено застосовувати зброю, снаряди, речовини й методи ведення воєнних дій, здатні завдати надмірних пошкоджень або надмірних страждань.

Заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної і серйозної шкоди природному середовищу.»²¹⁸

Ст .55 Додаткового протоколу передбачає «При веденні воєнних дій має бути виявлена турбота про захист природного середовища від широкої, довгочасної і серйозної шкоди. Такий захист включає заборону використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати або, як можна

²¹⁸ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), ст.35, від 8 червня 1977 року, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

очікувати, завдадуть такої шкоди природному середовищу й тим самим завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення.»²¹⁹

Відповідно до Конвенції про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище від 10 грудня 1976 р. тощо. Кожна держава-учасник цієї Конвенції зобов'язується не вдаватися до воєнного чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, які можуть викликати серйозні і довгострокові наслідки, зв'язані з руйнуванням, завданням збитків або шкоди іншій державі-учасниці (викликання порушень екологічного балансу певних районів тощо). Забороняється, крім того, подавати допомогу в здійсненні такого роду діяльності іншим країнам чи організаціям. Конвенція передбачає широкий обмін науковою і технічною інформацією про використання засобів впливу на природне середовище в мирних цілях, подання допомоги у сфері збереження і поліпшення навколишнього середовища. Якщо держава-учасниця конвенції має підстави вважати, що інша держава-учасниця порушує конвенцію, вона може подати скаргу до Ради Безпеки ООН, яка інформує державу-учасницю про результати розслідування. Учасники конвенції можуть вдаватися до послуг відповідних міжнародних організацій, консультуватися й співробітничати між собою тощо. Конвенція спрямована на запобігання появі нових засобів війни й активізацію міжнародного співробітництва у винайденні оптимальних форм взаємодії з навколишнім середовищем і розвитку заходів по охороні природи²²⁰

Ще одним договором, що має відношення до захисту елементів довкілля є Протокол III про заборону чи обмеження застосування запалювальної зброї до Конвенції про заборону або обмеження застосування конкретних видів

²¹⁹ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), ст. 55, від 8 червня 1977 року, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

²²⁰ Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище: Конвенція ООН від 10 грудня 1976 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_258

звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибірккову дію (1980 р).²²¹ Частина 4 статті 2 протоколу забороняє перетворювати ліси й інші види рослинного покриву в об'єкти нападу із застосуванням запалювальної зброї, за виключенням випадків, коли такі природні елементи використовується для того, щоб прикрити, приховати чи замаскувати військові об'єкти чи коли вони самі є воєнними об'єктами.

Адекватність правового регулювання охорони довкілля під час воєнних дій у вигляді вищезазначених двох міжнародних угод була піддана сумнівам під час війни в Перській затоці у 1990–1991 роках. Масове забруднення, викликане знищенням 600 нафтових свердловин збройними силами Іраку у Кувейті, було оцінене у 85 млрд. доларів та викликало занепокоєння на міжнародному рівні.²²²

В межах законодавства ЄС сформована досить цілісна система положень про відповідальність за шкоду, нанесену довкіллю. Саме вона лягла в основу екологічної політики ЄС. Директива Ради Європи 70/220/ЄЕС з питань зближення законодавств Держав-Членів ЄС, яка стосується заходів, що уживаються проти забруднення повітря вихлопними газами автотранспортних засобів, обладнаних двигунами з нагнітаючим запалюванням від 20 березня 1970 року хоч і не передбачає конкретних санкцій за порушення її положень, проте є одним з основоположних документів у сфері визначення екоциду як злочину та встановлення за нього відповідної міри відповідальності.

Директива ЄС 2004/35/ЄС Європейського Парламенту та Ради «Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію наслідків завданої навколишньому середовищу шкоди» від 21 квітня 2004 року не дає конкретного визначення поняття «відповідальність», проте, її суть

²²¹ Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибірккову дію, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text

²²² Protecting the environment during armed conflict. An inventory and analysis of international law, UNEP, 2009. с. 8

розкривається через сферу застосування, а також визначені нею елементи відповідальності, зокрема «відновлення», «витрати». Проте, незважаючи на види відповідальності, наявність умов - шкода чи неминуча загроза її настання-Директивою не передбачена відповідальність, якщо шкода або загроза її настання спричинена:

а) озброєним конфліктом, військовими діями, громадянською війною або повстанням;

б) неминучим та непоборним природним явищем надзвичайного характеру.²²³

Окрім цього, дана Директива не застосовується до ризиків ні до ядерної екологічної шкоди, ні до неминучої загрози такої шкоди, що можуть виникнути в результаті діяльності, що належить до сфери дії Договору про заснування Європейської Спільноти Атомної Енергії (994_027) або інциденту чи діяльності, відповідальність або відшкодування щодо яких належить до сфери застосування одного з наведених в Додатку V міжнародних документів, враховуючи будь-яку майбутню зміну цих документів.²²⁴

В контексті кримінально-правової охорони довкілля необхідно звернутися до Директиви 2008/99/ЄС.

Відповідно до Директиви ЄС 2008/99/ЄС одним із шляхів досягнення ефективної охорони довкілля є посилення покарання за екологічно шкідливу діяльність, яка заподіює або створює загрозу заподіяння шкоди безпосередньо повітрю, включаючи стратосферу, ґрунтам, водам, тваринному і рослинному світу. Діяння, які держави-члени ЄС повинні розглядати як кримінальні правопорушення закріплені у ст. 3 Директиву ЄС 2008/99/ЄС. Це, зокрема:

²²³ Директива 2004/35/ЄС Європейського Парламенту та Ради "Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію наслідків завданої навколишньому середовищу шкоди від 21 квітня 2004 року, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_965#Text

²²⁴ Директива 2004/35/ЄС Європейського Парламенту та Ради "Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію наслідків завданої навколишньому середовищу шкоди від 21 квітня 2004 року, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_965#Text

- діяння, що викликали або можуть викликати смерть людини, суттєву шкоду її здоров'ю або істотну шкоду якості повітря, ґрунту, води або захисту тваринного чи рослинного світу в результаті:

- викиду, емісії або введення речовини чи іонізуючого випромінення в/на повітря, ґрунт, воду, (п. «а»),

- небезпечного поводження з відходами (збирання, транспортування, утилізація, переробка, експорт/імпорт відходів) (п. «b»),

- експлуатації об'єктів підвищеної небезпеки (п. «d»),

- виробництва, переробки, використання, зберігання, перевезення, імпорт, експорт або захоронення ядерних матеріалів або інших небезпечних радіоактивних речовин (п. «e»);

- відвантаження відходів в розмірах, що порушують вимоги статті 2 (35) Регламенту ЄС № 1013/2006 Європейського парламенту і Ради від 14 червня 2006 3 року про транспортування відходів (п. «с»);

- вбивство, знищення, порушення природного стану, утримання, вилов, торгівля (як в цілому так і частинами чи продукцією) захищеними видами тваринного або рослинного світу, якщо це вчинено у значній кількості або значно впливає на охорону тваринного і рослинного світу (п. «f» і «g»);

- будь-яке діяння, яке істотно погіршує середовища існування захищених видів тваринного або рослинного світу (п. «h»);

- виробництво, імпорт, експорт, торгівля або використання озоноруйнуючих речовин (п. «i») ²²⁵

Проте, в даній Директиві не вказано про відповідальність за шкоду довкіллю внаслідок військових дій.

Важливість захисту природного середовища під час і після збройних конфліктів все більше визнається на світовій арені. Важливим джерелом міжнародного гуманітарного права є принципи, які можуть доповнювати різноманітні міжнародні документи, застосовуватися і тлумачитися в

²²⁵ Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Text with EEA relevance) - Режим доступу : <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0099:EN:HTML>

рішеннях міжнародних судів, тощо. Їхньою особливістю є застосування до всіх країн, на відміну від міжнародних конвенцій та протоколів, які є обов'язковими до застосування лише їхніми сторонами.

Попередні міжнародні гуманітарні правила надавали навколишньому середовищу обмежений захист у контексті міжнародних збройних конфліктів. Тому експерти Комісії міжнародного права почали розробку нових механізмів по захисту природи під час та після закінчення збройного конфлікту/війни.

Результатом цієї багаторічної праці став документ, який був ухвалений Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 2022 року, а саме 27 правових принципів захисту навколишнього середовища у зв'язку зі збройними конфліктами (PERAC – Principles of the environment in relation to armed conflicts).

Принципи PERAC відображають ряд важливих моментів. Наприклад, вони закликають уряди та міжнародні організації співпрацювати у проведенні «постконфліктної» оцінки та усунення шкоди навколишньому середовищу, включно з тими, де залишки війни ставлять під загрозу здоров'я населення та мають глибокий довгостроковий вплив на безпеку та засоби до існування людей.

Нові принципи є більш розширеними та охоплюють такі важливі теми, як права корінних народів, використання природних ресурсів, корпоративна поведінка в зонах конфлікту та наслідки війни в морських районах. Вони роблять це шляхом об'єднання елементів законодавства про навколишнє середовище, прав людини та безпеки, а також існуючої практики держав і міжнародних організацій. Нові принципи враховують більше аспектів довкілля, ніж це було раніше. Зокрема:

1. П. 12 говорить, що “У випадках, які не передбачені міжнародними угодами, довкілля все одно залишається під захистом та авторитетом принципів міжнародного права, що впливають зі сталих звичаїв, принципів гуманності та диктату громадської свідомості”;

2. П. 19 вказує, що “У відповідності зі своїми міжнародними зобов’язаннями держави не повинні вступати у воєнні або будь-які інші ворожі використання методів модифікації довкілля із довгостроковими, серйозними та поширюваними наслідками в якості засобів знищення, пошкодження або нанесення шкоди будь-якій іншій державі”;

3. П. 26 було додано для відновлення довкілля після збройних конфліктів: “Якщо у зв’язку зі збройним конфліктом джерело екологічної шкоди не встановлене або відшкодування шкоди недоступне, держави спонукаються вжити належних заходів для того, щоб шкода не залишилася невідшкодованою. Вони також можуть розглянути питання про створення спеціальних компенсаційних фондів або надання інших форм допомоги.”²²⁶

На сьогодні не існує уніфікованого міжнародного екологічного документа чи угоди, які б стосувалися обмеження впливу воєнних дій на довкілля чи питання відшкодування шкоди, завданої довкіллю під час збройної агресії. Численні міжнародні договори та угоди в сфері охорони довкілля та використання природних ресурсів у сфері відповідальності за шкоду довкіллю не містять «воєнних» статей. Окрім цього, вони не містять положень щодо можливості чи обов’язковості їхнього застосування під час воєнних дій. Лише біля 20 % конвенцій та угод у сфері навколишнього природного середовища, проаналізованих науковцями під егідою Програми ООН з навколишнього середовища (UNEP) для дослідження міжнародного права в сфері захисту довкілля під час воєнних дій, містили чіткі положення про незастосування їхніх положень під час збройних конфліктів²²⁷

Конвенція про захист Чорного моря від забруднення (1992) передбачає обов’язок вживати сторонами заходів щодо скорочення і запобігання таких забруднень Чорного моря: забруднення небезпечними речовинами і

²²⁶ International Law Commission Seventy-first session Geneva, 29 April–7 June and 8 July–9 August 2019 Protection of the environment in relation to armed conflicts Text and titles of the draft principles provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/153/11/PDF/G1915311.pdf?OpenElement>

²²⁷ Protecting the environment during armed conflict. An inventory and analysis of international law, UNEP, 2009. с. 34.

матеріалами, забруднення з джерел, що перебувають на суші, забруднення з суден, забруднення у надзвичайних ситуаціях, забруднення, викликане похованням, забруднення, викликане діяльністю на континентальному шельфі, забруднення з атмосфери або через неї, забруднення небезпечними відходами під час їхнього транскордонного переміщення, а також захист морських живих ресурсів від забруднень (ст. 6–14 Конвенції). Положення цієї конвенції також містять норму про імунітет військових кораблів та інших суден або літальних апаратів, що належать державі або експлуатуються нею та використовуються лише для урядової некомерційної служби (ст. 4). Втім наявність положень про такий імунітет не применшує важливість положень конвенції щодо попередження забруднення моря з інших джерел (не з суден чи літаків). Аналогічно до попередніх конвенцій відсутність прямої згадки про застосування чи незастосування конвенції в період воєнних дій не виключає необхідність дотримання положень конвенції щодо захисту довкілля Чорного моря під час збройного конфлікту²²⁸

На міжнародно-правовому рівні вперше термін «екоцид» було закріплено у 1991 р. у ст. 26 Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, де наголошувалось, що «людина, яка умисно заподіює або наказує заподіяти шкоди навколишньому середовищу, в разі визнання її винною повинна бути покарана». Таке формулювання хоч і непрямо, але все ж таки вказувало на екоцид. Однак, уже в 1995 р. після багатьох юридичних дискусій цю статтю було виключено, що в свою чергу унеможливило притягнення окремих суб'єктів до міжнародно-правової відповідальності саме за статтею екоциду. Наступною спробою стала міжнародна криміналізація цього злочину в Римському статуті міжнародного кримінального суду в 2002 р., проте в ньому він закріплюється не окремим складом, а в контексті військових злочинів і збройних конфліктів, або ж злочинів проти людяності, що

²²⁸ Конвенція про захист Чорного моря від забруднення, Конвенцію ратифіковано Постановою ВР N 3939-ХІІ (3939-12) від 04.02.94, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_065#Text

передбачає руйнування природного середовища шляхом вчинення масових атак проти населення того чи іншого регіону.

Наразі у 5 статті Римського статуту прописано лише 4 злочини: злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочини агресії. Шкода довкіллю належить до воєнних злочинів, однак формулювання, подане у статті 8- iv) умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою²²⁹ - не має чіткої правової визначеності та складне для доведення у суді.

Зазначимо, що у 2016 році прокурор Міжнародного кримінального суду оприлюднив програмний документ щодо відбору та пріоритетності справ. У цьому документі зазначалося, що «Бюро приділятиме особливу увагу судовому переслідуванню злочинів Римського статуту, які вчиняються за допомогою або призводять до, зокрема, руйнування навколишнього середовища, незаконної експлуатації природних ресурсів або незаконного позбавлення землі» (пункт 41) ²³⁰.

Окремо відзначимо спроби Вануату та Мальдів у 2019 році закликати до розгляду можливості додавання злочину «екоцид» до Римського статуту на 18-му засіданні Асамблеї держав-учасниць Комісії. Додамо, що у 2020 році аналогічну спробу вчинила Бельгія. Варто відмітити і події 2021 року, коли група лідерів корінних народів Бразилії звернулася до Гааги щодо політики президента країни, які призводять до знищення лісів та підривають основу для існування корінних народів ²³¹.

²²⁹ Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text

²³⁰ End Ecocide on Earth. URL: <https://www.endecocide.org/en/who-we-are-2> (дата звернення: 01.01.2023)

²³¹ David Zierler Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment. URL :<http://ewa.home.amu.edu.pl/Zierler,%20The%20Invention%20of%20Ecocide-Introduction.pdf> (дата звернення: 01.01.2023)

Відзначимо, що міжнародне занепокоєння щодо зміни клімату також стимулює держави переглянути своє кримінальне законодавство. Так, намір криміналізувати злочин екоциду висловив сенатор Мексиканського конгресу у 2021 році, зазначивши, що за умови внесення відповідних змін до федерального кримінального закону, Мексика стане першою латиноамериканською країною, яка визнає злочин екоциду на національному рівні, а також підтримує ініціативу щодо включення злочину екоциду до Римського статуту²³²

5 січня 2023 року було прийнято довгоочікувану Резолюцію Парламентської асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЄ) «Вплив збройних конфліктів на довкілля». У Резолюції, зокрема, наголошено на необхідності кодифікації поняття “екоцид”, як на національному, так і на міжнародному рівні. ПАРЄ висловила рішучу підтримку зусиль щодо внесення змін до Римського статуту МКС шляхом доповнення його новим злочином - екоцидом. Відповідно до прийнятого тексту Резолюції, необхідно внести зміни до Римського статуту МКС і включити у його текст екоцид, що виступатиме окремим видом злочину. У Резолюції проголошено, що держави-члени зобов'язані здійснити усі необхідні заходи із заборони використання забороненої зброї під час збройних конфліктів. Варто наголосити, що така зброя непропорційно впливає на довкілля, завдаючи йому значної шкоди, а також, робить неможливим життя людей в зоні ведення бойових дій²³³

У цілому, воєнний екоцид має довготривалий негативний вплив на економіку країни, яка стала жертвою воєнного конфлікту, та на світову економіку загалом через зменшення природних ресурсів та збільшення витрат на їх відновлення.

²³² . Ecocidelaw. URL: <https://ecocidelaw.com/existing-ecocide-laws> (дата звернення: 01.01.2023)

²³³ Вплив збройних конфліктів на довкілля. Нова довгоочікувана резолюція ПАРЄ. URL: <http://epi.org.ua/announces/pryjnyattya-parye-rezolyutsiyi-vplyv-zbrojnyh-konfliktiv-na-dovkillya/> (дата звернення: 29.06.2023)

Існуючі інституції нечасто є придатними для притягнення до відповідальності за воєнні злочини, тому історично для таких цілей створювалися спеціальні міжнародні органи.

Наприклад, Компенсаційна комісія ООН успішно розглядала позови та надавала компенсацію збитків, завданих внаслідок вторгнення Іраку в Кувейт у 1990-1991 роках; Незалежний слідчий механізм М'янми був створений у 2018 році для збору доказів найсерйозніших порушень міжнародного права та підготовки справ до кримінального розгляду.

Подібні міжнародні органи мають бути створені і щодо України з метою забезпечення кримінальної відповідальності.

Варто звернути увагу, що значущою перевагою нових підходів до розуміння «екоциду» є розширення міжнародної відповідальності за екологічну шкоду навколишньому середовищу.

Володимир Зеленський на саміті «Групи двадцяти», тобто G20, виступив із презентацією Плану досягнення миру з 10 кроків. І одним з важливих пунктів є восьмий щодо екоциду та потреби негайного захисту природи. Президент зазначає наступне: «Ми також повинні знайти спільні відповіді на всі екологічні загрози, створені війною. Без цього повернення до нормального, стабільного життя не буде, а відгомін війни залишиться надовго – у вибухах мін, які заберуть життя дітей і дорослих, у забрудненні води, ґрунту, і атмосфера... Це не лише українська проблема. Це виклик для всього світу»²³⁴

Необхідно звернути увагу, що поняття «екоцид» має тривалий історичний процес формування, а становлення його як злочину проти людства має витoki з документів, які регламентують правила ведення збройних конфліктів. Проте, сьогодення потребує нових підходів. Тому, вбачається за необхідне введення в правове поле та закріплення на нормативному рівні поняття **«воєнний екоцид» - масове знищення**

²³⁴ Офіційне інтернет-представництво Президента України. URL: <https://www.president.gov.ua> (дата звернення: 01.01.2023)

рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу, знищення природного середовища та природних ресурсів, яке відбувається під час воєнних конфліктів або через військову діяльність; розробка механізму репарацій за воєнний екоцид, повоєнного відновлення через чисте та безпечне довкілля шляхом розроблення необхідної правової бази у галузі охорони довкілля, ядерної та хімічної безпеки, клімату та сталого природокористування, відповідно до законодавства ЄС.

Також, варто зазначити, що на світовому рівні сфокусовано увагу на проблемах охорони довкілля та захисті екологічних прав. Необхідно звернути увагу на закріплення екологічних прав людини в міжнародних договорах є Конвенція Європейської Економічної Комісії ООН «Про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля», прийнята 25 червня 1998 року в м. Орґусі (Данія) (Оргуська Конвенція), яка визначила три основних види екологічних прав, що розглядаються як важливі чинники у становленні демократії:

- 1) доступ громадськості до екологічної інформації;
- 2) участь громадськості у процесі прийняття рішень з питань, що стосуються довкілля;
- 3) доступ громадськості до правосуддя з питань, що стосуються довкілля.

Як відзначив Генеральний секретар ООН Пан Гі Мун: «Оргуська конвенція забезпечує подвійний захист екологічних прав і прав людини та її акцент на залучення громадськості забезпечує механізм, що гарантує підзвітність урядів у зв'язку з докладеними ними зусиллями з подолання багатопланових викликів, якими стикається наш сьогоdnішній світ, включаючи зміну клімату, втрату біорізноманіття, необхідність скорочення

масштабів злиднів, зростаючих потреб енергії, стрімку урбанізацію та забруднення повітря та води»²³⁵

В Україні є нагальною потреба кодифікації екологічного законодавства з урахуванням викликів сьогодення.

²³⁵ Європейська Економічна Комісія Організації Об'єднаних Націй Орхуська конвенція: керівництво по здійсненню URL: <https://unece.org/environment-policy/publications/aarhus-conventionimplementation-guide-second-edition>

*Андрущенко Лілія Вікторівна,
кандидат юридичних наук, доцент, старший
науковий співробітник Науково-дослідного
інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України*

СТРАХУВАННЯ У СФЕРІ ІНВЕСТИЦІЙНО-ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ : МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Світові тенденції глобалізації, швидкого технічного та технологічного підйому виробництва, зростання темпів розвитку національних ринків і, як наслідок, посилення конкурентної боротьби ставлять високі вимоги до діяльності суб'єктів господарювання.

Розвиток світових інтеграційних процесів, а також ускладнення міжнародних господарських зв'язків, потребують постійного вдосконалення правової регламентації страхових відносин відповідно до міжнародних норм та стандартів. Як результат, триває постійний процес розвитку та вдосконалення вітчизняної нормативноправової бази, що регулює страхову діяльність. В умовах сучасного державотворення страхування є важливим та необхідним видом діяльності, який забезпечує загальну економічну стабільність, розвиток усіх сфер господарювання, ефективний захист від численних природних, техногенних та інших ризиків, реалізацію державної соціальної політики. Повноцінний розвиток страхового ринку дає помітний імпульс росту національної економіки, оскільки страхування сприяє ефективному способу перерозподілу фінансових ресурсів як на території держави, так і за її межами.

Зміни, які відбуваються у суспільстві та стратегічний курс нашої держави на інтеграцію до Європейського Союзу, стають визначальним фактором економіко-правових перетворень в Україні, у тому числі у питаннях подальшого розвитку інституту страхування. Проблема державно-

правового регулювання страхування у сфері інвестиційно-інноваційної діяльності – одна з найбільш актуальних у теорії та практиці сучасного вітчизняного страхування. Важливість її дослідження пов'язана з тим, що ця система дотепер остаточно не сформувалася: змінюється стан страхового ринку, постійно вдосконалюється нормативно-правова база страхування, зазнає змін діяльність органів державного регулювання страхового ринку.

У процесі формування інноваційно інвестиційної політики необхідно формувати систему забезпечення інвестицій, яка включає обов'язкові організаційні, економічні та фінансові механізми, що впливають на підвищення якості реалізації проекту та посилення контролю за фінансовими потоками, а також заходи попередження, подолання ризикових ситуацій, що виникають, та відшкодування збитків від виникнення несприятливих подій. Страхування посідає важливе місце в системі управління інноваційно-інвестиційними ризиками.

Роль страхування особливо важлива в контексті економічних реформ, оскільки воно стимулює розвиток ринкових відносин і ділової активності, поліпшує інвестиційний клімат. У зв'язку з цим можна зробити висновок: ступінь розвитку страхового ринку свідчить про рівень економічного зростання країни.

Сьогодні в умовах військової агресії це питання є особливо актуальним. Хоча інтерес до України серед інвесторів є високим, але й ризики інвестування під час війни високі, тож необхідною передумовою для залучення коштів в умовах війни є їхнє страхування. Страхування воєнних ризиків і надання інвестиційних гарантій можуть пожвавити активність інвесторів, збільшити їхню впевненість та зацікавленість вкладати в нашу країну.

Розробка та ефективне впровадження нових механізмів допоможе залучити приватні інвестиції навіть в умовах невизначеності. Приватні інвестиції можуть стати рушієм відбудови нашої країни, яка потребуватиме чималих коштів. Згідно з оцінкою Світового банку потреби України у

відновленні нині становлять \$411 мільярдів, з яких \$14 мільярдів потрібні були на негайну відбудову у поточному році. За даними дослідження Міжнародної фінансової корпорації щодо ролі приватного сектору у процесі відновлення, близько \$70 мільярдів із \$411 мільярдів потрібних може згенерувати приватний сектор без суттєвого прогресу у реформах і майже \$140 мільярдів за умови успішного проведення реформ. До того ж відновлення деяких секторів може бути повністю покрито приватними коштами (ритейл, майже повністю агросектор).

Ми бачимо, що держава спрямовує значні зусилля для адвокації інструментів страхування воєнних ризиків в Україні на рівні урядів країн і таких організацій, як, наприклад, Багатостороннє агентство з гарантій інвестицій (MIGA) групи Світового банку.²³⁶

На міжнародній арені є чимало програм страхування воєнних ризиків, але це переважно механізми окремих держав для підтримки своїх підприємців. Тож закордонні компанії, які працюють в Україні чи з українськими партнерами, мають певні інструменти захисту інвестицій. Але вітчизняний бізнес користуватися такими програмами не може. Відповідно нашій державі необхідно створити власний механізм страхування інвестицій – це поживить економічну активність і стимулюватиме процес відбудови.

Європейський комітет зі страхування є керівником і координатором страхової діяльності в усіх країнах ЄС. У ньому представлені всі національні союзи й асоціації страховиків. Основними принципами формування страхового ринку в країнах ЄС є:

- вільне розповсюдження страхового продукту в рамках співтовариства для будь-якого його члена без обов'язкового відкриття філій;
- вільне створення філій всередині країн-членів співтовариства для будь-якого його члена;
- чесна конкуренція на добросовісних і рівних умовах.

²³⁶ Анна Дерев'янка, Європейська Бізнес Асоціація: Страхування воєнних ризиків – досвід України та інших країн, Commercial Property №4(232-233) жовтень-листопад 2023.

Протягом двох десятиліть в ЄС розроблялися єдині норми, які мали однаковий зміст, значення і застосування на території країн-учасниць. У 1973 р. зі страхування іншого, ніж страхування життя, була прийнята Директива ЄС, а в 1979 р. – Директива ЄС зі страхування життя. Вони вперше заклали основи єдиного страхового простору в Європі. Вказані Директиви вважаються Директивами першого покоління та передбачають:

- формування єдиного понятійного інструментарію;
- поділ страхових товариств на товариства, що здійснюють страхування життя, і товариства, які проводять страхування інше, ніж страхування життя;
- єдину класифікацію видів страхової діяльності;
- єдині правила щодо порядку створення страхових організацій, формування страхових резервів²³⁷

Згідно з директивою 73/239/ЄЕС від 24.07.1973 кожна страхова організація повинна мати:

- технічні резерви (Technical Reserves), що відповідають взятим за договорами зобов'язанням. Обсяг цих резервів і правила їх розміщення визначаються країною-учасницею самостійно;

– необхідний резерв (маржу) платоспроможності (Required Solvency Margin – RSM) як додаткову фінансову гарантію. Резерв має бути вільним від будь-яких зобов'язань. У директиві наголошено, що необхідно передбачити, щоб цей резерв відповідав загальному обсягу операцій підприємства і визначався згідно з двома індексами надійності, що ґрунтуються, в одному випадку, на преміях, що надійшли, у другому- на страхових виплатах;

– мінімальний гарантійний фонд (Minimum Guarantee Fund – MGF), що складається з вільного від зобов'язань майна в обсязі до 1/3 резерву платоспроможності. Резерв платоспроможності RSM у процесі діяльності не

²³⁷ Роїк Г. А. Вимоги Міжнародної асоціації органів нагляду за страхуванням: Стандарти нагляду щодо ліцензування / Г. А. Роїк // Страхова справа. – 2002. – № 1. – С. 69-72.

може бути нижчим за MGF. Цей фонд необхідний для того, щоб страхові організації з моменту створення мали у своєму розпорядженні достатні кошти.

Крім того, відповідно до національних законодавств страхові організації до початку діяльності повинні мати у своєму розпорядженні сплачену частину статутного капіталу, в деяких країнах – фонд на організаційні витрати, а в процесі діяльності – звичайні резерви (які формуються разом з технічними). У сукупності зазначені фонди є фінансовими гарантіями платоспроможності та надійності страховика²³⁸

Директиви другого покоління в галузі страхування прийняті відповідно у 1988 р. (зі страхування іншого, ніж страхування життя), і в 1990 р. – зі страхування життя. В них зазначалися єдині принципи оцінки фінансового стану страхових організацій шляхом введення єдиної одиниці розрахунку (екю), встановлювали правила щодо дії угоди страхування.

Директиви третього покоління, прийняті в 1992 р., завершили процес створення основ правового регулювання єдиного страхового простору, передбачивши вільне надання страхових послуг страховиками²³⁹.

Нині основною директивою є директива 73/239/ЕЕС, 76/267/ЕЕС, яка належить до особистого і неособистого страхування. Всі інші директиви базуються на ній. Ця директива встановлює групи правил, які рекомендуються всім країнам-учасникам ЄС:

- єдині правила з фінансових гарантій;
- єдине групування класів страхування;
- єдині правила ліцензування, зокрема ліцензії видаються для страховиків країн-членів ЄС відповідно до прийнятої класифікації видів страхування;

²³⁸ First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance // Official Journal. – 1973. – L 228. – P. 3–19.

²³⁹ Ротова Т. А. Страхування : [навч. посіб.] / Ротова Т. А. - К. : КНТЕУ, 2006. – 400 с.

– правила, що визначають відповідальність національних органів нагляду за регулюванням страхової діяльності. Ці правила передбачають поділ відповідальності між двома групами країн – країн, де випускається страховий продукт, і країн, де просувається страховий продукт. Для країн, на території яких знаходиться головна страхова організація, передбачена відповідальність органів нагляду за платоспроможність головної компанії по всій її діяльності. Для країн, які здійснюють просування страхових послуг, передбачена відповідальність органів нагляду за регулювання технічних резервів і активів.

Другою директивою ЄС передбачено введення вільного просування страхових продуктів на території інших країн-членів ЄС. До прийняття такої директиви існували певні обмеження щодо вільного просування страхових продуктів, зокрема певні обмеження існували для просування страхових продуктів, пов'язаних із невеликим ризиком.

Третьою директивою ЄС передбачені такі правила:

- правило про передачу, розповсюдження страхового портфеля та окремих страхових ризиків;
- правило єдиної ліцензії: ліцензія, видана одною з країн членів ЄС, чинна для всіх країн ЄС;
- правило, згідно з яким органи нагляду мають право вимагати відповідну інформацію від страховика тільки у випадку наявних порушень;
- правило дотримання принципу високої якості пропонованих страхових послуг;
- правило щодо координації технічних резервів;
- правило про якість і зміст інформації, яка надається страхувальнику з особистого страхування²⁴⁰.

²⁴⁰ Директива Ради 92/49/ЄЕС "Щодо узгодження законів, підзаконних та адміністративних положень, які стосуються прямого страхування, іншого, ніж страхування життя, та про внесення змін до Директив 73/239/ЄЕС і 88/357/ЄЕС (третья Директива, яка стосується страхування, іншого, ніж страхування життя) від 18 червня 1992 року

Існує спеціальна директива з кредитного страхування і страхування відповідальності позичальника за непогашення кредиту²⁴¹.

Особлива увага у директивах ЄС приділяється організації страхового нагляду. Встановленими вимогами до національних органів нагляду за страховою діяльністю є:

- здійснення нагляду за фінансовою діяльністю страхових компаній, у першу чергу нагляд за платоспроможністю і розміщенням активів страхових організацій;

- розробка надійних адміністративних процедур контролю діяльності страховиків, а також механізмів внутрішнього контролю, які відповідають типу страхової компанії.

Центральним питанням органу страхового нагляду є аналіз платоспроможності, який включає в себе оцінку ризиків, пов'язаних із активами; аналіз актуарного ризику; аналіз співвідношення активів із прийнятими зобов'язаннями; аналіз ефективності і прибутковості.

Важливим на страховому ринку ЄС є введення правил єдиної ліцензії:

- використання єдиних організаційно-правових форм для створення страхових компаній;

- обмеження на вид діяльності;

- обов'язковість надання схеми страхових операцій;

- обов'язковість наявності гарантійного фонду;

- наявність кваліфікованого і чесного управління страховою компанією;

- доброспорядність і чесність власників і членів компанії²⁴²

Окрема увага приділяється регулюванню процесів страхування та перестрахування. Так, визначається наступне:

- Початок страхової діяльності

²⁴¹ Директива 2006/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради про започаткування та здійснення діяльності кредитних установ (виправлене видання), https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_862#Text

²⁴² Директива 98/78/ЄС Європейського Парламенту та Ради "Щодо додаткового нагляду за страховими компаніями в страховій групі" від 27 жовтня 1998 року, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_292#Text

- Принципи ліцензування
- Сфера дії ліцензії. Ліцензія діє на території всього Співтовариства. Вона дозволяє страховим і перестраховальним організаціям здійснювати свою діяльність згідно з правом на здійснення підприємницької діяльності та свободою надання послуг

- Додаткові ризики
- Правова форма страхових і перестраховальних організацій, зокрема, визначено, що Держави-члени можуть засновувати організації у формі, що регулюється суспільним правом у випадках, коли такі органи мають на меті здійснення страхових і перестраховальних операцій згідно з умовами, що є рівнозначними до умов, згідно з якими працюють організації за приватним правом

- Умови отримання ліцензії
- Умови страхового полісу та розмір премій
- Головні офіси страхових і перестраховальних організацій Держави-члени вимагають, щоб головні офіси страхових і перестраховальних організацій розташовувались у тій же країні-члені, де зареєстровано їхні офіси

- Визначено Загальні принципи нагляду. В основі нагляду лежить перспективний ризикоорієнтований підхід. Він включає в себе регулярну перевірку належного функціонування страхового чи перестраховального бізнесу та дотримання встановлених правил страховими і перестраховальними організаціями.²⁴³

Варто звернути увагу, функціонування страхового ринку країн ЄС регулюється спеціальними документами-директивами, в яких визначаються правила здійснення страхової діяльності, організація страхового нагляду і основні принципи.

²⁴³ ДИРЕКТИВА 2009/138/ЄС ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПАРЛАМЕНТУ ТА РАДИ від 25 листопада 2009 року про початок і ведення діяльності у сфері страхування і перестраховування (Платоспроможність II) (перероблений варіант), <https://nasu.com.ua/wp-content/uploads/2018-.pdf>

У світовій практиці страхування посилюються дві тенденції: спеціалізація та універсалізація діяльності страховиків. Спеціалізація безпосередньо пов'язана з суспільним поділом праці: відповідний процес стає об'єктивно необхідним і у страховій справі. Поряд зі спеціалізацією страховиків посилюються тенденції до універсалізації їхньої діяльності²⁴⁴

У світі, у тому числі і в країнах ЄС, виділяють такі основні моделі страхового нагляду:

- самостійний орган державної виконавчої влади (Португалія, Німеччина, Франція);
- орган нагляду як підрозділ більшого органу виконавчої влади (Україна, Великобританія);
- орган державної влади, що виконує інші наглядові функції (Південно-Африканська республіка, Україна до 1917 р.).

У Великобританії функції страхового нагляду виконує з 1988 р. Державне казначейство, в Австрії – Міністерство фінансів, у Франції – Комісія з контролю за страхуванням; в Італії – Державний інститут контролю за діяльністю страхових компаній; у Нідерландах – Палата страхових справ; у Латвії – Державна Страхова Інспекція.

У США існує Національна Асоціація страхових комісарів (далі – NAIC), яка об'єднує страхові нагляди кожного із штатів США. Існує також Асоціація Страхових Наглядових Організацій Латинської Америки (далі – ASSAL), діяльність якої розпочиналась із одноразових зустрічей, а зараз відбуваються регулярні ґрунтовні річні засідання.

Страхування в США отримало досить значний розвиток, що пов'язано з необхідністю зниження економічних ризиків через залежність виробництва від різних факторів і виникнення стихійних лих. Страхування здійснюють приватні страхові компанії, страхові кооперативи, уряд.

²⁴⁴ Залетов О. М. Страхове право як обов'язків предмет при підготовці фахівців із страхування / О. М. Залетов // Вісник ТАНГ. – 2002. – № 15. – С. 133–138.

Разом з тим, у США не існує єдиної для держави системи страхування. Кожний штат має власне страхове законодавство. При цьому, страхові організації мають широкі повноваження в розробці власної страхової політики, визначенні розмірів платежів, практики їх відрахування і відшкодування збитків, що є специфічною особливістю американського страхового ринку²⁴⁵.

Останнім часом страхова система зазнала значних змін у всьому світі під впливом глобалізації, дерегуляції та технологічного прогресу. Ці зміни призвели до необхідності узгодження та гармонізації в регулюванні і породили дискусію щодо відповідності наглядових структур політичним та економічним принципам. Тому структура нагляду стала основним питанням політичних дебатів у світовій спільноті. У сучасних умовах переважна більшість країн переходить до моделі єдиного регулювання та нагляду фінансової системи, яка передбачає концентрацію всіх наглядових функцій в одному органі нагляду. Модель мегарегулятора найчастіше використовується країнами ЄС і передбачає єдиний нагляд за фінансовим сектором центральним банком країни (Ірландія, Ісландія, Словаччина, Чехія) або відокремленою від центрального банку наглядовою установою (Австрія, Данія, Естонія, Латвія, Ліхтенштейн, Мальта, Німеччина, Норвегія, Польща, Фінляндія, Швеція).

Починаючи з 2020 року Україна є користувачем моделі мегарегулятора в особі Національного банку України. До основних причин запровадження нагляду на основі моделі мегарегулятора зачислимо: зростання ролі небанківських фінансових установ в економіці, їх взаємодію з банками; домінування пакетних фінансових послуг; появу фінансових конгломератів; інтеграцію міжнародних та європейських фінансових ринків. Власне, НБУ закладає законодавчі підвалини формування платоспроможної,

²⁴⁵ Штефюк П. Л. Посередництво на ринку страхових послуг: аспекти діяльності / П. Л. Штефюк // Україна-BUSINESS. – 2000. – № 12. – С. 42-45.

конкурентоспроможної страхової системи в Україні з посиленням захистом прав споживачів страхових послуг²⁴⁶

Регулювання та нагляд Департаменту фінансового нагляду Данії (FSA) організовано на основі міркувань суттєвості. Підвищений ризик може бути пов'язаний, наприклад, із технічно складним регулюванням, загальним досвідом порушень або новими правилами, для яких часто є певний період щодо впровадження у страхових компаніях. У сферах, де потенційні ризики вважаються відносно низькими, FSA може використовувати менш ефективні, але ресурсомісткі інструменти нагляду – вибіркові перевірки. Якщо ризик шкідливих наслідків вважається дуже низьким, FSA може не здійснювати регулярний нагляд за цією сферою діяльності, а покладатися на звіти та іншу офіційну інформацію. У центрі уваги нагляду за страховою системою у Естонії є аналіз ризиків суб'єктів страхової системи, підтримання страхових послуг прозорими, надійними та ефективними. Метою страхового нагляду Управління фінансового нагляду Естонії (Estonian Financial Supervision Authority, EFSA) є забезпечення стабільності та якості обслуговування страхових компаній, підтримка надійності страхової системи Естонії, сприяння підвищенню ефективності страхового сектору шляхом зниження системних ризиків та запобігання зловживанням страховою системою у злочинних цілях. З 2015 року Управління фінансового нагляду є також органом з врегулювання криз в Естонії, яке працює разом з Eesti Pank (Bank of Estonia) в Європейській раді системних ризиків (European Systemic Risk Board, ESRB)²⁴⁷

У країнах ЄС функціонує Комітет зі страхування – єдиний виконавчий орган у межах органів управління ЄС.

²⁴⁶ Войтович Л.М Європейський досвід державного регулювання страхової системи та можливості його впровадження в УКРАЇНІ, Вчені записки Університету «КРОК» №3 (63), 2021, <https://snku.krok.edu.ua/index.php/vcheni-zapiski-universitetu-krok/article/view/430/458>

²⁴⁷ Войтович Л.М Європейський досвід державного регулювання страхової системи та можливості його впровадження в УКРАЇНІ, Вчені записки Університету «КРОК» №3 (63), 2021, <https://snku.krok.edu.ua/index.php/vcheni-zapiski-universitetu-krok/article/view/430/458>

У 1995 р. було створено постійно діючу Нараду органів страхових наглядів країн СНД, головною метою якої є регулярний обмін інформацією про зміни в національному страховому законодавстві і в принципах регулювання діяльності страхових компаній.

Міжнародна Асоціація Страхових Наглядів (IAIS) – перша глобальна організація страхових наглядів, члени якої обмінюються інформацією про компанії, що працюють під їх юрисдикцією. Учасниками Асоціації є:

- члени, що підписали Статут – страхові нагляди, що є засновниками Асоціації 16 червня 1994 р.;
- члени – страхові нагляди, інші, ніж ті, що підписали Статут;
- наглядачі, якими можуть бути міжнародні, регіональні, керівні чи державні організації, які здійснюють діяльність, пов’язану зі страхуванням чи страховим наглядом.

Основним завданням Міжнародної Асоціації Страхових наглядів є обмін думками між наглядовими органами з питань регулювання страхової діяльності на території різних країн, створення прозорості і відкритості у такому обміні.²⁴⁸

Виходячи з Основних принципів страхування, ефективна система нагляду за страхуванням потребує наявності ряду зовнішніх елементів, або передумов, на які вона може покладатись, оскільки ці передумови безпосередньо впливають на практичне здійснення нагляду. До цих передумов належать:

- раціональна і надійна політика в галузях макроекономіки та фінансового сектора;
- добре розвинута державна інфраструктура;
- ефективна ринкова дисципліна на фінансових ринках;
- наявність механізмів для забезпечення відповідного рівня захисту (або засобів громадської безпеки); а також

²⁴⁸ Міжнародна асоціація страхових наглядів (MACH), Основні принципи страхування, 2015, <https://nasu.com.ua/wp-content/uploads/2018.pdf>

- ефективні фінансові ринки.

Для забезпечення функціонування справедливого, безпечного і стабільного сектора страхування необхідне існування раціонально організованої системи регулювання та нагляду, яка б захищала інтереси держателів полісів, бенефіціарів та пред'явників претензій (які в цьому документі спільно позначаються терміном "держателі полісів"), а також підтримувала стабільність фінансової системи.

Таким чином, метою страхового нагляду є повний захист інтересів страхувальників. У всіх країнах з ринковою економікою страховий нагляд здійснюється як спеціально створеними державними органами, так і органами державної влади, що виконують інші наглядові функції. У деяких країнах нагляд здійснюється не лише за страховою компанією, але і за послугами, що пропонуються нею²⁴⁹.

Основні підходи до страхування в європейських країнах зводяться до його значної ролі у різних сферах виробництва та фінансово-кредитної системи.

Страхові системи різних держав не функціонують незалежно одна від одної, а перебувають у постійному взаємозв'язку та взаємодії. Проникнення капіталу з-за кордону та здійснення іноземного інвестування на вітчизняному страховому ринку, тісно пов'язані з розвитком світової економіки, міжнародних відносин щодо формування спільних стандартів страхового регулювання та транскордонного ринку страхових послуг.

Одним із основних принципів міжнародного ринку страхування є принцип державного гарантування стабільності рівня виплат. При обов'язковому страхуванні обумовлюється мінімальний рівень виплат, прийнятий у світовій практиці. Міжнародні нормативні акти проголошують рівноправність видів та форм страхування, дозволяючи працівникам самим визначати ступінь необхідності соціального захисту. Вони створюють

²⁴⁹ Фурман В. М. Страхування : теоретичні засади та стратегія розвитку : [Монографія] / В. М. Фурман. — К. : КНЕУ, 2005. — 296 с.

необхідні правові та організаційні можливості для максимальної зацікавленості широкого кола осіб, забезпечуючи рівність усіх застрахованих щодо фінансування витрат та набуття прав і гарантій. На відміну від соціального страхування соціальна допомога надається не “за правом”, а “на розсуд” відповідних органів. Вона охоплює окремі види забезпечення, які неможливо здійснити за принципами страхування [197, с. 18].

Проте, незважаючи на те, що правовідносини в кожній державі регулюються залежно від системи джерел, яка склалась, для більшості страхових компаній світу характерні спільні ознаки - вони прагнуть функціонувати за загальноприйнятими законами. Тенденція до інтеграції страхової діяльності та зрощення капіталу призвела до утворення страхових корпорацій та конгломератів, що мають свої банки, інвестують кошти практично в усі галузі народного господарства. За сучасних умов ряд страхових компаній світу мають філії за кордоном, утворюють транснаціональні корпорації.

Водночас, інвестиційний характер діяльності страхових компаній, наявність стійких тенденцій міжнародного руху капіталів – дає підстави для виявлення закономірності сучасних інвестиційних процесів на міжнародному ринку страхових послуг.

На мотивацію та напрямки міжнародного інвестування страхових компаній здійснюють вплив вельми широке коло чинників. Вирішальне значення з них мають такі:

- внутрішньополітична стабільність;
- ступінь втручання держави в економіку;
- ставлення до іноземних інвестицій;
- дотримання положень міжнародних договорів;
- наявність природних ресурсів;
- демографічна ситуація;
- темпи економічного зростання;

- співвідношення споживання та заощаджень;
- ставка позичкового відсотка;
- норма чистого прибутку;
- рівень і динаміка інфляції;
- конвертованість валюти;
- стан платіжного балансу тощо.

У більш ширшому спектрі на міжнародний інвестиційний рух капіталів страхових компаній впливають:

- стан розвитку світової економіки та міжнародних інвестиційних ринків;
- стабільність світової валютної системи;
- розвиток інвестиційної інфраструктури тощо.

Критично оцінюючи стан правового забезпечення умов іноземного інвестування страхових компаній в Україні, з достатнім ступенем впевненості можна віднести їх до несприятливих. Це неодноразово відзначали як відомі науковці, так і владні структури.

Суттєвим для рівня ділової активності є оцінка фінансових умов на вітчизняному страховому ринку, зокрема:

- організації діяльності фінансової та страхової систем;
- доступності фінансових активів;
- страхування підприємницької діяльності;
- виконання податкового законодавства;
- ефективності системи оподаткування;
- рівня прибутковості кредитних ресурсів тощо.

Відповідно до результатів досліджень, що були проведені серед іноземних інвесторів, позитивну оцінку отримали такі чинники, які найбільше впливають на рух іноземного капіталу на вітчизняному ринку страхових послуг:

- перспективи економічного зростання країни

- вартість робочої сили на ринку
- обсяг внутрішнього страхового ринку
- сприятливий інвестиційний клімат
- законодавча безпека
- дотримання прав власності

Особливо стримується вирішення питань розміщення іноземного капіталу на страховому ринку через недостатнє забезпечення правових умов.

Критичні зауваження найчастіше стосуються:

- незрозумілості законів та відсутності системного зв'язку між ними;
- неоднакового трактування законодавчих актів владними структурами;
- занадто частих змін у вітчизняному законодавстві;
- надмірної деталізації законодавства, яка заважає діяльності страхових компаній .

Необхідно підкреслити, що страхові компанії займають особливе місце в забезпеченні інвестиційного процесу:

по-перше, вони самі здатні виконувати функції інституційних інвесторів, мобілізуючи значну частину фінансових ресурсів юридичних і фізичних осіб, спрямовуючи їх у різні види інвестицій;

по-друге, за допомогою страхування можна забезпечити стимулювання інвестиційної активності вітчизняних та іноземних власників капіталу шляхом здійснення страхових операцій за видами страхування, які гарантують інвесторам повернення вкладених коштів, а в багатьох випадках і відшкодування не отриманого доходу при настанні різних несприятливих подій, що призвели до втрати всіх або частини вкладених сум.

Страхові компанії вважаються одними з найбільших інвестиційних інститутів. Так, наприклад, загальна сума інвестицій, якими управляють страхові компанії Європейського Союзу, США та Японії, сягає кількох трильйонів доларів.

У той же час, в Україні інвестиційні можливості страхових компаній досить обмежені через недовіру населення до довгострокових інвестицій та невеликий набір інвестиційних інструментів.

Стратегія успішного розвитку національних економічних систем держав-лідерів останніми роками тісно пов'язана з лідерством у дослідженнях і розробках, появою нових знань, розвитком високотехнологічного виробництва і створенням масових інноваційних продуктів. Розвиток інноваційного потенціалу - це не тільки шлях динамічного розвитку та успіху, а і засіб забезпечення безпеки та суверенітету держави, її конкурентоспроможності у сучасному світі.

За даними Світового банку, частка валової доданої вартості високо- та середньотехнологічних секторів у загальному обсязі валової доданої вартості переробної промисловості у 2015 році становила 63 відсотки у Швейцарії, 50,5 відсотка у Чеській Республіці, 61,4 відсотка у Німеччині, 42,8 відсотка в Ізраїлі, 63,7 відсотка у Південній Кореї, 30,4 відсотка в Україні. При цьому, за даними Держстату, в Україні ця частка у 2016 році становила 25,7 відсотка (7,6 відсотка та 18,1 відсотка у високо- та середньотехнологічному секторах відповідно). Якщо порівнювати валовий внутрішній продукт на душу населення у 2016 році у поточних цінах 2010 року названих держав із валовим внутрішнім продуктом на душу населення України, за даними Національного наукового фонду США, це співвідношення становитиме від 8,5 раза до 36 разів (Швейцарія - 79866 доларів США; Ізраїль - 37180,8; Південна Корея - 27608,2; Німеччина - 42232,6; Чехія - 18483,7 та Україна - 2185,7 долара США).²⁵⁰

Конкурентна позиція України є нестійкою, що відображено у деяких світових рейтингах.

За даними Всесвітнього економічного форуму у Звіті про глобальну конкурентоспроможність 2017-2018 років, Україна посіла 81 місце серед 137

²⁵⁰ Стратегія розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, схвалено Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 липня 2019 р. № 526-р, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/526-2019-%D1%80#Text>

досліджуваних держав, піднявшись на чотири позиції. За компонентами показника, який характеризує ефективність ринків - ключового фактора на стадії інвестиційного зростання (індустріалізації) - Україна посідає 101 місце за ефективністю товарних ринків серед 137 держав, 120 - за ефективністю фінансових ринків і 86 - за ефективністю ринку праці.

Найбільш проблемним показником залишається “Іноземні інвестиції та трансфер технологій”.

Проведений покомпонентний аналіз свідчить, що Україна має значні нереалізовані можливості в інноваційному розвитку, особливо щодо комерціалізації нововведень і у сфері захисту прав на інтелектуальну власність. Головними перевагами України є вигідне географічне положення, ємний ринок, наявність поглибленої та всебічної зони вільної торгівлі між Україною та ЄС та відносно високий рівень розвитку людського потенціалу²⁵¹.

Перед Україною постали потужні виклики щодо відновлення та модернізації економіки після вторгнення Росії, яке триває.

Оцінки витрат на реконструкцію варіюються від 411 млрд дол. США ²⁵²до 750 млрд дол. США ²⁵³, проте рахунок збитків і далі зростає. Як зазначалося, залучення інвестицій в економіку України було вельми ускладненим ще до початку повномасштабної війни через значні вади інвестиційного клімату в Україні.

На сучасному етапі розвитку ринку іноземні інвестиції виступають основним джерелом отримання новітніх конкурентноздатних технологій, життєві розвитку держави, що потребує належного державного регулювання та правового забезпечення.

Державне регулювання інвестиційної діяльності включає:

²⁵¹ Стратегія розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, схвалено Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 липня 2019 р. № 526-р, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/526-2019-%D1%80#Text>

²⁵² Ukraine Rapid Damage and Needs Assessment: February 2022 – February 2023. – Washington, D.C.: World Bank, 2023. URL: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/099184503212328877/pdf/P1801...>

²⁵³ Д. Шмигаль: Відновлення України оцінюється у 750 млрд доларів. URL: <https://www.dw.com/uk/shmyhal-plan-vidnovlennia-ukrainy-otsiniuietsia-u...>

пряме управління державними інвестиціями, регулювання умов інвестиційної діяльності через макро та мікро економічні важелі та контроль за дотриманням чинного законодавства, що регулює інвестиційний процес. Визначальну роль у процесі регулювання інвестиційної діяльності відіграє реорганізація системи державного контролю.

Необхідність перегляду організаційної структури системи державного контролю зумовлена наявністю недоліків і проблем у функціонуванні системи контролю, до яких, насамперед, слід віднести:

- велику кількість контрольних органів, які підпорядковані різним відомствам;
- відсутність єдиного комплексного підходу контрольних органів до об'єкта контролю при перевірці фінансово-господарської діяльності;
- відсутність єдиного інформаційного простору в дослідженні фінансово-економічних проблем, а саме: наявність вузьковідомчих інформаційних баз даних про суб'єктів господарювання та результати перевірки їх діяльності, обмежений доступ до інформації посадових осіб, які організують та проводять перевірки. На фоні недосконалості системи контролю виникає багато проблемних питань в організації та проведенні контролю за окремими напрямками господарської діяльності, у тому числі й у сфері інвестування.

Основними недоліками організації і методики контролю залучення та використання інвестицій слід виділити:

- недосконалість методів оцінювання доцільності й ефективності інвестиційних проектів з погляду захисту економічних інтересів держави;
- відсутність єдиного координаційного центру з питань організації, методики та аналізу результатів контролю за використанням інвестицій у національному господарстві країни;
- відсутність єдиного методичного підходу при перевірках законності залучення, реальності і повноти використання інвестицій за інноваційними проектами тощо.

Активна інвестиційна діяльність - це складова інституційної системи економіки, а іноземний капітал - важливе джерело формування фінансово-кредитних ресурсів України та усунення диспропорцій економічного та соціального розвитку. Саме тому іноземні інвестори макро і мікрорівні інвестиційного клімату сприймають як єдину інвестиційну систему країни.²⁵⁴

Одним із важливих факторів, що забезпечує надходження інвестиційних ресурсів, є створення сприятливого інвестиційного клімату. На сучасному етапі це питання набуває вагомого значення для виходу економіки з кризи та забезпечення конкурентоспроможного виробництва продукції як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках.

Варто зауважити, що події 2013–2015 років значно змінили національну економічну ситуацію. Військові дії на сході України та окупація АР Крим стали визначальними факторами дестабілізації економічної системи та трансформації зовнішньоекономічної діяльності нашої держави. Можна впевнено говорити, що російська агресія стала фактором значного посилення негативних тенденцій у динаміці базових макроекономічних показників (ВВП, курс національної валюти, інфляція, бюджетний дефіцит, золотовалютні резерви, стратегічні запаси окремих видів ресурсів). Одним з найбільш чутливих у цих умовах виявились іноземні інвестиції в умовах трансформації інвестиційного клімату України. Стан інвестиційного клімату в Україні викликає все більше невдоволення бізнесменів. Європейська бізнес-асоціація оцінила індекс інвестиційної привабливості України у 2,55 бали з п'яти можливих у 2015 році, 2,88 у 2016 році, 3,03 у 2017 році. У першому півріччі 2017 року індекс покинув негативну площину вперше з 2011 року²⁵⁵

Інтегральний показник Індексу інвестиційної привабливості України дещо відновився у другій половині 2022 року – до 2,48 балів, що співставно

²⁵⁴ Т. М. Франчук, Проблеми розвитку інвестиційного клімату в Україні, Економічна наука, Інвестиції: практика та досвід № 22/2011

²⁵⁵ Компанець К.А., Бондаренко В.А., Діденко Ю.І., Аналіз інвестиційного клімату України, Економіка та управління підприємствами, Випуск 23. 2018, с.97-102

зі значеннями 2020 року під час активної фази пандемії Covid-19. Такими є результати нової хвилі експертного дослідження, проведеного Європейською Бізнес Асоціацією. Адже, у першій половині 2022 року Індекс впав на пів пункту та склав 2,17 балів з 5-ти можливих.

Попри війну, 99% компаній Асоціації планують продовжувати працювати на ринку України у 2023 році, а 63% збираються інвестувати в Україну навіть у воєнний час. Водночас тільки 17% вважають, що новим інвесторам буде вигідно заходити в Україну.²⁵⁶

Стан активної війни сприймається як синонім абсолютної невизначеності, тому надзвичайно важливим є напрацювання механізму страхування воєнних ризиків.

На сьогодні Верховна Рада України проектом Закону України №9015 «Про внесення змін до Закону України «Про фінансові механізми стимулювання експортної діяльності» щодо страхування інвестицій в Україні від воєнних ризиків розширює можливості експортно-кредитного агентства, надаючи йому право здійснювати страхування та перестраховання прямих інвестицій, зокрема страхування інвестицій в Україні від ризиків, що можуть бути спричинені збройною агресією, бойовими діями та/або тероризмом.

Прийнятий Верховною Радою України за основу законопроект №9015 передбачає, що таке страхування здійснюється виключно за умови спрямування інвестицій на створення об'єктів та інфраструктури, необхідної для розвитку переробної промисловості й експорту товарів (робіт, послуг) українського походження.

Послуги зі страхування інвестицій можуть надавати як українські страховики, так і міжнародні інституції.

Страхування інвестицій від воєнних ризиків є важливим інструментом сприяння інвестиціям та економічному зростанню в багатьох країнах світу. Надаючи інвесторам захист від втрат через військові дії, уряди допомагають створити більш стабільне та безпечне середовище для інвестицій, що в

²⁵⁶ <https://eba.com.ua/indeks-investytsijnoyi-pryvablyvosti-ukrayiny-vidnovyvsya-do-kovidnogo-znachennya/>

кінцевому підсумку приносить користь економічному розвитку країни в цілому. Як свідчить міжнародний досвід, уряди багатьох країн забезпечують страхування інвестицій від воєнних ризиків через спеціалізовані установи. Однією з найвідоміших таких установ є Багатостороннє агентство гарантій інвестицій (MIGA), яке є підрозділом Групи Світового банку. Його основна роль полягає у сприянні прямим іноземним інвестиціям у країни, що розвиваються, шляхом страхування інвесторів від некомерційних ризиків, таких як експропріація, війна та громадянські заворушення. Страховий портфель MIGA складається з різноманітних проектів у різних секторах, включаючи інфраструктуру, енергетику, телекомунікації та виробництво. Станом на 2021 рік загальний страховий портфель MIGA оцінювався приблизно в 12,3 мільярда доларів США з інвестиціями в понад 160 країнах. Метою агентства є заохочення більших інвестицій приватного сектора в країни, що розвиваються, сприяючи таким чином економічному зростанню та зменшенню бідності. У США державне страхування інвестицій забезпечувала Корпорація закордонних приватних інвестицій (OPIC) - це самоокупна державна агенція США, яка допомагала американським компаніям інвестувати в ринки, що розвиваються. Заснована в 1971 році, OPIC надавала фінансування, страхування політичних ризиків і підтримує прямі інвестиції. Однією з ключових функцій OPIC було страхування політичних ризиків для американських компаній, які інвестують у країни з підвищеними політичними ризиками, такими як війни чи громадянські заворушення, тероризм, а також де є ризики експропріації підприємств. Це страхування допомагало компаніям пом'якшити ризики, пов'язані з політичною нестабільністю, і забезпечує певну безпеку їхніх інвестицій²⁵⁷

²⁵⁷ пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про фінансові механізми стимулювання експортної діяльності» щодо страхування інвестицій в Україні від воєнних ризиків», <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1649149>

Україна домовилась з MIGA про запуск механізму страхування інвестицій під час бойових дій.²⁵⁸

14 квітня 2023 р. Японія стала першою країною, яка надала внесок розміром 23 млн дол. для покриття воєнних ризиків при інвестиціях в Україну. Цей внесок буде спрямовано до MIGA.

У лютому 2023 р. MIGA надало гарантію «Raiffeisen Bank International AG» (RBI) на суму 100 млн євро строком на один рік для покриття ризиків дочірньої компанії «Райффайзен Банк Україна» – найбільшого приватного банку в Україні з іноземним капіталом – щодо експропріації (розформування) обов’язкових резервів. Гарантія поширюється на інвестиції в капітал «Райффайзен Банк Україна». Згідно з чинними для банківської системи України нормативами, «Райффайзен Банк Україна» має формувати обов’язкові резерви під кредитні операції. Гарантія MIGA щодо оптимізації капіталу знижує до нуля вагу ризику, застосовану Групою RBI до таких резервів у межах суми цієї гарантії відповідно до європейських банківських правил. Загалом гарантія MIGA зміцнює фінансову позицію «Райффайзен Банку Україна» та сприяє його спроможності надавати життєво важливу підтримку українській економіці, дасть змогу банку вивільнити кошти для додаткового кредитування критичних галузей української економіки під час війни та збільшити обсяг комісійних операцій (платежі, торговий еквайринг, операції з готівкою та валютою тощо)

Американська корпорація з фінансування міжнародного розвитку (U.S. International Development Finance Corporation, DFC) – урядова установа, яка надає фінансову й технічну підтримку компаніям, що займаються бізнесом у країнах з низьким та середнім рівнем доходу. Цю допомогу спрямовано на сприяння інвестиціям приватного сектору, сталому розвитку та зменшенню бідності через фінансування та партнерські ініціативи. DFC зосереджена на залученні іноземних інвестицій у проекти з

²⁵⁸ Мінекономіки України домовилось з MIGA про запуск механізму страхування інвестицій під час війни, <https://www.kmu.gov.ua/news/minekonomiky-ukrainy-domovylos-z-miga-pro-zapusk-mekhanizmu-strakhuvannia-investytsii-pid-chas-viiny>

розвитку інфраструктури, енергетики, охорони здоров'я, сільського господарства та інших галузей.

DFC зазвичай надає підтримку лише американським інвесторам, проте, на відміну від *MIGA*, вона вже розглядає можливість страхувати проєкти, ініційовані українськими інвесторами²⁵⁹

- Створення внутрішнього механізму страхування воєнних ризиків має ключове значення в національних зусиллях щодо підтримки відбудови економіки України. використання частини коштів, які надходять у Фонд відновлення та трансформації економіки, для фінансування національної програми страхування інвестицій від воєнних ризиків через Експортно-кредитне агентство;

- спрямування частини коштів за програмою страхування ризиків інвесторів в Україні для субсидування частини страхових премій для приватних страховиків, які можуть здійснювати страхування інвестиційних проєктів у регіонах країни з нижчими воєнними ризиками. Це потребуватиме категоризації регіонів за рівнем воєнних ризиків та визначення цільових видів діяльності для такого страхування;

- запровадження урядом України випусків суверенних облігацій під гарантії урядів країн-партнерів для цілей страхування інвестицій, фінансування витрат страхових компаній на страхування інвестицій від воєнних ризиків та компенсації ймовірних збитків;

- визначення (під час запровадження механізму страхування інвесторів від воєнних ризиків через розширення мандату Експортно-кредитного агентства) чітких критеріїв внесення видів діяльності до сфери охоплення програмою страхування, зокрема: запровадження нового обладнання; створення додаткової кількості робочих місць; упровадження інноваційних

²⁵⁹ Advantage Ukraine скерувала до DFC перші інвестиційні проєкти щодо фінансування та страхування воєнних ризиків. URL: https://biz.ligazakon.net/news/218317_advantage-ukraine-skeruvava-do-df...

технологій; розв'язання завдання щодо забезпечення економіки України критично потрібними ресурсами; створення новітніх виробництв²⁶⁰

Окрім цього, для розширення можливостей здійснення страхової діяльності та підвищення ролі страховиків в інвестиційному процесі повинні бути суттєво збільшені розміри власного капіталу страхових компаній. Лише великі страхові компанії можуть акумулювати у вигляді джерел інвестицій значні ресурси та викликати довіру з боку потенційних клієнтів. Крім того, роль власного капіталу страховиків в інвестиційному процесі полягає і в тому, що оскільки дані ресурси, як правило, вільні від конкретних зобов'язань, певна їх частина також може бути вкладена у порівняно довгострокові та менш ліквідні види інвестицій.

²⁶⁰ Страхування інвестицій від воєнних ризиків в Україні, Національний інститут стратегічних досліджень, <https://niss.gov.ua/news/komentari-ekspertiv/strakhuvannya-investytsiy-vid-voyennykh-ryzykiv-v-ukrayini>

*Запорожченко Аркадій Віталійович,
аспірант, молодший науковий співробітник відділу
правового забезпечення ринкової економіки Науково-
дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України*

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ МЕЖ РОЗСУДУ В АРБИТРАЖІ

Дилема позитивістського та юс-натуралістичного трактування меж розсуду через призму правовладдя

Досліджуючи систему правових обмежень розсуду, суддя Верховного Суду Олена Губська справедливо відмічає, що «законодавчо не врегульованим залишається питання встановлення ступеню свободи органів державної влади у ході здійснення владних повноважень, а також визначення меж судового розсуду під час розгляду справи»²⁶¹.

Однак важко дати адекватну позитивну чи негативну оцінку цього факту через те, що визначення самої суті будь-яких меж правової дискреції та їх загальна типологія не є достатньо репрезентованими у сучасній загальній доктрині права. Подібне можна пояснити тим, що з'ясування всієї сукупності обмежуючих розсуд факторів можливо тільки через вихід з власне правового простору у царину моралі та релігії.

Це обумовлює деяке захоплення позаправовими загальносоціальними факторами розсуду у сучасній правовій науці. Позаправовими факторами, які впливають на застосування розсуду, вважають мораль (моральні правила), рівень правосвідомості суб'єкта правозастосування, публічний інтерес, громадська (суспільна) думка, фактичні обставини, економічні цінності тощо²⁶².

²⁶¹ Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. *Судово-юридична газета. Блог*. 2020. 14 грудня. URL: <https://bit.ly/3qSzVo9>

²⁶² Головін А. П. Вплив адміністративного розсуду на формування девіантних установок працівника міліції. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2012. № 4. С. 159-161

Таке порушення кордонів істотно різних сфер пізнання та діяльності загрожує банальною втратою юридичної предметності під час реалізації такого міждисциплінарного, «транскордонного», дослідження. Саме тому ми слідуємо більш традиційному шляху пізнання і звужуємо увесь масив обмежуючих дискреції чинників до *законодавчих меж розсуду*. Однак, як вже зазначалося, це здійснюється з певною метою визначення раціональних лімітів такого законодавчого обмеження задля більш обґрунтованої «демаркації» цих «кордонів», що відокремлюють суто правові детермінанти від соціокультурних та психологічних факторів впливу на розсуд суб'єкта правореалізації.

Недивно, що дискурс навколо меж дискреції відбувається з приводу тлумачення нормативного змісту *принципу верховенства права (правовладдя)*. Основоположний характер цього принципу для всієї правової системи України отримав законодавчого закріплення на всіх рівнях. Особливо підкреслюється його роль у судовому процесі. Це закріплено передусім у ст. 129 Конституції України, де встановлено, що суд керується принципом верховенства права, а також в основних кодифікованих актах процесуального законодавства, зокрема ч. 1 ст. 10 ЦПК України, ч. 1 ст. 11 ГПК України, ч. 1 ст. 6 КАС України, містять цю ж норму²⁶³.

Проте стосовно принципу правовладдя відбувається непримиренне зіткнення двох підходів: суто позитивістського та послідовно юснатуралістичного. Якщо праворозуміння з позицій філософії природного права є гранично розширеним і до обсягу самого поняття права відносить не тільки об'єктивне позитивне право, а й моральні імперативи, то розуміння права з позицій юридичного позитивізму рішуче відмежовує неюридичні приписи від законодавчих або прецедентних. Отже, при юснатуралістичній інтерпретації цього принципу апеляція до правовладдя, по суті, є

²⁶³Цивільний процесуальний кодекс України : Кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1618-15> ; Господарський процесуальний кодекс України : Кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1798-12> ; Кодекс адміністративного судочинства України : Кодекс України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2747-15>

декларацією того, що граничні засади розсуду знаходяться «по той бік» позитивного права і окреслені в сфері моралі, що досить часто трактується як нігілістичний заклик до неприпустимості законодавчого обмеження суб'єктивної свободи розсуду і волі. Навпаки, позитивістка трактовка принципу правовладдя орієнтує на обов'язкове юридичне обмеження суб'єктивного розсуду об'єктивним правом, що здійснюється через апеляції до такого критерію права як його необхідна і достатня *визначеність*. У законодавчій практиці це проявляється в тому, що нормотворча діяльність уповноважених державних органів орієнтується на ідеал повного охоплення законодавством усіх необхідних правил поведінки і максимальної їх спеціалізації у чинних нормативно-правових актах. За таких умов законодавство що наближається до ідеального стану має бути всеохоплюючим (безпрогальним), таким що неухильно виконується (жорстким або ригористичним), тому не потребує принципових та частих змін (стабільним), і максимально насиченим спеціальними нормами (казуальним). Отже, така «абсолютно досконала» догма права просто не припускає жодного «свавілля» суб'єктів правореалізації у формі дискреції.

В англо-американській культурно-історичній традиції «визначеність права» ще більш категорично протиставляється надмірній, нічим не обмеженій дискреції. С. П. Головатий у своєму фундаментальному дослідженні «Верховенство права», аналізуючи конституційні принципи Великої Британії, звертає увагу на принцип «здійснення державної влади відповідно до права» який передбачає, що «державна влада має здійснюватися у рамках визнаних правил і принципів, що обмежують дискреційні повноваження». При цьому англійський правовий дискурс розвинувся від доктрини за якою «широкі дискреційні повноваження оголошувалися несумісними з верховенством права» до панівної нині доктрини створення ефективних юридичних засобів контролю за використанням дискреції, особливо в контексті невпинного розширення дискреції у всіх сферах людського буття взагалі, й права зокрема. Окрім

судового контролю, серед таких засобів чільне місце мають займати «стандарти» що сформовані у вигляді певних правил які репрезентовані принципами права, і, на нашу думку, становлять собою межі дискреції²⁶⁴.

У концентрованому вигляді така позиція була сформульована видатним британським юристом Томасом Бінгемом (Thomas Henry Bingham, Baron Bingham of Cornhill; 1933 – 2010), який визнавав «необхідність дискреції у діяльності посадових осіб в умовах ускладненого сучасного суспільства, проте дискреція не повинна бути необмеженою і повинна унеможлилювати свавільні чи нерозумні рішення»²⁶⁵.

В межах романо-германської культурно-правової традиції, до якої належить і правова система України, найбільш послідовно така безальтернативна позитивістська визначеність права реалізується в сфері публічного права під час регулювання державно-правових (конституційних та адміністративних) відносин.

Розуміючи те, що позитивістське трактування правовладдя може призвести до абсолютної заборони розсуду і повної догматизації права, інституції Європейського Союзу які наділені нормотворчими повноваженнями змушені пом'якшувати ригористичність вимог правової визначеності. Так, у Доповіді «Верховенство права», схваленій Європейською Комісією «За демократію через право» на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 року) № 512/2009, CDL-AD(2011)003rev, в пункті 45, зазначено що «потреба у визначеності не означає, що органів, який ухвалює рішення, не повинні надаватись дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними; у цьому контексті закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органів, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції; не відповідатиме

²⁶⁴ Головатий С. Книга друга. Верховенство права: від доктрини до принципу. Київ : Фенікс, 2006. С. 673-678.

²⁶⁵ Верховенство права : Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) від 04.04.2011 №512/2009, CDL-AD(2011)003rev. *Право України*. 2011. № 10. С. 177.

правовладдя, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади; отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій влади»²⁶⁶. Пункт 52 Доповіді містить наступне: «Хоча дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, ці повноваження не мають здійснюватись у свавільний спосіб; їх здійснення у такий спосіб уможлиблює ухвалення суттєво несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права»²⁶⁷.

Показовою є позиція Європейського суду з прав людини, який однозначно встановлює юснатуралістичні протипаги необмеженої дискреції державних органів виконавчої влади – таким головним стримуючим фактором є основоположні права і свободи людини та громадянина, які визнаються сутнісним ядром правовладдя. Так у пункті 67 рішення у справі «Котій проти України» (Kotiy v. Ukraine) від 5 березня 2015 року, заява № 28718/09 зазначено, що «у питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права, одним з основних принципів демократичного суспільства, гарантованих Конвенцією. Відповідно законодавство має достатньо чітко визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам влади, та порядок її реалізації»²⁶⁸. Ця позиція була підтверджена у пункті 60 рішення у справі «Зосимов проти України» (Zosymov v. Ukraine) від 7 липня 2016 року, заява № 4322/06²⁶⁹.

²⁶⁶ Верховенство права : Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) від 04.04.2011 №512/2009, CDL-AD(2011)003rev. *Право України*. 2011. № 10. С. 178

²⁶⁷ Верховенство права : Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) від 04.04.2011 №512/2009, CDL-AD(2011)003rev. *Право України*. 2011. № 10. С. 179

²⁶⁸ Справа «Котій проти України» (Заява № 28718/09) : Рішення; Європейський суд з прав людини від 05.03.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/974_a82

²⁶⁹ Справа «Зосимов проти України» (Заява № 4322/06) : Рішення; Європейський суд з прав людини від 07.07.2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/974_c94

Однак необхідно враховувати те, що Європейський суд з прав людини, у даному контексті, під «вільним розсудом» розуміє не дискрецію як свободу розсуду суб'єктів правореалізації, а *рамки компетенції* державних органів, та судів, що розмежують міжнародну та національну юрисдикцію. Саме тому у подібному значенні вживається не сталий термін *discretion*, а дещо інший – *margin of appreciation*.

Згідно цієї доктрини, назва якої зазвичай перекладається як *межі вільного розсуду*, компетентні національні органи користуються певним ступенем свободи розсуду при оцінці фактів, дій, ситуацій та будь-яких інших подій у рамках своєї національної юрисдикції²⁷⁰. Проте більш влучним перекладом, який експліцитно репрезентує природу цієї доктрини, є використаний у рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 року № 889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) від 23.12.2022 № 3-р/2022 термін *простір обдумування*²⁷¹. Його ми й використовуємо надалі.

При всіх концептуальних розбіжностях *margin of appreciation* та *discretion* тут є доречними певні аналогії щодо встановлення меж міжнародної та національної юрисдикції для визначення загальних підходів встановлення законодавчих меж дискреції.

По-перше, суддівський розсуд не виключає, а передбачає (доповнює) паралельну дію законодавчих приписів. Саме тому що «державні органи знаходяться у прямому й постійному контакті з «живою силою» (*vital forces*)

²⁷⁰ Trykhlіb K. The doctrine of the «margin of appreciation» in the case-law of the European Court of Human Rights. *Interdisciplinary approach to law in modern social context* : Conference papers of the 4th International Conference of PhD Students and Young Researchers (21 – 22 April 2016, Vilnius University, Faculty of Law, Vilnius, Lithuania). P. 339-348

²⁷¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 року № 889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) : Рішення Конституційного суду України від 23.12.2022 № 3-р/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/va03p710-22>

своєї держави», то «внутрішній простір обдумування держав діє спільно з європейським наглядом». Це змушує Європейський Суд з прав людини самообмежувати своє втручання у сферу дії національної юрисдикції²⁷². Подібним чином і законодавець має ініціювати санкціонування дискреційних повноважень суб'єктів правореалізації у тих випадках, коли це є доцільним.

По-друге, застосування дискреції безпосередньо є необхідним у тих юридичних ситуаціях, коли законодавець з різних причин не може заздалегідь передбачити усі можливі істотні обставини і тому нормативно-правове регулювання доповнюється або взагалі поступається суддівському розсуду або розсуду арбітрів. Цей процес подібний до мотивації самообмеження юрисдикції Європейського Суду з прав людини, яке описав суддя Розакіс (Christos Rozakis) в Окремій думці у справі «Егеланд і Хансейд проти Норвегії» (*Egeland and Hanseid v. Norway*), від 16 квітня 2009 року, заява № 34438/04. «[Доктрина простору обдумування] ... повинна застосовуватися тільки в тих випадках, коли після ретельного розгляду з'ясовується, що національна влада дійсно краще за Суд може оцінити «місцеві» і специфічні умови, що існують в рамках конкретного внутрішнього порядку, і, відповідно, мають більші знання, ніж міжнародний суд, при прийнятті рішення про те, як найбільш відповідним чином вчинити з цією справою. Тоді, і лише тоді, Суд повинен відмовитися від своїх повноважень щодо глибокого вивчення фактів справи та обмежитися простим наглядом за національними рішеннями, не займаючи місце національної влади, а просто перевіряючи її розумність та відсутність свавілля»²⁷³.

Досить корисними для розуміння загальних підходів до визначення законодавчих меж розсуду інших юрисдикцій або осіб є Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасницям «Про здійснення

²⁷² Case Of Handyside v. The United Kingdom. Application no. 5493/72. 7 December 1976. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>

²⁷³ Concurring opinion of judge Rozakis. *Case of Egeland and Hanseid v. Norway*. Application no. 34438/04. 16 April 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92246>

адміністративними органами влади дискреційних повноважень» № R(80)2 від 11.03.1980 р. Цей документ містить, серед іншого, основні принципи здійснення дискреційних повноважень: 1) визначеність мети дискреції; 2) об'єктивність; 3) неупередженість; 4) рівності перед законом; 5) дотримання належного балансу між несприятливими наслідками та метою; 6) розумності строків; 7) послідовного застосування загальних адміністративних керівних принципів²⁷⁴.

Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) також трактує необхідність законодавчих меж дискреційних повноважень публічних інститутів саме для забезпечення правового захисту прав та інтересів приватних осіб. Так, у Доповіді «Верховенство права» від 04.04.2011 р. №512/2009 наводиться таке розуміння принципу правовладдя: «Усі особи та владні інститути в рамках держави – публічні чи приватні – повинні підкорятись публічно створеним законам, які набувають чинності (загалом) наперед і на основі яких публічно здійснюється правосуддя, вони також повинні мати змогу користуватися благами цих законів»²⁷⁵.

Позиція Конституційного Суду України свідчить про імплементацію у наше національне право концепції правовладдя у тій її частині, що дискреційні повноваження мають бути обмежені нормами міжнародного права щодо захисту основоположних прав і свобод людини і громадянина. Так у п. 2.3. рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 11.10.2018 р. № 7-р/2018, Суд стверджує що конституційний принцип верховенства права вимагає законодавчого закріплення механізму запобігання свавільному втручанням

²⁷⁴ Про здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень : Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасникам №R(80)2 від 11.03.1980 р. URL: <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

²⁷⁵ Верховенство права : Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) від 04.04.2011 №512/2009, CDL-AD(2011)003rev. *Право України*. 2011. № 10. С. 176.

органів публічної влади, при здійсненні ними дискреційних повноважень, у права і свободи особи ²⁷⁶.

Отже, подібне розуміння необхідності законодавчого обмеження адміністративного розсуду ґрунтується на теоретичних положеннях, що набули майже аксіоматичного характеру: «правові межі державно-владної діяльності охороняють людину, інститути громадянського суспільства та й усе суспільство від необґрунтованого втручання у сферу їх свободи з боку держави та її органів» ²⁷⁷.

Окрім забезпечення непорушності основоположних індивідуальних прав і свобод, другим за ступенем розповсюдженості аргументом обмеження дискреції визначається майже фатальна *корупціогенність дискреції*, яка доводиться численними прикладами негативних наслідків застосування адміністративного та судового розсуду ²⁷⁸. Однак при цьому явно не помічається той факт що надмірне легальне звуження дискреційних повноважень суб'єктів правозастосування реально впливає лише на розмір ставок корупційних домовленостей. Абсолютно недослідженим залишається кореляція між успішністю антикорупційної політики держави і прозорості критеріїв добросовісності під час реалізації дискреційних повноважень.

Необхідно підкреслити, що антикорупційний мотив звуження свободи розсуду явно не спрацьовує у сфері альтернативного вирішення спорів, зокрема у міжнародному комерційному арбітражі та третейському судочинстві, де розсуд отримав найбільшого поширення. Як свідчить арбітражна та судова практика, дискреція жодним чином не виступає у якості корупційного ризику у випадках уповноваження сторонами арбітражного

²⁷⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України : Рішення Конституційного суду України від 11.10.2018 № 7-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v007p710-18>.

²⁷⁷ Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 2. С.61.

²⁷⁸ Белкін Л. М. Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011. № 24. С. 95.

суду діяти як дружній посередник (*amiable compositeur*), або ж проводити арбітраж на основі принципів добра і справедливості (*ex aequo et bono*).

Пряме (нормативне) і опосередковане (принципове) законодавче визначення меж судового розсуду на прикладі адміністративного права

Переважно позитивістський підхід до розуміння меж розсуду, який є домінуючим у вітчизняній доктрині права виявився найбільш придатним для окреслення механізму адміністративного розсуду. Не дивно, що саме у сфері адміністративного права законодавчим мемам розсуду приділяється головна увага.

Це відбивається передусім у найбільш поширеній доктринальній дефініції адміністративного розсуду як «визначеного межами норм права певного ступеню свободи суб'єкта публічної адміністрації, що надається для прийняття раціонального оптимального рішення у справі»²⁷⁹.

Перше легальне визначення дискреції у нашому законодавстві буде міститися у Законі України «Про адміністративну процедуру», проект якого було повторно прийнято 17 лютого 2022 року Верховною Радою України, 13 червня 2022 року Закон було підписано Президентом України. Принагідно відмітимо, що набрання чинності цим Законом відбудеться 15 грудня 2023 року, в силу приписів п. 1 Розділу IX Закону²⁸⁰.

Згідно преамбули, цей Закон покликаний регулювати «відносини органів виконавчої влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, інших суб'єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати функції публічної адміністрації, з фізичними та юридичними особами щодо розгляду і вирішення адміністративних справ у дусі визначеної Конституцією України демократичної та правової держави та з метою забезпечення права і закону, а

²⁷⁹ Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. / За заг.ред. Т.О. Коломосьць. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 40.

²⁸⁰ Про адміністративну процедуру : Закон України від 17.02.2022 № 2073-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2073-20>

також зобов'язання держави забезпечувати і захищати права, свободи чи законні інтереси людини і громадянина».

У пункті 7 ч. 1 статті 2 Закону, міститься таке визначення: «дискреційне повноваження – повноваження, надане адміністративному органу законом, обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано»²⁸¹.

Частиною 3 ст. 6 Закону визначається, що «здійснення адміністративним органом дискреційного повноваження вважається законним у разі дотримання таких умов: 1) дискреційне повноваження передбачено законом; 2) дискреційне повноваження здійснюється у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом; 3) правомірний вибір здійснено адміністративним органом для досягнення мети, з якою йому надано дискреційне повноваження, і відповідає принципам адміністративної процедури, визначеним цим Законом; 4) вибір рішення адміністративного органу здійснюється без відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків».²⁸²

Звичайно, подібний підхід за яким суб'єкт правореалізації наділяється повноваженням вибору у певному діапазоні можливих дій тієї моделі поведінки яка є доцільною з його точки зору, ми пов'язуємо з фіксовано-вибірковим підходом до розуміння дискреції, але деякі його положення може бути застосовано і для розуміння інших способів розсуду.

Так, привертає увагу те, що укладачі Закону України «Про адміністративну процедуру» сповідуючи монополію законодавчих меж розсуду не трактують їх виключно як такі, що прямо встановлені буквою закону (п.п. 1, 2 ч. 3. ст. 6 Закону), а й як такі, *що передбачені в законі*. У п. 3 ч. 3. ст. 6 Закону обмежуючим повну свободу розсуду передбачений принцип

²⁸¹ Про адміністративну процедуру: Закон України від 17.02.2022 № 2073-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2073-20>

²⁸² Про адміністративну процедуру: Закон України від 17.02.2022 № 2073-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2073-20>

доцільності або телеології дискреції (диспозиція якого, до речі, не розкривається законодавчими засобами), а також *принципи процедури*.

Ще далі від буквальної законодавчої детермінації пішов законодавець у п. 4 цієї ж статті де таким обмежуючим фактором передбачається попередня правозастосовна практика (*адміністративний прецедент*) адміністративного органу, яка має поступатися лише принципу розумності.

Хоча два останніх пункти не мають самостійного значення і законодавець не відступає від обов'язковості прямого встановлення (буквальної фіксації) меж розсуду, але саме виокремлення інших, не прямих, способів законодавчого встановлення має величезне значення для логіки нашого дослідження.

Судовий контроль за зловживанням дискреційними повноваженнями.

У зв'язку з проблемою визначення сутності законодавчих меж розсуду та їх типології у доктрині права, все частіше лунають пропозиції у якості основного способу такого правового регулювання визнавати обмеження свободи розсуду суб'єктів правовідносин виключно дискрецією органів правозастосування, що на перший погляд позбавляє будь-якого смислу законодавче обмеження цього процесу.

До цього спонукають заклики обмежити розсуд передусім шляхом судового контролю. Приміром у п. 66 «Мірила правовладдя» (*Rule of Law Checklist*) Венеціанської Комісії прямо зазначається: «Зловживання дискреційними повноваженнями має бути предметом судового або іншого незалежного контролю»²⁸³.

Однак єдиного підходу щодо реалізації такого підходу у світі поки ще не склалося. Виділяють дві групи правових систем, що відрізняються обсягом судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень.

У першій групі правових систем реалізовано концепцію *повного судового контролю*. Так, суди Німеччини слідуючи цій моделі перевіряють

²⁸³ Головатий С. Мірило правовладдя : коментар; глосарій. Київ : ВАІТЕ, 2017. С. 25.

чи було перевищено межі вільного розсуду, чи був він застосований у необхідних випадках, чи було його застосовано згідно з метою розсуду та відповідно до обставин справи або ж розсуд не мав застосовуватися, а також чи не було порушено прав людини на конституційних принципів при реалізації вільного розсуду²⁸⁴.

Друга група національних правових систем визнає більш широку гнучкість у процесі правореалізації «як на рівні фактів, так і на рівні юридичних наслідків». В основу цього підходу покладено правило неможливості підміни розсудом судді дискреції сторін правовідносин. Відмічається, що цей «підхід передусім спрямований на об'єктивний судовий перегляд і тому застосовується в системах, які зосереджуються на об'єктивному юридичному аналізі (на противагу судовому перегляду на основі суб'єктивних прав, тобто німецькому підходу)»²⁸⁵.

Однак, навіть у англійському праві, де найбільш послідовно реалізується друга модель і доведення правомірності реалізації дискреційних повноважень суб'єктів правовідносин є скоріше питанням факту, визнаються певні межі свободи розсуду, що мають суто раціональну природу. Мається на увазі так званий «принцип Веднесбері» (*Wednesbury unreasonableness, Wednesbury Principle*). Який сформульований у справі *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*, де лорд Грін (Wilfrid Arthur Greene, 1st Baron Greene; 1883 – 1952) запропонував правило, згідно з яким суд має з'ясувати мотиваційну частину рішення, якщо воно є настільки нерозумним, що жодна розумна влада ніколи б його не ухвалила²⁸⁶.

У вітчизняному правовому дискурсі, у зв'язку з вибором однієї з цих двох моделей судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень у якості основної, все гучніше лунають пропозиції про те, що в Україні суди

²⁸⁴ Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. *Судово-юридична газета. Блог*. 2020. 14 грудня. URL: <https://bit.ly/3qSzVo9/>

²⁸⁵ Целлер Е., Куйбіда Р., Мельник Р. **Звіт** «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією». *Право-Justice*. 2021. URL: <https://bit.ly/3q1ciyi>

²⁸⁶ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1 (10 November 1947) [1948] 1 KB 223. *British and Irish Legal Information Institute*. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>

мають право перевіряти лише правомірність дій суб'єктів розсуду, але доцільність застосування дискреційних повноважень «не підпадає під судову перевірку». Приміром, це пояснюється Оленою Губською тим, що «чітких меж втручання суду у розсуд ... нормативні акти ... не установлюють, і ці межі визначаються судом самостійно»²⁸⁷. Погоджуючись з необхідністю реалізації в нашій країні більш м'якого, другого, підходу щодо судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктів правовідносин, не можна визнати абсолютно вірною тезу про відсутність визначених законодавчих меж такого втручання. Такі законодавчі межі існують і мова має йти про вдосконалення законодавчого обмеження такого втручання.

Засоби та способи законодавчого обмеження розсуду

До непрямих способів законодавчого встановлення меж розсуду досить часто відносять ті що реалізуються за допомогою так званих оціночних понять.

Підміна самих меж розсуду «невизначеними юридичними поняттями», які ще називають «оціночними поняттями» призводить до помилкового висновку про те, що застосування таких понять у процесі правореалізації є чимось іншим ніж судова дискреція²⁸⁸. Невизначеними поняттями права називають ті юридичні слова, які в контексті відповідної правової норми або іншого джерела права, не мають чітко окресленого значення (є недостатньо визначеними)²⁸⁹. Приміром до головних взаємообумовлених невизначених понять у правовому дискурсі Федеративної Республіки Німеччина, належать: *Billigkeit, Treu und Glauben, gute Sitten, Verhältnismäßigkeit (angemessenes Verhältnis), billiges Ermessen*.

На нашу думку, юридична природа цих понять має бути віднесена до принципів права, які, по суті своїй, не можуть бути детально визначеними у

²⁸⁷ Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. *Судово-юридична газета. Блог*. 2020. 14 грудня. URL: <https://bit.ly/3qSzVo9>

²⁸⁸ Целлер Е., Куйбіда Р., Мельник Р. **Звіт** «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією». *Право-Justice*. 2021. URL: <https://bit.ly/3q1ciyi>

²⁸⁹ Шаблій О. А. Невизначені правові поняття Федеративної Республіки Німеччина в українському юридичному перекладі. *Мова і культура*. 2011. Вип. 14, т. 4. С. 412

змісті нормативно-правових актів. Про це свідчить те, що україномовними відповідниками наведених німецьких «невизначених» понять є справедливість, добросовісність, добрі звичаї, адекватність у широкому розумінні (здоровий глузд), справедливий розсуд²⁹⁰, які за нашою доктриною традиційно належать до загальних принципів права.

Таким чином, є сенс розв'язати дилему двох способів законодавчого обмеження розсуду через визнання двох головних засобів такого обмеження – правових принципів та норми права.

При такому підході можливо надати ладу тим надуманим правовим неологізмам, які відволікають від сутності досліджуваної проблеми. Так, поділ правових меж дискреції на «нормативні межі судового розсуду, спеціальні межі судового розсуду, а також межі судового розсуду при застосуванні оціночних понять»²⁹¹ є сенс замінити традиційним дихотомічним поділом на (1) межі встановлені нормами права (які у свою чергу поділяються на загальні та спеціальні або казуальні норми), а також на (2) межі встановлені принципами права.

Певна законодавча «невизначеність» принципів права очевидна, бо принципи не містять чітку диспозицію перерозподілу прав і обов'язків сторін – вони визначають загальний сенс системи правових норм та напрямки подальшого розвитку права. Однак через те що більшість з них згадуються у відповідних правових актах, це дає підстави вважати їх законодавчо встановленими і відносити до законодавчих меж правового розсуду.

Можна запропонувати наступну систему загальних принципів, які встановлюють морально-правові рамки свободи розсуду.

Найвищу сходинку цієї ієрархії посідає, *загально-соціальний принцип розмежування добра і зла*, за допомогою якого здійснюється культурно-історична та аксіологічна визначеність розсуду. Сама необхідність такої

²⁹⁰ Шаблій О. А. Невизначені правові поняття Федеративної Республіки Німеччина в українському юридичному перекладі. *Мова і культура*. 2011. Вип. 14, т. 4. С. 412-417.

²⁹¹ Ермакова К.П. Правовые пределы судебного усмотрения. *Журнал российского права*. 2010. № 8(164). С. 50-58.

принципової моральної кваліфікації певних фактів у координатах добра і зла підтверджує інтелектуально-вольову природу самого розсуду. Як геніально зазначив Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770 – 1831) у своїй фундаментальній праці «Філософія права» (Philosophie des Rechts) : «Добро являє собою сутність волі в її субстанційності та загальності, волю у її істині; тому воно існує тільки у мисленні та шляхом мислення»²⁹². При цьому «істинна» воля – це «воля духу – свобода»²⁹³.

Отже ця «мисленнева» субстанціональність набуває свою діяльнісну визначеність у межах *принципів свободи та рівності*, які виконують *субстанціонально-обмежувальну* (установчу) функцію щодо правового розсуду.

Принцип свободи забезпечує субстанційну визначеність розсуду, бо «право лежить на свободі. ... Право носить по відношенню до свободи стверджуючий характер, свобода виступає у праві як стверджуюча, присутня»²⁹⁴. Якщо право – це позитивна свобода, свобода на основі Добра, то, як ми вже з'ясували, правова дискреція – це свобода думки і дії.

На рівні загальних принципів права сама ж свобода для того, що б вона не обернулася свавілля (свободою на основі Зла) вона повинна бути обмежена рівністю, або свободою іншої рівної перед законом особи. Сутність такого «зрівняльного обмеження»²⁹⁵ відкарбована у класичній формулі статті 4 Декларації прав людини й громадянина (1789 р.): «Свобода полягає в можливості робити все, що не шкодить іншому. Таким чином, здійснення природних прав кожної людини зустрічає лише ті межі, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж самими правами. Ці межі можуть бути визначені тільки законом»²⁹⁶.

²⁹² Гегель Г. В. Ф. Філософія права. М.: Мысль, 1990. С. 173

²⁹³ Гегель Г. В. Ф. Філософія права. М.: Мысль, 1990. С. 380

²⁹⁴ Гегель Г. В. Ф. Філософія права. М.: Мысль, 1990. С. 387

²⁹⁵ Величко О. Правова природа принципів рівності та рівноправності в цивільному процесі. *Юридичний журнал*. 2004. № 3(21). С. 118

²⁹⁶ Козинець О. Г. Закріплення прав людини у Декларації прав людини і громадянина Франції 1789 р. *Цивілізаційна роль прав людини в упорядкуванні соціальних відносин* : зб. матеріалів наук.-практ. семінару. Чернівці : Чернігівські береги, 2007. С. 18

Отже загально-правові принципи свободи та рівності визначає статичну сутність розсуду як співмірності суб'єктивної свободи думки і волі рівноправних осіб.

Граничними засадами, відправними принципами дискреційної нормотворчості, які забезпечують динамічність розсуду, визнаються *принципи справедливості, розумності та добросовісності*. Саме вони встановлюють принципові межі правозастосування.

Ці загальні принципи правового розсуду, уточнюються низкою інших більш спеціалізованих принципів.

Щодо систематизації норм права як законодавчих засобів обмеження розсуду, то у правовій доктрині помітною є тенденція їх поділу за такими сферами – матеріальна сфера обмежень (визначення змісту та обсягу розсуду) та процесуальна сфера обмеження (встановлення процедурних меж)²⁹⁷.

Так, А. Барак класифікуючи судовий розсуд на обмежений та абсолютний, пропонує враховувати критерій наявності чи відсутності законодавчих норм які б обмежували розсуд²⁹⁸. Розглядаючи види меж судового розсуду, А. Барак особливо виділяє процедурні і матеріальні обмеження²⁹⁹.

Ми пропонуємо інший підхід, а саме: поділ законодавчих меж дискреції залежно від характеру норм, які містяться у відповідних нормативно-правових актів, на три основні види: 1) матеріальні; 2) процесуальні; 3) колізійні. Враховуючи специфіку предмету нашого дослідження виокремлюємо межі 4) арбітражного законодавства (до речі, деякі з цих норми мають складну правову природу, як приміром ті, що регулюють арбітражну угоду). З огляду на надзвичайну важливість уніфікації (інтернаціоналізації та європеїзації) національного законодавства варто

²⁹⁷ Фуфалько Т. М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу пропорційності. *Вісник Харківського національного ун-ту внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 57

²⁹⁸ Барак А. Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 27-28

²⁹⁹ Барак А. Судейское усмотрение: пер. с англ. Москва: Норма, 1999. С. 32-35

виділити – 5) міжнародно-правові межі, які встановлюють міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і тому вони є частиною національного законодавства.

Щодо класифікації методів встановлення меж розсуду доцільним є поділ на *імперативний, диспозитивний та дискреційний* методи. Відповідно імперативний метод – закріплена у законодавстві як чітка вказівка на необхідність вибору; диспозитивний, який більш притаманний для приватного права, передбачає застосування аналогії, а дискреційний метод (найбільш притаманний арбітражу) є випадком самостійного встановлення меж розсуду. Тобто, згадані способи, на нашу думку, необхідно окреслити як способи встановлення меж розсуду: вибору, аналогії, розсуду (дискреції).

Дефініція меж розсуду

Логічно близькою до поділу понять (класифікації) є операція дефінітивного визначення. Узагальнюючи вищенаведені підстави поділу розсуду на певні його види можна їх узагальнити у відповідне визначення.

Ми поділяємо схвальну позицію І. Б. Стахури щодо використання такого визначення меж правозастосовного розсуду: «встановлені за допомогою особливого правового інструментарію кордони, у межах яких суб'єкт правозастосування на основі комплексного аналізу обставин юридичної справи уповноважений винести оптимальне рішення з огляду принципів законності, справедливості і доцільності»³⁰⁰. Проте необхідні досить важливі застереження що: 1) у вищій формі розсуду, дискреції, здійснюється не просто «огляд» на певні принципи, а аналогія права на основі загальних принципів права; 2) перелік цих принципів розсуду ми запропонували дещо інший.

Безумовно, що поняття законодавчих меж судового розсуду дещо вужче за обсягом, але більш деталізоване за змістом у порівнянні з загальним поняттям меж розсуду. Як приклад подібних визначень можна навести

³⁰⁰ Стахура І. Б. Поняття і види меж адміністративного розсуду. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 1. С. 101.

наступну дефініцію: «Межі судового розсуду – це встановлений легальними суб'єктами за допомогою спеціальних правових засобів у нормативних правових актах, інших формах права вид правових обмежень, що встановлює межі, в рамках яких суд має можливість вольового вибору для оптимального вирішення юридичного питання»³⁰¹.

Однак націленість нашого дослідження на з'ясування сутності саме законодавчих меж розсуду змусили дещо по-іншому підійти до побудови такої дефініції і покласти в основу не готові доктринальні конструкції, а самостійно проаналізувати соціологічним методом контент-аналізу ті тексти відповідних нормативних актів цивільного (Цивільний кодекс України), господарського (Господарський кодекс України), процесуального (Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс), колізійного (Закон України «Про міжнародне приватне право») та арбітражного законодавства України (Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Закон України «Про третейські суди», Закон України «Про медіацію»), де встановлюються межі розсуду.

Ця дослідницька процедура в наукознавстві отримала назву *операціоналізації* як процесу визначення *нечіткої концепції*, задля того, щоб зробити її вимірною та зрозумілою за допомогою емпіричного спостереження. Таке уточнення значення змісту відбувається через описування реальних прикладів застосування поняття, що операціоналізується і таким чином встановлює зв'язок між концептуальним апаратом дослідження та методологічним інструментарієм. Операціоналізація понять завжди включена у експериментальну ситуацію і не належить до формально логічної операції, бо є емпіричним пошуком індикаторів або засобів фіксації змісту досліджуваних понять, а не процесом побудови теоретичної моделі об'єктів, що цими поняттями визначаються.

³⁰¹ Ермакова К.П. Правовые пределы судебного усмотрения. *Журнал российского права*. 2010. № 8(164). С. 51

Вперше ідею операціоналізації висунув британський фізик Н. Р. Кемпбелл (*Norman Robert Campbell*; 1880 – 1949), методологічний задум якої згодом поширився і на гуманітарні науки³⁰². Однак на рівень загальнонаукової методології операціоналізацію вивив інший фізик-теоретик і філософ науки Персі Вільямс Бріджмен (*Percy Williams Bridgman*; 1882 – 1961)³⁰³. Саме він вважається родоначальником операціоналізму як течії наукової думки.

Сутність своєї методологічної концепції П. В. Бріджмен вербалізував наступним чином: «поняття є синонімом відповідного набору операцій» (*the concept is synonymous with a corresponding set of operations*)³⁰⁴. Отже власне операціоналізацію як виокремлення відповідних операцій-індикаторів він істотно доповнив логічною операцією операційного визначення, за допомогою якої базові поняття репрезентуються як впорядкування сукупності операцій, за допомогою яких вони вимірюються. На основі емпіричної інтерпретації операційні визначення як певні наукові гіпотези доводяться чи спростовуються.

У процесі емпіричного дослідження поняття розсуду було операціоналізоване як сукупність наступних операцій (конструкцій): вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), аналогії права та вільної дискреції, що зафіксовані в чинному законодавстві за допомогою відповідних легальних понять.

Це дозволило емпірично операціоналізувати і поняття *законодавча межа розсуду* як встановлену законом міру свободи мислення та волевиявлення у певній ситуації правореалізації, що окреслюється певними правовими приписами (у термінах операціоналізму – «операціями»).

³⁰² Campbell N. R. *Physics The Elements*. London : Cambridge University Press., 1920. 586 pp. URL: <https://archive.org/details/physicstheelemen029733mbp/page/n3/mode/2up>

³⁰³ Bridgman P. W. *The Logic of Modern Physics*. New York : MacMillan, 1927. 228 pp. URL: <https://archive.org/details/logicofmodernphy00brid/page/n7/mode/2up?ref=ol&view=theater>

³⁰⁴ Bridgman P. W. *The Logic of Modern Physics*. New York : MacMillan, 1927. 228 pp. URL: <https://archive.org/details/logicofmodernphy00brid/page/n7/mode/2up?ref=ol&view=theater>

Такі приписи можуть мати дві основні форми: 1) *нормативно-фіксованого припису*, як диспозитивної норми права, що встановлює певні ліміти розсуду суб'єкта правореалізації через застосування юридичних конструкцій вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості); 2) *установчо-відправного припису* через відсилання до загальних засад законодавства (принципів права свободи, рівності, розумності, справедливості та добросовісності) та інших легальних оціночних понять, на основі яких встановлюються конструкції аналогії права та розсуду (дискреції).

Проведена операціоналізація дозволяє нам сформулювати основну робочу гіпотезу дослідження законодавчих меж арбітражного розсуду.

Законодавча межа арбітражного розсуду – це гранична міра компетенції арбітражного суду (арбітрів) та автономії волі сторін арбітражного розгляду у окремій ситуації правореалізації, яка встановлена в певному нормативно-правовому (законодавчому) акті та окреслюється шляхом застосування відповідних юридичних конструкцій: вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості); аналогії права та розсуду (дискреції). Найбільший регулюючий та нормотвірний потенціал для арбітрів має дискреція, для сторін арбітражного розгляду – арбітражна угода та інші процесуальні угоди. Тому подальше вдосконалення чинного арбітражного законодавства має здійснюватися у напрямку вдосконалення саме цих засобів на основі балансу лібералізації та регламентації.

Наукове видання

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВИХ ВІДНОСИН
В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ**

Збірник наукових праць

Упорядник – **В.І. Полюхович**

Комп'ютерна верстка – Л.В. Андрущенко, Г.Ф. Нікуліна

Підписано до друку 01.11.2023 р. Формат 60x84/16

Обл.-вид. арк. 8,8 Тираж 300 прим. Зам. № 23-010

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Павла Загребельного, 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