

Національний університет Одеська юридична академія
Громадська організація
«Всеукраїнський центр економічного права»
Німецько-українське об'єднання юристів

ПРАВОВІ УМОВИ СПРИЯТЛИВОГО БІЗНЕС-КЛІМАТУ: ДОСВІД НІМЕЧЧИНИ ТА УКРАЇНИ

МАТЕРІАЛИ
міжнародної науково-практичної конференції

27 червня 2019 року, м. Одеса

Одеса
Фенікс
2019

УДК 346.2:330.322(430)(477)(082)

П 685

Видається за підтримки ГО «Всеукраїнський центр економічного права» та Німецько-українського об'єднання юристів

СКЛАД РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ

Співголови:

Ківалов Сергій Васильович, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Президент НУ «ОЮА», народний депутат України;

Подцерковний Олег Петрович, завідувач кафедри господарського права і процесу НУ «ОЮА», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної Академії правових наук України, член Науково-консультативної ради Верховного суду, арбітр МКАС при ТПП України.

Члени редакційної колегії:

Василенко Микола Дмитрович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права і процесу НУ «ОЮА»;

Колодін Деніс Олексійович, кандидат юридичних наук, доцент, декан факультету цивільної та господарської юстиції НУ «ОЮА»;

Драпайло Юліан Зіновійович, кандидат юридичних наук, голова правління ГО «Всеукраїнський центр економічного права»;

Райнер Бірке, адвокат, голова Німецько-українського об'єднання юристів;

Технічний секретар: **Докукіна Діана**

П 685 **Правові умови сприятливого бізнес-клімату: досвід Німеччини та України** : матер. міжн. наук.-практ конф., Одеса, 27 черв. 2019 р.; Гол. ред. колегії: С.В. Ківалов, О.П. Подцерковний. Одеса, Фенікс, 2019. 144 с.

ISBN 978-966-928-422-8

У збірник включено матеріали доповідей, присвячені проблемам правових умов сприятливого бізнес-клімату, виходячи із досвіду Німеччини та України.

Обговорюються теоретичні та практичні аспекти державної економічної політики у цій сфері, проблемні аспекти застосування законодавства та перспективи поглиблення усунення перешкод на шляху ведення бізнесу.

Збірник може бути корисним як для науковців у сфері економіки та права, так і для суддів господарських судів, бізнес-адвокатів, юрисконсультів підприємств та інших осіб, що займаються юридичною практикою у сфері правового забезпечення економіки.

УДК 346.2:330.322(430)(477)(082)

© Кол. авторів, 2019

ISBN 978-966-928-422-8

З М І С Т

<i>С.В. Ківалов</i>	ЩОДО ПОТРЕБ СТАЛОГО РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ ТА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ.	6
<i>О.П. Подцерковний</i>	ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ ПРАВОВИМИ ЗАСОБАМИ І ПРОБЛЕМИ ДЕРЕГУЛЯЦІЇ	9
<i>Б.М. Поляков</i>	КОДЕКС УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА – ОСНОВНІ ЙОГО НОВЕЛИ ТА ПРОБЛЕМИ.	17
<i>Я.В. Баєнко</i>	ШЛЯХИ ВПРОВАДЖЕННЯ НІМЕЦЬКОГО ДОСВІДУ В РОЗВИТОК ОПТОВОГО РИНКУ ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ УКРАЇНИ.	22
<i>О.О. Білий</i>	ВИРОБНИЦТВО ПРОДУКЦІЇ ЯК БІЗНЕСОВИЙ ІНСТРУМЕНТ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ УМОВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ	25
<i>Е.Г. Бойченко</i>	ЧИ СПРИЯЄ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНУ ДІЯЛЬНІСТЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ЦІЙ СФЕРІ?	27
<i>Г.М. Будурова</i>	ПРО ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЗАСНУВАННЯ ТОВАРИСТВ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ В УКРАЇНІ ТА НІМЕЧЧИНІ . . .	31
<i>М.Д. Василенко</i>	ДЕЯКІ АСПЕКТИ КІБЕРБЕЗПЕКИ В СФЕРІ БІЗНЕСУ: РЕКОМЕНДАЦІЇ ЩОДО СТАЛОГО РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ	35
<i>К.А. Возняковська</i>	ЗАХОДИ ВПЛИВУ ДЕРЖАВИ НА ПРОЦЕСИ ПІДТРИМАННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БАНКІВ	40
<i>Л.І. Грабован</i>	ЗАХИСТ ПРАВ КРЕДИТОРІВ У КОДЕКСІ УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА.	43
<i>О.О. Гулько</i>	ЩОДО ПОТРЕБ РОЗШИРЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ ЯК ІНСТРУМЕНТУ ЗАПОБІГАННЯ БІЗНЕС-КОНФЛІКТІВ В УКРАЇНІ.	50
<i>В.В. Добровольська</i>	АУДИТ У НІМЕЧЧИНІ: ПОЗИТИВНИЙ ДОСВІД.	53
<i>А.О. Згама</i>	МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНЦЕСІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК СКЛАДОВА МЕХАНІЗМУ ВЗАЄМОДІЇ БІЗНЕСУ ТА ДЕРЖАВИ.	56
<i>Д.В. Зятіна</i>	НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ КОНЦЕСІЇ В УКРАЇНІ.	60

<i>О.О. Квасницька</i> ДО ПРОБЛЕМ ІНТЕГРОВАНОГО ПЛАНУВАННЯ ТЕРИТОРІЙ ТА ПЕРСПЕКТИВ У РЕГУЛЮВАННІ ЗБАЛАНСОВАНОЇ ЗАБУДОВИ.	64
<i>Н.С. Кирєєва</i> АЛЬЯНС «ЗА МАЙБУТНЄ ПРОМИСЛОВОСТІ» ЯК ІНСТИТУЦІЙНИЙ МЕХАНІЗМ СТИМУЛЮВАННЯ РОЗВИТКУ БІЗНЕСУ В НІМЕЧЧИНІ	68
<i>Д.О. Колодін</i> ЮРИДИЧНУ ОСВІТУ – НА СЛУЖБУ ЕКОНОМІКИ.	71
<i>А.О. Костюкова</i> ЩОДО НАПРЯМІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ ТЕАТРАЛЬНО-КОНЦЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИХ ЗАСАДАХ.	74
<i>Н.С. Лавренюк (Ігнатова)</i> ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВЕДЕННЯ УКРАЇНСЬКОГО ГАЗОПОТОКОВОГО БІЗНЕСУ В УМОВАХ БУДІВНИЦТВА «ПІВНІЧНОГО ПОТОКУ-2»	77
<i>А.А. Мельник</i> ВИКОРИСТАННЯ ДОСВІДУ КОМПАНІЙ MITTELSTAND ЯК СТИМУЛ ДЛЯ РОЗВИТКУ МАЛОГО ТА СЕРЕДНЬОГО БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ	80
<i>С.Б. Мельник</i> ЗАКОНОДАТЕЛЬНО-ИНСТИТУЦИОННАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА КОНКУРЕНТНОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ ХОЗЯЙСТВЕННОЙ (БИЗНЕСОВОЙ) ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ	83
<i>Р.Б. Поляков</i> КОНКУРСНИЙ ПРОЦЕС СТАРОДАВНЬОГО РИМУ	86
<i>Л.Д. Романадзе</i> ЮРИДИЧНЕ ОФОРМЛЕННЯ ДОМОВЛЕНОСТЕЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ.	93
<i>В.М. Слатвінська</i> ПЕРСПЕКТИВНІСТЬ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВОДНОГО ТРАНСПОРТУ.	96
<i>Т.Б. Сорокина</i> ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ РЕСТОРАННОГО ХОЗЯЙСТВА В ПАРАДИГМЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ.	99
<i>Т.В. Степанова</i> ЩОДО ПЕРСПЕКТИВ СПРІЯННЯ ВЕДЕННЮ БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ	102
<i>О.В. Туровець</i> ЩОДА НЕОБХІДНОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ АНАЛОГІЇ	105
<i>А.Г. Федосова</i> ДОСВІД НІМЕЧЧИНИ У РОЗВИТКУ ДПП	110

І.М. Феофанова

ПРИНЦИПИ НАДАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ
В НІМЕЧЧИНІ, ЯК КРАЇНІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ 114

В.В. Чайковська

ЩОДО ПОТРЕБ ВПРОВАДЖЕННЯ ПОНЯТТЯ
МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕД
НА ЗАМІНУ ПОНЯТТЯ АДАПТАЦІЇ
ВІДПОВІДНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 117

Ю.І. Швець

ЗАЛУЧЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ ДО УПРАВЛІННЯ
АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ
ДОСВІДУ НІМЕЧЧИНИ В УКРАЇНСЬКЕ
ЗАКОНОДАВСТВО 121

А.В. Шевчук

НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ
ПІДТРИМКИ МАЛОГО БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ
В КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАРУБІЖНОГО
ДОСВІДУ (НА ПРИКЛАДІ НІМЕЧЧИНИ) 125

Birke Rainer

STRAFRECHTLICHE INSTRUMENTE GEGEN KORRUPTION
IN DEUTSCHLAND 129

ЩОДО ПОТРЕБ СТАЛОГО РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ ТА ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

С.В. Ківалов

академік НАПрН України, д.ю.н., професор

Президент Національного університету «Одеська юридична академія»

Україна проходить складний період свого існування, пов'язаний із політичною та економічною нестабільністю, частого коливання регулюючого впливу держави на бізнес, конституційної та структурних реформ, які створюють ситуацію невизначеності та невпевненості підприємців у завтрашньому дні. Сама по собі така невизначеність є дуже небезпечною, адже призводить до зменшення інвестиційних надходжень в економіку країни та, відповідно, зменшує базу для зростання ВВП, гальмує збільшення дохідної частини Державного бюджету. Звісно, в таких умовах говорити про стале зростання доходів громадян України теж не доводиться. Це у свою чергу призводить до соціальних конфліктів, невдоволення, розчарування та трудової міграції.

Позитивні зрушення в цьому контексті можуть забезпечити лише чіткі та послідовні кроки держави на створення економічної та правової стабільності. Сьогодні слід говорити про потребу прагматизації усіх сфер суспільних відносин, які існують в економічному середовищі.

В першу чергу виражених підходів потребують зміни до законодавства. Замість поглиблення його кодифікації та подальшої компактизації на базі Господарського кодексу України за прикладом Бельгії, Туреччини, Естонії, Казахстану, Франції, Німеччини тощо, замість давно очікуваного узгодження положень Господарського кодексу з положеннями Цивільного кодексу України, спостерігаємо чи не щорічні ідеї щодо декодифікації господарського законодавства. Приймаються сотні нових законів без попереднього обговорення в науковому середовищі. Це руйнує стабільність економічних відносин, не враховує, що розвиток економіки можливий лише в умовах порядку та сталості законодавства.

Звісно, вдосконалення господарського законодавства не можна зупиняти. Воно має стати віддзеркаленням загальноєвропейських

підходів до специфічного регулювання професійної господарської діяльності в порівнянні з майновими відносинами споживчого характеру. Підтвердження цьому – комерційні, підприємницькі чи торгові кодекси Франції, Німеччини, Австрії, Польщі, Чехії, США, Японії та інших країн.

Але це вдосконалення не може перетворюватися на суцільні експерименти у правовій системі. Наочні приклади – реформування дозвільної системи у сфері ведення бізнесу, зміна правил кредитування, складне адміністрування податків тощо.

Розвиток підприємництва і бізнесу сьогодні вимагає усталених та концептуальних форм правового закріплення господарських відносин, що враховують нагальні запити українського суспільства на побудову потужної соціально орієнтованої економіки, забезпечення конституційних принципів свободи підприємництва в рамках, визначених законом, захист прав суб'єктів господарювання та споживачів від порушення їх прав та законних інтересів з боку державних органів, господарюючих суб'єктів, монопольних утворень.

Особливої уваги та підтримки в умовах сьогодення потребує в Україні сфера інтелектуальної власності, яка має виступати рушійною силою, підґрунтям економічного розвитку, інвестиційної привабливості нашої країни. При цьому в першу чергу підтримки потребують наші наукові установи, заклади вищої освіти, фахівці яких створюють нові об'єкти права інтелектуальної власності. Натомість ситуація лише погіршується. Постановою Кабінету Міністрів України від 12.06.2019 р. про затвердження змін до постанови КМУ від 27.12.2001 р. № 1756 і від 23.12.2004 р. № 1716 суттєво збільшено розмір платежів за подання заявки на отримання охоронних документів на об'єкти права інтелектуальної власності. 18 червня подана Петиція №41/002359-19еп «Скасування постанови про підвищення розміру державних зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності». Така негативна реакція на збільшення вартості послуг у сфері охорони прав інтелектуальної власності є цілком передбачуваною, оскільки фінансова підтримка наукових досліджень не відповідає потребам сьогодення, так само як і заробітна плата наукових працівників. Механізми ефективної комерціалізації результатів інтелектуальної діяльності закладів вищої освіти та наукових установ не працюють на належному рівні. Це може призвести до зниження реєстраційної

активності, що зробить наших авторів та винахідників беззахисними перед недобросовісними користувачами та знизить конкурентоздатність на міжнародному ринку інтелектуальної власності.

Нагальною потребою сьогодення є й інтеграція національної економіки в світові економічні процеси шляхом поступового та змістовного оновлення законодавства в межах міжнародних (регіональних) організацій і глобальних систем, де відбувається постійна уніфікація економічного регулювання та вироблення правил, сприяючих підтримці конкурентоспроможності бізнесу і захисту інвестицій.

Саме тому надзвичайно актуальною для України є гармонізація вітчизняного законодавства з господарським і митним законодавством ЄС і правилами СОТ, поглиблення кодифікації господарсько-правових норм для усунення множинності актів господарського законодавства, підвищення привабливості вітчизняної економіки для інвесторів за рахунок створення стабільних, зрозумілих і передбачуваних «правил гри» в економіці, проведення структурних реформ, покликаних переорієнтувати економіку країни на інноваційний шлях розвитку, становлення України як могутнього регіонального лідера транспортних, виробничих і наукових галузей економіки.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ ПРАВОВИМИ ЗАСОБАМИ І ПРОБЛЕМИ ДЕРЕГУЛЯЦІЇ

О.П. Подцерковний

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри господарського права і процесу доктор юридичних наук,
професор, арбітр МКАС при ТПП України, член-кореспондент НАПрНУ*

Безпекові питання розвитку держави сьогодні набувають усе більшої актуальності завдяки збільшенню ризиків сталому функціонуванню України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної і правової держави. Сукупність вказаних характеристик, визначених у статті 1 Конституції України, неможливо забезпечити без потужної економіки та постійного розвитку тих її ланок, які здатні в умовах різноманітних зовнішніх і внутрішніх викликів попереджати дестабілізацію фінансово-економічної ситуації та слугувати надійною основою для формування доходів Державного та місцевих бюджетів, зайнятості населення, екологічного, освітньо-наукового і демографічного розвитку країни.

На жаль 28 років незалежності України характеризуються недостатньою ефективністю державної безпекової політики, коли неповною мірою задовольняються суспільні потреби усунення зовнішніх та внутрішніх загроз сталого та поступального розвитку господарських відносин на сучасній науковій основі. Також неповною мірою використовуються позитивні приклади зарубіжних країн щодо правового забезпечення елементів економічної безпеки як запоруки добробуту людей та розвитку усіх інститутів громадянського суспільства, які не можуть ефективно розвиватися в умовах різких змін матеріального базису під впливом зовнішніх та внутрішніх чинників. Аналіз сьогодення і перспектив ефективного забезпечення економічної безпеки в Україні свідчить про те, що притаманні нашій державі підходи, форми, методи і механізми правового усунення загроз сталому розвитку економіки не лише не створюють умови для підвищення ефективності економіки, але й провокують часті коливання регулюючого впливу, які за своєю природою самі становлять загрозу продуктивним силам суспільства. Також звертає на себе увагу розбіжність між економічними

та правовими поглядами на систему функціонування безпекової складової суспільного розвитку, що не дозволяє повною мірою інтегрувати безпекові елементи державної економічної політики у звичайні господарські механізми, утворює можливості для руйнівного впливу зовнішнього агресора та внутрішніх негативних чинників на економічні відносини.

Почасти відповідальні державні рішення приймаються без достатньої уваги до безпекових складових суспільних відносин.

Чого тільки варто, наприклад, нещодавнє скасування Указу Президента «Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки» 1995 року, зокрема, штрафні санкції за проведення готівкових розрахунків без подання одержувачем коштів платіжного документа (товарного або касового чека, квитанції до прибуткового ордера, іншого письмового документа), який би підтверджував сплату покупцем готівкових коштів; штрафні санкції за неоприбуткування, неповне та/або несвоєчасне оприбуткування у касах готівки тощо.

Такі рішення мають безпосередній вплив на рівень тінізації економіки, адже усі прогресивні зрушення у сфері примусу НБУ до використання безготівкового обігу, який є найвиразним інструментом запобігання тіншових операцій, не будуть нічого варті без реальних санкцій до порушників відповідних норм. Не кажучи вже про те, що у цьому разі виникають запитання щодо конституційності скасування Указів Президента, які діяли до прийняття відповідних законів, а не до їх скасування. При чому, представники бізнесу скаржилися у цьому разі не стільки на існування цього Указу як такого, а на непропорційно великі штрафи, що ним впроваджувалися (іноді – до 5-кратної суми готівки)[2]. Але це питання можна було б вирішити навіть за допомогою судової практики, реалізуючи відповідні рішення ЄСПЛ, а також внесенням Президентом України в Верховну Раду відповідного Закону, що унормував би такі питання. Разом із тим маємо досить загрозливу, як для економіки зі значною тіншовою частиною, дію з усунення з правової системи вагомих стимулів безготівкового обігу.

Звичайно, негативний рівень наведеного рішення на економічні відносини можна буде відчутити не одразу, адже в Україні сформувалися певні традиції використання готівки у господарському обігу. Але після перших відчутних порушень цієї традиції виникає

загроза дестабілізації економічних відносин завдяки різкому збільшенню готівкової маси та зменшенню обсягу коштів, що використуються в банківській системі.

Не менші зауваження можна заявити й щодо скасування мінімальної суми сплати послуг за нотаріальні дії. Основною ідеєю Указу було зрівняння розміру плати за послуг державних та приватних нотаріусів. Тепер приватні нотаріуси не маю додержуватися будь-яких обмежень. На перший погляд, вільне ціноутворення сприяє ринковим відносинам. Але з іншого – по суті йдеться про скасування вагомого джерела наповнення бюджету та перенесення тіньових операцій у ранг приховування реальних розмірів нотаріальних послуг. Також необхідно враховувати, що нотаріальні послуги не є можуть сприйматися повноцінним ринковим механізмом і тут не можна створювати повноцінну конкуренцію, адже вона може відбутися на шкоду якості надання нотаріальних послуг та призведе до зловживань. Це типова комерціалізація чергової сфери суспільного життя, яка не має бути комерціалізованою за природою.

Попри численні зауваження до скасування низки Указів Президента необхідно зауважити про те, що відповідні скасування відбулися без реального експертного обговорення, це, вочевидь не відповідає зарубіжному досвіду у відповідній сфері та ґрунтується на вельми сумнівній концепції вільного ринку, який саме себе врегулює. Ця концепція була фактично відкинута розвинутими країнами світу, а рівень регулювання економіки, особливо у фінансовій сфері, грошового обігу в цивілізованому світі постійно зростає.

Так само в Західних країнах постійно збільшуються вимоги до суб'єктів господарювання у контексті захисту прав споживачів. В Україні цей захист постійно зменшується. Нещодавній приклад – скасування Кабінетом Міністрів України вимоги щодо оформлення книг скарг та пропозицій, що очевидно підриває потребу громадян у механізмі зворотного зв'язку між власниками бізнесу та споживачами.

По суті йдеться про скасування публічно-господарської вимоги, яка не несла будь-яких істотних організаційних та майнових обтяжень для бізнесу, але слугували гарантією додержання прав споживачів. Відповідно, маємо непропорційне скасування обмежень свободи підприємництва на шкоду прав споживачів, що, до

речі, ставить питання про пропорційність не лише заходів державного впливу, але й заходів скасування інструментів захисту прав споживачів.

У 2015 році була вчинена спроба скасувати вимоги до нотаріального посвідчення підписів засновників на установчих документах суб'єктів господарювання. Це вилилося у численні рейдерські напади на бізнес та вимусило владу повернутися до традиційної практики нотаріального посвідчення підписів засновників на установчих документах.

Численні приклади непередбаченого дерегулювання можна спостерігати у змінах до Господарського кодексу України. Чого тільки варта у цьому контексті виключення частини сьомої статті 63 Господарського кодексу України на підставі Закону № 4618-VI від 22.03.2012, яка передбачала поділ підприємств залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції за рік на малі підприємства, середні та великі підприємства, із встановленням відповідних критеріїв застосування норм Кодексу.

Здавалося б таке виключення можна було б допустити лише в умовах відсутності потреби у градації підприємств залежно від кількості працюючих та обсягу валового доходу від реалізації продукції за рік. Але такі умови відсутні. Зокрема, Законом України від 05.10.2017 р. №2164-VIII внесено зміни до ст. 2 Закону про бухоблік, а саме: додано класифікацію підприємств (крім бюджетних установ). Тепер усі підприємства можуть належати до мікропідприємств, малих, середніх або великих підприємств. Законом України від 05.10.2017 р. №2164-VIII «Про внесення змін до Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» (щодо удосконалення деяких положень) внесено зміни до ст. 2 Закону про бухоблік, а саме: додано класифікацію підприємств (крім бюджетних установ). Тепер усі підприємства можуть належати до мікропідприємств, малих, середніх або великих підприємств.

І це при тому, що Угода про асоціацію Україна – ЄС ч. 1 ст. 76 Опередбачає «Законодавство та процедури»¹. Сторони домовилися, що їхнє відповідне торговельне та митне законодавство, як принципове питання, має бути стабільним та всеохоплюючим та, що положення і процедури мають бути пропорціональними, прозорими, передбачуваними, недискримінаційними, об'єктивними й

мають застосовуватися уніфіковано та ефективно, а також, *inter alia*, забезпечать: «f) скорочення витрат і збільшення передбачуваності для суб'єктів господарювання, зокрема для малих та середніх підприємств». Глава 10 Угоди про асоціацію «Політика у сфері промисловості та підприємництва передбачає у статті 378, що сторони розвивають та зміцнюють співробітництво з питань політики у сфері промисловості та підприємництва і таким чином покращують умови для підприємницької діяльності для всіх суб'єктів господарювання з особливою увагою до малих та середніх підприємств (МСП). У ст. 379 Угоди прямо встановлено зобов'язання: впровадження стратегій розвитку МСП, що ґрунтується на принципах Європейської хартії малих підприємств. Отже, є зобов'язання щодо впровадження відповідної Хартії малих підприємств, законодавча підстава реалізації якого, як виходить, скасована.

Усе це показує, що скороспіле виключення положень про малі та середні підприємства не мало ані економічної, ані правової підстави, але фактично вибило законодавчу базу з-під їх кваліфікації та потребує сьогодні термінового перезакріплення в ГК України. Адже державна економічна політика не може не враховувати різницю у регулюючому впливі на підприємства різної економічної сили – великі малі та середні. Звісно, якщо йдеться про системну державну економічну політику. А саме за відсутності такої системності, підкріпленої виключенням кваліфікації відповідних підприємств з провідного кодифікованого акту господарського законодавства, навряд чи не доводиться говорити про дієве сприяння державою розвитку економіки.

Названі та багато інших прикладів з регуляторної політики показують, що невідкладно потрібно починати робити політико-правові висновки, пропонуючи на законодавчому рівні поставити перешкоди на шляху дестабілізації ринкових відносин.

Тут має бути враховано, що у публічно-правових обмеженнях свободи господарської діяльності зацікавлена не лише держава, але й самі суб'єкти господарювання. Ці обмеження у багатьох випадках слугують гарантією утвердження суспільного господарського порядку в економіці, стають на заваді отримання неконкурентних переваг одних суб'єктів перед іншими, виключають «хижацькі» способи ведення бізнесу тощо.

Багато у чому необґрунтована дерегуляція має елементи загрози національній безпеці. Особливо, якщо ця дерегуляція відбувається без фахового обговорення та у спосіб, що суперечить загальним засадам державної регуляторної політики.

На жаль, прийнятий у 2018 році Закон України «Про національну безпеку» питання економічної безпеки розглядає досить поверхнево.

Можна відмітити, що сталий розвиток національної економіки у ч. 3 ст. 3 названо другим фундаментальним національним інтересом після державного суверенітету і територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу, недопущення втручання у внутрішні справи України. Крім того, у ч. 4 цієї ж статті Закону зазначено, що державна політика у сферах національної безпеки і оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки України тощо. На жаль на цьому по суті закінчується законодавче врегулювання питань економічної безпеки.

У цьому контексті, зокрема Є.М. Білоусов навіть відзначав, що закон «фактично нівелює значення стратегії економічної безпеки, роблячи з неї лише окремий напрям забезпечення загальнонаціональної безпеки. Така позиція, за умови виділення в окремі програмні документи стратегії забезпечення воєнної, громадської та цивільної, кібербезпеки тощо, означає другорядне значення економічного сектору, на думку законодавця, в процесі вирішення безпекових проблем України»[2].

І ця проблема не випадкова, адже серед напрямів національної безпеки саме економічна безпека не знаходить визначення у положеннях Закону, хоча визначаються поняття воєнної безпеки, державної безпеки тощо.

Законом скасовано інший «безпековий» закон: «Про основи національної безпеки України», який не просто згадував поняття економічної безпеки, але й характеризував «загрози національної безпеки», зокрема, у сфері економіки:

– істотне скорочення внутрішнього валового продукту, зниження інвестиційної та інноваційної активності і науково-технічного та технологічного потенціалу, скорочення досліджень на стратегічно важливих напрямках інноваційного розвитку;

- ослаблення системи державного регулювання і контролю у сфері економіки;
- нестабільність у правовому регулюванні відносин у сфері економіки, в тому числі фінансової (фіскальної) політики держави; відсутність ефективної програми запобігання фінансовим кризам; зростання кредитних ризиків;
- критичний стан основних виробничих фондів у провідних галузях промисловості, агропромислового комплексу, системах життєзабезпечення;
- недостатні темпи відтворювальних процесів та подолання структурної деформації в економіці;
- критична залежність національної економіки від кон'юнктури зовнішніх ринків, низькі темпи розширення внутрішнього ринку;
- нераціональна структура експорту з переважно сировинним характером та низькою питомою вагою продукції з високою часткою доданої вартості;
- велика боргова залежність держави, критичні обсяги державних зовнішнього і внутрішнього боргів;
- небезпечно для економічної незалежності України зростання частки іноземного капіталу у стратегічних галузях економіки;
- неефективність антимонопольної політики та механізмів державного регулювання природних монополій, що ускладнює створення конкурентного середовища в економіці;
- критичний стан з продовольчим забезпеченням населення;
- неефективність використання паливно-енергетичних ресурсів, недостатні темпи диверсифікації джерел їх постачання та відсутність активної політики енергозбереження, що створює загрозу енергетичній безпеці держави;
- «тінізація» національної економіки;
- переважання в діяльності управлінських структур особистих, корпоративних, регіональних інтересів над загальнонаціональними.

Виникає запитання – скасування згадки на відповідні загрози означає, що це вже не загрози, чи це відмова від захисту економічної безпеки загалом?! Запитання залишається відкритим, але воно не може залишатися відкритим.

За такої ситуації завданням юристів-господарників стає підняття на новий рівень фахової дискусії щодо побудови сучасних меха-

нізмів господарсько-правового забезпечення економічної безпеки України, адаптованих до потреб ринкових відносин, накопиченої практики господарювання та пристосованих до управлінських потреб державних органів. При цьому вказане осучаснення вимагає ґрунтовного наукового відповідного практичного досвіду України щодо впровадження економіко-правових реформ; відповідних стандартів і досвіду ЄС та інших іноземних держав; комплексного дослідження та термінового і ефективного вирішення конкретних проблем в даній

Література

1. Фатєєва А.А. Драконівські штрафи в сфері обігу готівки: скасування у суді та скасування взагалі за допомогою практики ЄСПЛ URL: <https://taxlink.ua/ua/blog/drakonivski-shtrafi-v-sferi-obigu-gotivki-skasuvan.htm#hcq=qAvVeur>
2. Білоусов Є.М. Господарсько-правові засоби забезпечення економічної безпеки України», подану на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право». – 12.0.04; Національний університет імені Ярослава Мудрого, 2018. – С.

КОДЕКС УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА – ОСНОВНІ ЙОГО НОВЕЛИ ТА ПРОБЛЕМИ

Б.М. Поляков

*Суддя Київського апеляційного господарського суду,
доктор юридичних наук, професор*

Опублікований текст Кодексу України з процедур банкрутства (надалі КУПБ) одразу викликав плідні дискусії у юридичних колах. Вважаємо, що він має серйозні недоліки, які необхідно висвітлити, щоб законодавець мав можливість в терміновому порядку все виправити.

Якщо по відношенню до поняття боржника-фізичної особи серйозних проблем не виникає, то щодо юридичних осіб є ряд неточностей, які потребують глибокого аналізу. Тому в цій статті мова піде виключно про боржника-юридичну особу як суб'єкта банкрутства по КУПБ.

Стаття 1 попереднього нормативно-правового акту Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (надалі Закон про банкрутство) дає поняття боржника як юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності або фізичної особи за зобов'язаннями, які виникли з підприємницької діяльності, неспроможна виконати протягом трьох місяців свої грошові зобов'язання. Як впливає зі змісту наведеної норми, підприємницька діяльність є визначальною для суб'єкта банкрутства, яким можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

Стаття 1 КУПБ вже не містить щодо боржника-юридичної або фізичної особи такого фактора як заняття підприємницькою або комерційною діяльністю. Так, в силу зазначеної статті Кодексу боржник – юридична особа або фізична особа, в тому числі підприємець, неспроможна виконати свої грошові зобов'язання, термін яких наступив. Ця обставина, з одного боку, грає позитивну роль, так як нерідко різного роду громадські організації, благодійні фонди, споживчі кооперативи безпідставно займалися комерційною діяльністю торгуючи металом, лісом, обладнанням, проте в силу Закону про банкрутство не були суб'єктами банкрутства. З іншого боку, повна законодавча свобода в визнанні банкрутом будь-якого

суб'єкта цивільних правовідносин за некомерційну діяльність, може призвести до ряду негативних наслідків.

Пропонуємо проаналізувати ряд норм КУПБ, що містять певні фільтри, які прямо або опосередковано обмежують тих чи інших суб'єктів бути боржником у відносинах банкрутства. Для початку варто звернутися до змісту поняття боржника, яке дає ст. 1 КУПБ. Нею визначено, що боржником можуть бути юридичні і фізичні особи. З цього випливає, що структурні підрозділи юридичної особи, в тому числі філії та представництва, не можуть бути суб'єктами банкрутства.

Другий фільтр ми знаходимо тут же. Він стосується наявності у боржника перед кредитором грошового зобов'язання. При цьому законодавець не вимагає, щоб таке зобов'язання виникло виключно на основі цивільно-правової угоди (договору). Воно може виникати так само з інших підстав, передбачених законодавством взагалі (зобов'язання зі сплати податків і зборів, по заробітній платі тощо). Ряд видів грошових зобов'язань законодавець виключив з об'єкта банкрутства (неустойка (пеня, штраф), аліменти тощо).

Стаття 2 КУПБ як третій фільтр виводить з-під дії Кодексу банки і казенні підприємства.

Нарешті, три категорії боржників, щодо яких з процесуальних підстав не можна приймати заяву про відкриття провадження у справі про банкрутство нам дає, як четвертий фільтр, ст. 37 КУПБ. Це боржники, щодо яких: затверджено план досудової санації (ст. 5); порушено провадження у справі про банкрутство; припинена діяльність як юридичної особи (ліквідація або реорганізація). Також, відповідно до вказаної норми, не можна приймати заяву про відкриття процедури банкрутства, якщо на це відносно боржника Кодексом встановлені заборони. Такі обмеження щодо юридичних осіб містять ст.ст. 1, 2 КУПБ.

На відміну від позовного провадження, конкурсний процес передбачає відкриття процедури у справі на етапі підготовчого судового засідання. Підсумком такого засідання є прийняття господарським судом рішення у вигляді відкриття або відмови у відкритті провадження у справі про банкрутство. КУПБ, на відміну від свого попередника, містить тільки дві підстави для відмови у відкритті справи про банкрутство. Це, в силу статті 39 частини 6 КУПБ, коли: вимоги кредиторів є спірними і підлягають розгляду

в порядку позовного провадження; вимоги кредитора задоволені повністю боржником до підготовчого засідання.

П'ятий фільтр встановлює ч. 6 ст. 39 КУПБ як фільтр процесуального характеру відносно боржників, чиї вимоги є спірними або погашеними в повному обсязі. Для таких боржників також діє заборона на відкриття справи про банкрутство.

Пропонуємо проаналізувати ст. 90 КУПБ, де наведено перелік підстав для закриття справи про банкрутство і в частині тих, які безпосередньо пов'язані з безпідставним (помилковим) його відкриттям. Ця норма є свого роду шостим фільтром.

Перша підстава стосується боржників, які не внесені (відсутні) до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (надалі Єдиного державного реєстру). Така підстава, як перешкода для відкриття справи про банкрутство, взагалі відсутня в ст. 37 КУПБ. І виходить парадоксальна ситуація, коли боржник відсутній в Єдиному державному реєстрі, однак суд не має право відмовити в прийомі заяви кредитора та змушений буде відкрити процедуру банкрутства, щоб потім її закрити. Але, на жаль, наведений випадок не вичерпує проблем з Єдиним державним реєстром, які будуть розглянуті нижче.

Друга підстава стосується припинення діяльності боржника як юридичної особи (ліквідація та реорганізація). Третя полягає в наявності провадження справи про банкрутство щодо того ж самого боржника. Четверта стосується заборони на розгляд справи в господарських судах України. П'ята підстава полягає у відсутності у боржника ознак неплатоспроможності.

Слід мати на увазі, що друга, третя і четверта підстави збігаються з диспозицією ст. 37 КУПБ. Що ж стосується шостої підстави, то вона так само відсутня у ст.ст. 37, 39 КУПБ, яка залишилася у спадок від колишньої редакції ст. 83 Закону про банкрутство, де цій обставині надавалося серйозне значення. Вона стосувалася розміру грошових вимог, характеру грошових зобов'язань, їх безспірності і наявності грошових зобов'язань. В якійсь мірі дана підстава актуальна і для КУПБ, наприклад, по відношенню до характеру грошових зобов'язань (неустойка (штраф, пеня), аліменти тощо) і наявність боргу.

Таким чином, з проведеного аналізу ст.ст. 1, 2, 37, 39, 90 можна вивести поняття боржника-юридичної особи, який є суб'єктом бан-

крутства по КУПБ. Це – боржник-юридична особа, крім банків і казенних підприємств, який не припинив свою діяльність, внесений до Єдиного державного реєстру, неспроможний виконати свої неоспорені і незадоволені грошові зобов'язання, термін виконання яких вже настав. Вказане визначення дозволяє зробити висновок, що збанкрутувати можна будь-яку юридичну особу (профспілку, гаражний кооператив, адвокатське об'єднання, релігійну організацію, політичну партію, будь-який державний орган, орган місцевого самоврядування).

Така ситуація пояснюється наступним. Відповідно до ст. 83 Цивільного кодексу України та ст.ст. 1, 3 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», державні органи та органи місцевого самоврядування як юридичні особи підлягають державній реєстрації. Всі відомості про них вносяться до державного реєстру. Заборони на їх банкрутство, як випливає з наведеного аналізу, КУПБ не містить. Стаття 104 частина 6 ЦК України, вказує, що порядок припинення юридичної особи в процесі відновлення її неплатоспроможності або банкрутства встановлюється законом. Іншим словом, ЦК України із зазначеного питання відсилає до спеціального закону. Таким явраз і є КУПБ.

Державні органи, органи місцевого самоврядування, діючи як юридичні особи, вступають в цивільні правовідносини в якості споживачів послуг, укладаючи відповідні договори на: електро-, тепло-, водопостачання; послуги зв'язку тощо. В результаті, між споживачами і постачальниками виникають грошові зобов'язання в розумінні ст. 1 КУПБ. Тільки тепер, в разі визнання боргу споживачем, постачальник послуг в силу ст.ст. 1, 8, 34, 37, 39 КУПБ може відразу ініціювати процедуру банкрутства оминаючи позовне провадження. Відсутність законодавчих обмежень з боку державних органів і органів місцевого самоврядування як юридичних осіб бути боржниками в справах про банкрутство може привести до паралічу державної влади в країні.

Тепер через процедуру банкрутства можна не тільки обмежити господарську діяльність зазначених суб'єктів, а й в силу ст. 40 КУПБ припинити повноваження керівника або органу управління боржника ще на етапі процедури розпорядження майном. Для того, щоб зробити такого роду політичну диверсію, будь-якому зацікав-

леному суб'єкту досить викупити борг держоргану у постачальника послуг.

Справа в тому, що Закон про банкрутство 2011р. був розрахований на юридичних осіб-підприємців, тобто на осіб, що здійснюють комерційну діяльність. Це стосується наслідків відкриття справи про банкрутство, заходів щодо забезпечення вимог кредиторів, обмежень правосуб'єктності боржника, арбітражного управління, формування та реалізацію ліквідаційної маси тощо. І тепер весь цей арсенал традиційних засобів конкурсного процесу, розрахований на комерційну діяльність, тобто на підприємця, може зіграти злий жарт з юридичними особами-державними органами та органами місцевого самоврядування.

Для того, щоб не «збанкрутувати» і таким чином не ліквідувати державні органи та органи місцевого самоврядування, необхідно в терміновому, порядку внести зміни в КУПБ, точніше в ст. 2, виклавши частину 4 в такій редакції: «Положення цього Кодексу не застосовуються до юридичних осіб-державних органів та органів місцевого самоврядування, казенних підприємств». Якщо цього не зробити, то все це призведе до непоправних негативних наслідків політичного та економічного життя країни.

ШЛЯХИ ВПРОВАДЖЕННЯ НІМЕЦЬКОГО ДОСВІДУ В РОЗВИТОК ОПТОВОГО РИНКУ ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ УКРАЇНИ

Я.В. Баєнко

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу*

Очевидним є факт відношення України до країн з дефіцитом енергетичних ресурсів, оскільки рівень задоволення потреб в енергетичних ресурсах за рахунок власного виробництва дорівнює п'ятдесяти відсоткам. Однією з причин такого стану в паливно-енергетичному комплексі (далі – ПЕК) є дуже низький рівень енергоємності. Схожа ситуація складалася і в Німеччині, яка серед європейських країн посідає перше місце щодо обсягу споживання первинних енергоресурсів, у структурі яких частка вуглеводів перевищує 85% внутрішнього попиту на первинну енергію. Економіка країни на 70% залежить від імпорту вуглецевої сировини. Однак Німеччина – це найбільший виробник електроенергії в Європі. Сьогодні електроенергетична галузь Німеччини характеризується децентралізованою структурою з вертикально інтегрованими компаніями, які здійснюють свою діяльність одночасно як виробники, мережеві оператори і постачальники електроенергії з роздільним фінансовим обліком за видами діяльності, що відповідає вимогам Директив 2009/72/ЄС і 2009/73/ЄС.

Процес переходу на систему вільного ціноутворення супроводжувався прийняттям ряду нормативно-правових актів, які містять переважно імперативні норми права. До одного з таких жорстких обмежень відноситься, за необхідності підвищення тарифу на електроенергію, необхідність врахування компаніями динаміки і рівня підвищення споживчих та індикативних цін в економіці, динаміки цін на ринку паливних ресурсів. При цьому підвищення роздрібного тарифу для соціальної сфери та населення було можливим лише в разі підтвердження відповідного зростання доходів населення [3]. Наразі, 5 червня 2019 року постановою Кабміну № 483 затверджено «Положення про покладення спеціальних обов'язків на учасників

ринку електричної енергії для забезпечення загальносупільних інтересів у процесі функціонування ринку електричної енергії». Зі змісту цієї постанови вбачається її декларативна мета, а саме забезпечення стабільності, належної якості та доступності електричної енергії, підтримання належного рівня безпеки її постачання споживачам без загрози першочерговій цілі створення повноцінного ринку електричної енергії, заснованого на засадах вільної конкуренції з дотримання принципів прозорості та недискримінації. Однак прийняття подібних підзаконних нормативно-правових актів, дублюють положення окремих законів, більш того – не узгоджуються з чинним антимонопольним законодавством. Такий стан речей став можливим за відсутності застосування системного підходу в правотворчій діяльності, а також використання інтерсуб'єктивності в якості однієї з домінуючих тенденцій сучасного наукового пізнання, яка визначає визнання іншими суб'єктами певних знань, а не існування незалежного від суб'єкта об'єкта. Необхідність застосування даного принципу при дослідженні механізму регулювання ОРЕ вбачається у зв'язку із його структурно-функціональними характеристиками. Саме такий підхід мав місце в процесі реформування електроенергетики Німеччини, оскільки реформування провадилося виважено, практично без радикальної зміни діючої на той час структури господарських зв'язків, врахуванням інтересів як побутових та промислових споживачів, так і інших суб'єктів ринку. Реформування ж національного ОРЕ здійснюється стрімко, що призводить до домінування на ринку вертикально-інтегрованих компаній та зловживання монопольним становищем. Прибуток усіх виділених дочірніх компаній, які займаються транспортом, генерацією, збутом – повинен поєднуватися з ефективністю їхньої діяльності, спрямованої на підвищення надійності та доцільності роботи, розвитку інфраструктури.

За результатами аналізу чинного національного енергетичного законодавства виділяємо три напрямки реформування: перехід від регульованого ціноутворення до конкурентного, формування оптимального балансу на ОРЕ, інтеграція об'єднаної енергетичної системи України з енергетичною системою ЄС.

Прогаლიною у національному енергетичному законодавстві, на відміну від досвіду Німеччини є відсутність дієвих механізмів доступу усіх споживачів до вільного вибору постачальників електроенергії.

В Німеччині реформа енергоринку реалізовувалася приблизно сім років, з врахуванням досвіду сусідніх країн та здійснювалася в чотири етапи: сплановане та системне формування законодавчої і нормативної бази електроенергетики до початку дерегулювання ОРЕ, оптимізовано ціни на різні види палива для електростанцій, створено нормативні резерви потужностей ще в умовах регульованого ринку, організовано потужні електричні зв'язки з країнами ЄС в цілях використання додаткових резервних потужностей.

Національне енергетичне законодавство в контексті реформування ОРЕ повинно розглядати конкуренцію як основу діяльності реформованого ринку, для сприяння оптимізації цін для усіх без виключення споживачів, розширення асортименту, підвищення якості і, як наслідок, стимулювати інноваційну діяльність.

Література

1. Про ринок електричної енергії: Закон України від 13.07.2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19>.
2. Кравець І.М. Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень: монографія / І.М. Кравець. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 240 с.
3. Энергетический поворот в Германии и Европе [Електронний ресурс]// Минск. – 2016. – Режим доступу: <https://docplayer.ru/70036969-Energeticheskiy-povorot-v-germanii-aktualnoe-polozhenie-i-diskussii-kristina-haferkamp-g-g-minsk.html>

ВИРОБНИЦТВО ПРОДУКЦІЇ ЯК БІЗНЕСОВИЙ ІНСТРУМЕНТ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ УМОВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

О.О. Білий

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу*

Процес виготовлення продукції є яскравим прикладом ведення бізнесу. При цьому важливо щоб якість та безпечність продукції відповідала встановленим технічним стандартам. Однак в процесі сировина-готовий продукт трапляється безліч фатальних помилок за які суб'єкти господарювання мають нести господарську відповідальність. Тож перейдемо безпосередньо до умов відповідальності.

Статтею 218 Господарського кодексу України передбачається незворотність господарської відповідальності, за винятком обставин, коли правопорушник ужив усіх залежних від нього заходів для недопущення порушення [1]. Підкреслимо, що немає жодних коментарів, які б кваліфікували, які саме «заходи» маються на увазі. Вірогідно, право тлумачення таких заходів покладено на суд. У зв'язку з цим очевидно, що така законодавча прогалина суперечить сучасним тенденціям «розвантаження» господарських судів і спонукання суб'єктів господарських відносин до досудового розв'язання спорів; – правопорушник звільняється від господарської відповідальності, якщо доведе, що на перешкоді належному виконанню його зобов'язань стояли надзвичайні й незворотні обставини. Щодо останнього пункту законодавчо передбачено важливе уточнення, що не можуть вважатись такими обставинами, зокрема: порушення своїх зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, брак у боржника необхідних коштів.

Крім того, до сфери безпеки продукції можна віднести ще й такі умови як факт господарського порушення, протиправність поведінки господарського порушника, причинний зв'язок між протиправною поведінкою порушника і завданими потерпілому збитками та вина господарського правопорушника [2, с. 100].

Звичайно це загальні умови господарської відповідальності, однак їм притаманна певна специфіка, яка їм надає сфера безпеки й якості продукції. Так, наприклад, факт правопорушення проявляється у порушенні споживчого законодавства. Тут наведемо декілька прикладів. По-перше, виробники і контрагенти (продавці в магазинах кіосках) часто не дотримуюся умов і строків зберігання продукції. По-друге, у чинному законодавстві є прогалини щодо сертифікації деякої продукції чим активно користуються виробники. По-третє, статистичні показники інформованості й обізнаності населення щодо хімічних складових продукції є низькою і цим певним чином маніпулює виробник. По-четверте, неодноразово трапляються випадки коли продукція має бути вилучена з обігу проте її можна з легкістю знайти у продажу. Тобто механізм «списання» небезпечної та неякісної продукції є недієвим та потребує уваги науковців й практиків.

В широкому розумінні протиправності поведінки в означеній сфері проявляється у двох формах. У формі дії – це активна діяльність виробників щодо недобросовісного маркування продукції чи бездіяльності – не розкриття достовірної інформації щодо складу продукції.

Причинний зв'язок простежується у спробі наживи виробника шляхом заміни якісних на неякісні складові продукції. Вина в цьому випадку є умислом, адже ціною помилки є життя споживача.

Підсумовуючи вищезазначене, хоча вироблення продукції і є бізнесом проте наявність дієвого ефективного контрольно-наглядового механізму щодо безпеки й якості продукції є вкрай необхідним. Крім того, слід зменшити прогалини у споживчому законодавстві та спробувати надати чіткий перелік умов притягнення до господарської відповідальності.

Література

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV. Відомості Верховної Ради України, 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, Ст. 144.
2. Кикоть О.О. Підстави настання господарсько-правової відповідальності: теоретико-правові питання. Наукові записки НаУКМА. 2010. Т. 113: Юридичні науки. С. 100-102.

ЧИ СПРИЯЄ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНУ ДІЯЛЬНІСТЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ЦІЙ СФЕРІ?

Е.Г. Бойченко

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу, кандидат юридичних наук*

Державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД) спрямовується на захист економічних інтересів України, прав і законних інтересів суб'єктів ЗЕД, створення рівних умов для розвитку усіх видів підприємництва у сфері зовнішньоекономічних відносин та використання суб'єктами ЗЕД доходів та інвестицій, заохочення конкуренції обмеження монополізму суб'єктів господарювання у сфері ЗЕД [1, ст. 8].

Одним із інструментів нетарифного регулювання ЗЕД в Українській державі є встановлення різних правових режимів для взаємин національних суб'єктів ЗЕД та іноземних суб'єктів господарювання, що діють на території України. Що стосується останніх, то у відповідності до ст. 7 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» на території України запроваджуються такі правові режими для іноземних суб'єктів господарської діяльності:

- національний режим, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України;
- режим найбільшого сприяння, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав, преференцій та пільг щодо мит, податків та зборів, якими користується та/або буде користуватися іноземний суб'єкт господарської діяльності будь-якої іншої держави, якій надано згаданий режим (за винятком випадків, коли зазначені мита, податки, збори та пільги по них встановлюються в рамках спеціального режиму). Режим найбільшого сприяння надається на основі взаємної угоди суб'єктам господарської діяльності інших держав згідно з відповідними договорами України та застосовується у сфері зовнішньої торгівлі;

– спеціальний режим, який застосовується до територій спеціальних економічних зон, а також до територій митних союзів, до яких входить Україна, і в разі встановлення будь-якого спеціального режиму згідно з міжнародними договорами за участю України [1, ст. 7].

Під час встановлення національного режиму та режиму найбільшого сприяння відбувається порівняння з правовим режимом, який визначено для національних суб'єктів у даній сфері господарської діяльності. При наданні режиму найбільшого сприяння відбувається порівняння між правовими режимами, які надані у даній державі господарюючим суб'єктам різної державної приналежності [2, с. 127].

Україна як член ООН повинна надавати режим найбільшого сприяння економічно розвиненим країнам та тим, що розвиваються, згідно із переліком, зафіксованим цією міжнародною організацією [3, ст. 26]. На сьогоднішній день цей перелік включає близько 175 країн світу.

Крім того, Україна є членом Світової організації торгівлі (далі – СОТ). Згідно з вищезгаданим Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в Україні для товарів, що імпортуються з держав – членів СОТ запроваджуються особливі правові режими, які, по суті, представляють собою мікс вищевказаних режимів, спрямованих на забезпечення безумовної переваги, привілеїв чи імунітету товару, який походить із території держав – членів СОТ (так саме як із держав, для яких Україною надано режим найбільшого сприяння), у порівнянні з аналогічним товаром, який походить з іншої країни, а також товаром українського походження. В останньому випадку йдеться про розповсюдження національного режиму щодо податків, зборів установлюваних законами й іншими нормативно-правовими актами, правил та вимог до внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу або використання товарів, тощо, на товари з країн – членів СОТ.

Слід зазначити, що такий підхід української влади щонайменше викликає запитання стосовно доцільності запровадження таких режимів у країні, де економічний стан знаходиться на низькому рівні, а власні підприємства замість одержання державної підтримки вимушені приймати участь у жорсткій конкурентній боротьбі з

представниками розвинених країн, з майже прогнозованою поразкою в ній. Адже юридично рівні умови просування продукції на певному ринку не означають рівність економічних можливостей в цьому, якими володіють господарюючі суб'єкти розвинених (тобто економічно потужних) країн та країн, економіка яких знаходиться у стані розвитку.

Безоглядна лібералізація зовнішньоторговельної політики в умовах слабкої економіки України, відкритість доступу імпорتنій продукції для внутрішнього споживача згідно умов чисельних договорів про вільну торгівлю та законодавства України, загрожує зникненню не тільки робочих місць всередині нашої країни, зменшення заробітних плат, але й гальмуванням економічного розвитку української економіки і, навіть, знищенню цілих галузей національної економіки (деревообробна, хімічна, сільськогосподарська, підгалузі легкої промисловості та ін.). Так, фактична відсутність державного протекціонізму для власних товаровиробників, у т.ч. через відсутність суттєвих митних бар'єрів для імпоротної продукції та послуг, що надходять з економічно розвинених країн (у т.ч. країн Євросоюзу), поряд із відсутністю реальної державної підтримки (фінансової, організаційної, правової тощо) національних виробничих підприємств, досліджувальних інституцій, зводять на нівець проголошену ст. 8 Закону України «Про ЗЕД» економічну мету державного регулювання цього виду діяльності.

По суті, Українська держава, через низку зобов'язань щодо вільної торгівлі та сприяння доступу імпорتنій продукції на внутрішні ринки, що виникли в неї через членство в СОТ, фінансові запозичення з МВФ, чисельні двосторонні угоди про вільну торгівлю та іноземні інвестиції, суттєво обмежується в фактичній можливості користуватися інструментами економічної політики протекціонізму (субсидування, дотування власних суб'єктів господарювання, що можуть складати конкуренцію іноземним підприємствам у відповідних секторах економіки) та адміністративного регулювання (тарифного та нетарифного характеру). Розповсюдження національного режиму оподаткування, митних зборів на імпорتنі товари і послуги призводить і до зменшення надходжень до Державного бюджету країни. А митні платежі є найлегшими для стягнення у країнах з недосконалими можливостями по збору внутрішніх податків та, відповідно, значним підсиленням уря-

дових доходів в незаможних та значної мірою соціально залежних країнах, до числа яких належить і Україна.

Таким чином, при формальній рівності прав та обов'язків суб'єктів ЗЕД щодо ведення вільної торгівлі, ті з них, що є резидентами економічно слабкої країни, за влучною алегорією, запропонованої південнокорейським економістом Х.Д.Чангом, подібні членам футбольної команди, яка грає проти своїх суперників на нахиленому футбольному полі: перші постійно вимушені вести свої «атаки» проти конкурентів з економічно потужних країн знизу до гори [4, с. 165]. Вочевидь, що економічні можливості в таких умовах рівними визнаватися не можуть, а законодавство України у цій сфері, на жаль, вирівнюванню ситуації ніяк не сприяє.

Література

1. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991р. №959-ХІІ // ВВР України. – 1991. – №29. – Ст. 377.
2. Юрченко С.М. Теоретичні засади адміністративно-правового регулювання у сфері зовнішньоекономічної діяльності / С.М. Юрченко // Сучасні питання економіки і права. – 2011. – Вип. 1. – С. 125-130.
3. Хартія економічних прав та обов'язків держав: прийнята ГА ООН 12.XII.1974. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_077
4. Чанг, Ха-Джун. Недобрые самаритяне: Миф о свободе торговли и тайная история капитализма / Х.Д.Чанг // Неавторизованный перевод: творческая группа под рук. Бьёрна Олафссона (Bjorn Olafsson). – 2008. – 169 с.

ПРО ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЗАСНУВАННЯ ТОВАРИСТВ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ В УКРАЇНІ ТА НІМЕЧЧИНІ

Г.М. Будурова

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук*

Євроінтеграція та поглиблення господарських зв'язків, вільний рух капіталів між Україною та Німеччиною, що спостерігаються останнім часом, актуалізують дослідження стану правового та інституційного стимулювання розвитку бізнесу у цих країнах. Особливий інтерес складають питання правового регулювання умов та порядку інвестування активів у новостворене підприємство у формі товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ, GmbH). Останнє, як відомо, виникло саме у Німеччині і наразі як на своїй прабатьківщині, так і в Україні залишається однією з найбільш привабливих організаційно-правових форм ведення бізнесу, що об'єднує як малі і середні, так і великі капітали.

Загалом, переваги ТОВ пов'язують із можливістю їх заснування широким колом осіб (як кількісно (від одного і без обмежень), так і статусно (фізичними та юридичним особами, резидентами і нерезидентами тощо)), досить простою системою органів управління із чітким розподілом компетенції, обмеженістю відповідальності засновників та несенням ними ризиків збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, лише у межах вартості зроблених ними внесків. Останні, як відомо, складають статутний капітал, розмір якого не обмежується і має досить гнучкі умови його наповнення та збільшення/зменшення.

Спеціальне законодавство стосовно ТОВ у ФРН представлене Законом 1892 року «Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung», який зі змінами та доповненнями діє до сих пір; в Україні ж Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» набув чинності лише у червні 2018 р. і вперше запровадив ряд особливостей стосовно діяльності

та управління ТОВ (наприклад, щодо корпоративного договору, виключення учасників та ін.).

Аналіз змісту цих законодавчих актів дозволяє виділити ряд подібних стандартних кроків, необхідних для заснування товариства – підтвердження правосуб'єктності засновників, формування установчих документів та статутного капіталу, відкриття рахунків, визначення місцезнаходження офісу, державну реєстрацію. Проте іноземцями, що у такий спосіб інвестують кошти, мають бути дотримані приписи і, власне, інвестиційного законодавства країни-заснування, які, окрім митних та облікових процедур, можуть містити більш жорсткі обмеження і навіть заборони. Так, наприклад, ч. 3 ст. 7 Закону України «Про режим іноземного інвестування» встановлює, що Законами України можуть визначатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки [1].

Не маючи змоги детально зупинитись на порівнянні правового статусу ТОВ в Україні та Німеччині, звернемо увагу на ряд цікавих моментів.

Українським законодавством мінімальний розмір статутного капіталу ТОВ не встановлений. А мінімальний розмір статутного фонду, передбачений ч. 1 ст. 5 GmbH, є досить значним і складає 25000 євро. До моменту реєстрації GmbH у статутний фонд повинно бути внесено не менше половини його розміру, при цьому кожен з учасників має внести не менше 25 відсотків свого вкладу. (ч. 2 ст. 7 GmbH). Строк для внесення вкладів у повному обсязі німецьким законодавством – на відміну від українського – не передбачений. У випадках, коли на момент реєстрації статут GmbH оплачено лише частково, питання щодо внесення залишків вкладів учасників вирішується зборами учасників. Законодавством Німеччини не встановлено строку для прийняття такого рішення зборами [2].

Натомість, за українським законодавством кожен учасник товариства повинен повністю внести свій вклад протягом шести місяців з дати державної реєстрації товариства, якщо інше не передбачено статутом (ст. 14). Якщо учасник прострочив внесення вкладу чи його частини, виконавчий орган товариства має надіслати йому письмове попередження про прострочення та встановити додат-

ковий строк для погашення заборгованості, який не може перевищувати 30 днів.

Наслідки невиконання цього обов'язку є достатньо жорсткими, адже загальні збори учасників можуть прийняти одне з таких рішень: про виключення учасника товариства, який має заборгованість із внесення вкладу; про зменшення статутного капіталу товариства на розмір неоплаченої частини частки учасника товариства; про перерозподіл неоплаченої частки (частини частки) між іншими учасниками товариства без зміни розміру статутного капіталу товариства та сплату такої заборгованості відповідними учасниками; про ліквідацію товариства (ст. 15 Закону України про ТОВ).

Слід відзначити, що для німецьких громадян бар'єри щодо мінімального статутного капіталу можуть бути подолані шляхом звернення до заснування *Unternehmergesellschaft* або *UG (Limited)*, яке вважається «mini-GmbH». Основною характеристикою *UG* є мінімальний депозит капіталу в 1 євро (хоча рекомендовано 1000 євро), що робить тип компанії більш гнучким. *UG* буде перетворюватися на *GmbH* після першого прибутку у 100000 євро, з якого 25% слід утримувати в резерві капіталу. Після того, як резерв капіталу досягне 25000 євро, *UG* може бути конвертований [3]. Відповідне правило, на нашу думку, є одночасно сприятливим і для засновників, що одразу не мають змоги закумуляувати достатньо капіталу, проте мають можливість розпочати господарську діяльність, і для кредиторів товариства – поступове збільшення резервного капіталу посилює гарантії своєчасних та повних розрахунків із ними.

Звичайно, ТОВ, будучи класичним підприємством з об'єднання капіталів, на відміну від об'єднань осіб, значно менше залежить від бажання/небажання засновника здійснювати певні дії на користь товариства, хоча відмова чи об'єктивна неможливість реалізовувати свої корпоративні права часом може значно ускладнити функціонування товариства. З огляду на це, досить корисним, на нашу думку, є допустимість німецьким законодавцем існування корпорації без учасників (*Keinmanngesellschaft*): якщо, наприклад, ТОВ, котре має одного учасника, залишається без власника (цього учасника) внаслідок його смерті та відсутності спадкоємців, то 100 % частки майна переходить до самого товариства. Цей принцип також має назву «ТОВ не помирає» – «*die GmbH stirbt nicht*» [4, 29]. В Україні новим Законом про ТОВ передбачений перехід частки у

власному статутному капіталі до товариства за умови, що на день такого придбання товариство сформує резервний капітал у розмірі ціни придбання викупленої частки. Проте, така міра є тимчасовою і застосовується за згодою усіх засновників лише з метою недопущення зменшення розміру статутного капіталу, адже за приписами ч. 4 ст. 25 Закону ТОВ зобов'язане здійснити відчуження такої частки відплатно не пізніше ніж через один рік з дня придбання частки. Смерть же єдиного засновника, що не має правонаступників, в Україні наразі спричиняє припинення ТОВ.

Підсумовуючи, відзначимо поряд із подібністю заснування ТОВ за українським та німецьким законодавством, більшу гнучкість, пристосованість останнього до змінних умов господарювання, викликану намаганням збалансовано підійти до забезпечення інтересів і засновників (учасників), і кредиторів ТОВ та апробовану протягом тривалого часу. Українському новітньому законодавству ж про ТОВ, попри його прогресивність, необхідно пройти шлях підтвердження наявності ефективних механізмів захисту інтересів учасників відповідних правовідносин, попередження виникнення корпоративних конфліктів та нестандартних (часом патових) ситуацій та спорів.

Література

1. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19.03.1996 р. // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 19, ст. 80.
2. Сівцов В. Про деякі особливості правового регулювання товариства з обмеженою відповідальністю в Німеччині. URL. <https://cgpa.com.ua/novini/pro-deyaki-osoblivosti-pravovogo-regulyuvannya-tovaristva-z-obmezhenoyu-vidpovidalnistyu-v-nimechchini/>
3. Відкрийте компанію в Німеччині / URL. <https://uk.intercompanysolutions.com>
4. Altmeppen H., Roth G.H. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH): Kommentar. 4. Aufl. – München, 2003. – 1359 s.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ КІБЕРБЕЗПЕКИ В СФЕРІ БІЗНЕСУ: РЕКОМЕНДАЦІЇ ЩОДО СТАЛОГО РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ

М.Д. Василенко

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри господарського права і процесу,
доктор юридичних наук, доктор фізико-математичних наук*

Кожна країна ставить перед собою ціль мати успішну економіку. В ліберальній економіці кожна країна намагається бути привабливою для споживачів, коли її дії спрямовані на отримання задоволення від володіння чи використання певного продукту та надихаються ідеями для створення чи підвищення рівня власних сервісів та стримуванні конкурентів і в зупиненні їх розвитку. Використання комп'ютерних технологій, особливо у сукупності з телекомунікаційними мережами, породило особливий (вірусний) клас кіберзагроз. Ситуація набувала загострення разом з поширенням використання мережі Інтернет, тобто існуючі кіберзагрози розв'язуються через забезпечення саме кібербезпеки та її постійного покращення. Проблема кібербезпеки гостро виявляється тоді, коли можлива реальна шкода у великих обсягах від реалізації загроз у сферах, де використовуються комп'ютерні системи та телекомунікаційні мережі. При цьому залишається важливим, що якість та безпечність продукції мають відповідати встановленим технічним стандартам. Однак в процесі реалізації ланцюга сировина-готовий продукт трапляється безліч фатальних помилок за які суб'єкти господарювання мають нести господарську відповідальність. Сьогодні багато компаній зазнають зовнішньої атаки або зіштовхувалися з внутрішніми інцидентами інформаційної безпеки при поширенні ринку вірусів. Сайти малого, але набираючого попиту проекту може цілком легко опинитися під випадковою DDoS-атакою. Не викликає сумнівів, що кібератаки сильніше і частіше зачіпають малий і середній бізнес, оскільки такі компанії помилково вважають себе «нецікавими» в плані інформаційних ресурсів, котрими володіють. При цьому лідерами за кількістю встановлених систем залишаються різні дис-

трибутиви Windows і Linux. Очевидно, що обслуговування машини на Linux є дешевшим через безкоштовність цієї системи, проте також слід відзначити і відкритий код Linux, що допомагає атакуючій стороні виявити недоліки і слабкі місця у системі захисту. Взагалі дистрибутив операційної системи, який встановлений на обслуговуючій машині об'єкта є одним із визначних чинників, що впливають на рівень кіберзахищенності структури. Останнім часом популярними стали атаки на веб-сервера саме через ssh протокол, який використовується для доступу до керування веб-сервера саме на системі Linux. Тобто такий вид кібератак – це фактично напад на сервер, на якому зберігаються стратегічно важливі дані, а також часто дані, котрі необхідні для координації веб-сайту або веб-сервісу об'єкта нападу. Особливою небезпекою таких атак є те, що вони майже повністю паралізують інформаційну інфраструктуру об'єкта нападу і збитки, спричинені такою кібератакою, відповідно, будуть глобальнішими. Найпоширенішим видом кіберзлочинів залишається кардинг, що представляє собою використання в операціях реквізитів платіжних карт, отриманих зі зламаних серверів інтернет-магазинів, платіжних і розрахункових систем, а також із персональних комп'ютерів (або безпосередньо, або через програми віддаленого доступу, «трояни», «боти»). «Фішинг» є видом шахрайства, відповідно до якого клієнтам платіжних систем надсилають повідомлення електронною поштою нібито від адміністрації або служби безпеки цієї системи з проханням вказати свої рахунки та паролі. Такий вид кіберзлочинів як «вішинг» базується на тому, що в його повідомленнях міститься прохання зателефонувати на певний міський номер, а при розмові запитуються конфіденційні дані власника картки. Онлайн-шахрайство – це несправжні інтернет-аукціони, інтернет-магазини, сайти та телекомунікаційні засоби зв'язку.

Реально великої шкоди усім завдає «мальваре» – створення та розповсюдження вірусів і шкідливого програмного забезпечення. Все ж таки відзначимо два принципових види кібератак: спрямований фішинг (Spear Phishing) (перша лінія атаки) та «Watering Holes». У той час як традиційні фішинг-атаки розкинули широку мережу, розсилаючи електронні листи сотням або тисячам адресатів, спрямовані фішинг-атаки (гарпунний фішинг, Spear Phishing) націлені на невеликі підгрупи людей, як правило, співробітників

компаній. Шахрай, який планує спрямовану «фітінг»-атаку, може створити фальшивий електронну адресу співробітника і з нього написати кільком легітимним співробітникам, запитуючи інформацію про компанію. Думаючи, що вони спілкуються з колегою, легітимні співробітники можуть надати цю інформацію. І саме тут постає питання налаштування корпоративної пошти, а саме SPF цифрового підпису, значення якого і визначає сервера з яких можна надсилати пошту з корпоративного домену. Також важливим етапом захисту є перевірка технічного заголовку листа, в якому міститься інформація про час надсилання листа і поштові сервери. Тож постає питання інструктажу робочого персоналу щодо основних правил інформаційної безпеки. Проведення такого тренінгу для робочого персоналу не призведе до великих затрат, проте може попередити досить значні загрози.

У разі використання стратегії атаки типу «Watering Holes» хакери розміщують шкідливі програми в коді веб-сайтів, які з найбільшою ймовірністю відвідують співробітники компанії, що атакується. Якщо працівник заходить на такий сайт з комп'ютера компанії, вся мережа компанії може піддатися вірусу, що збиратиме дані.

Причина того, чому кібератакам піддається саме малий і середній бізнес досить проста. Великі організації, як правило, зберігають важливі дані на власних серверах, в той час як малі та середні орендують віддалені сервера.

Малому та середньому бізнесу необхідно стати більш захищеними, оскільки число шкідливих програм збільшується, і вони не розпізнаються. Коли кібератаки здійснюються опосередковано через «Watering Holes», немає меж, що визначають, що вірус буде поширюватися тільки на великі компанії. Тепер додамо той факт, що підприємства малого і середнього бізнесу мають менше захисних бар'єрів. Як результат: малі підприємства відчувають максимальну вагу таких кібератак.

Одна з найбільших переваг малого і середнього бізнесу – це здатність бути швидкими і мобільними. Команди таких підприємств іноді побоюються, що посилення безпеки означатиме втрату продуктивності, так як користувачі загрузнуть у процесах аутентифікації. Однак є кілька способів для досягнення безпеки від хакерів і втрати або крадіжки девайсів без встановлення великої кількості обмежень на діяльність працівників, а також без вагомих фінан-

сових затрат на забезпечення роботи такого механізму. Одним з прикладів таких способів захисту даних може виступати безперервне шифрування. Сьогодні можливо захистити дані, де б вони не зберігалися, – на мобільному чи пристрої або на настільному, в портативних чи медіа-сховищах або хмарі, – не ускладнюючи доступ для співробітників. З безперервним шифруванням, співробітники можуть мати доступ і обмінюватися даними, не витрачаючи час на надмірні заходи безпеки і не маючи справи з повільною завантаженням інформації.

Також інструментом захисту інформації може слугувати розширена аутентифікація, що об'єднує кілька форм аутентифікації для того, щоб переконатися в тому, що люди, які намагаються отримати доступ до даних компанії, є тими, ким вони представляються. Компанії можуть використовувати комбінацію апаратної аутентифікації, аутентифікації на основі облікового запису і шляхом цифрового підпису, щоб переконатися, що ніхто не отримає доступ до файлів, які їм не дозволено бачити.

Не слід нехтувати програмами стримування загроз. Сьогоднішні програми стримування шкідливих програм автоматично розпізнають і зупиняють шкідливі програми перш, ніж ті поширяться. Програми стримування загроз вказують браузерам запускати найбільш часті адресні програми у віртуальному середовищі. Таким чином, навіть якщо працівник відвідує сторінку, яка містить шкідливу програму, ця програма не може спрацювати і атакувати власника операційної системи. Крім того, ці системи можуть визначити шкідливі атаки, ґрунтуючись на поведінкових факторах, а не на підписах, тому компанія може зупинити поширення атак 0-day (zero-day загроза – zero-day; шкідливі програми, проти яких ще не розроблені захисні механізми). Слід зазначити, що більша частина інструментів для захисту інформації є безкоштовними і водночас надійними. Тож робота кваліфікованого фахівця допоможе уникнути витрат на дороге програмне забезпечення.

Отже, визначено головні чинники кібербезпеки в економіці: механізм захисту серверу, який зберігає, координує і передає важливі дані компанії; наявність цінної інформації у розпорядженні компанії; обізнаність працюючого персоналу з питань інформаційної безпеки; використання інструментів розширеної аутентифікації, інструментів стримування поширення загроз тощо. Втілення зазна-

чених методів захисту інформації у роботі реальної економічної структури значно зменшить ризик стати жертвою кібератаки. Наголосимо на декількох простих зауваженнях, як вберегти себе від кіберзлочинів. А саме, до них належать: створення надійних паролів, захист інформації та періодична зміна паролів; поінформованість про розповсюджені прийоми, які використовують злочинці для того, щоб розпізнавати паролі; захист пристроїв та встановлення антивірусних програм; використання захищених мереж та перевірка своїх облікових записів.

ЗАХОДИ ВПЛИВУ ДЕРЖАВИ НА ПРОЦЕСИ ПІДТРИМАННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БАНКІВ

К.А. Возняковська

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін ЧЮІ НУ «ОЮА»,
доктор юридичних наук*

Перелік заходів впливу держави на процеси підтримання платоспроможності банків та подолання кризових явищ у фінансовій сфері може істотно відрізнятись залежно від країни, де вони застосовуються. Власне це слугує першою вказівкою на індивідуалізацію державної економічної політики у фінансовій сфері, яка багато у чому залежить не лише від управлінських якостей відповідних керівників кредитно-фінансових регуляторів держави, але й, значною мірою, – від наявної правової бази державної підтримки банківського сектору у найскладніших умовах його функціонування.

Зокрема, у США під час фінансової кризи 2007-2009 років було ухвалено кілька актів, серед яких відзначається Закон про надзвичайну економічну стабілізацію – Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESA). EESA уповноважив секретаря казначейства встановити Програму порятунку проблемних активів – Troubled Asset Relief Program (TARP). У результаті секретареві казначейства було дозволено придбати до 700 мільярдів доларів іпотечних цінних паперів та інших проблемних активів з банків країни, а також будь-який інший фінансовий інструмент, як це секретар вважав необхідним для «сприяння стабілізації фінансовому ринку» [1].

Попри різноманітні комплексні заходи, що вживаються урядами та центробанками, ефективність відповідних дій не завжди може мати прогнозований характер. Не випадково знавці фінансового ринку зауважують, що фінансові обмеження – це «дитяча забавка для блискавичних та вмотивованих інсайдерів, що грають з відповідним регулюванням на свою користь» [2]. Саме тому постійний пошук найбільш ефективних обмежень безвідповідального та неналежного здійснення банківських функцій становить, як видається, основну мотивувальну частину економіко-правового регулювання у цій сфері. У цьому контексті варто дослухатися до думки науковців про те, що «потреби економічного розвитку потребують

пошуку конструктивної взаємодії юридичних та економічних чинників правових рішень» [3, с. 96].

На жаль, українське законодавство досить повільно просувається у бік усунення лазівок в умовах здійснення банківської діяльності, що можуть призводити до слабкості банків та їхнього безвідповідального кредитування.

Тут доречно звернути увагу на думку економістів, зокрема Мартіна Вулфа, про те, що державна підтримка банківського сектору як безальтернативний напрям державної економічної політики призводить до негативного явища безвідповідального ставлення фінансово-кредитних установ до управління ризиками та дбайливого ставлення до коштів, залучених від інших суб'єктів господарювання та громадян [2]. У зв'язку із цим питання змісту державної економічної політики завжди лежить у площині розумного балансу між створенням належних правових умов швидкої підтримки банківського сектору, з одного боку, та забезпечення ефективного захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів – клієнтів банківських та інших фінансових установ від зловживань.

Питання державної економічної політики у галузі фінансової сфери настільки ускладнилися, що сьогодні зникає межа між правовими та економічними заходами регулювання. Зокрема, фінансова криза 2014-2017 років в Україні гостро продемонструвала, що будь-які заходи впливу на банківську систему, як-то рефінансування, обов'язкове страхування депозитів, встановлення нормативів тощо, нічого не варті без забезпечення правовими засобами елементів доброчесності та добросовісності у банківській практиці. До таких засобів можна віднести й низку вимог законодавства щодо притягнення до відповідальності менеджерів та засновників неспроможного банку, визнання недійсними його правочинів, що призвели до банкрутства.

Причому, лише загрозою застосування приватноправових заходів впливу – визнання недійсними відповідних правочинів – ситуацію тут навряд чи можна виправити враховуючи те, що швидкість обертання капіталів ускладнює відновлення первісного стану – повернення коштів. Отже, лише публічно-правові заходи впливу, у тому числі із застосуванням адміністративних стягнень та адміністративно-господарських санкцій, здатні реально вплинути на поведінку фінансово-кредитних установ. Зокрема про це свідчить досвід Франції та Німеччини, які у, відповідно, Французькому ко-

мерційному кодексі закріплюють не лише штрафи на керівні органи суб'єктів господарювання, але й кримінальні санкції.

Тіньовий спосіб обігу відповідних «сурогатів» перебуває поза сферою державного контролю. У цьому випадку суцільне державне регулювання виявляється «мертвонародженням», схоластичним, створює невинуватене очікування від регуляторного впливу без реальних можливостей для досягнення його результатів. Серед іншого, така непродуктивність не лише негативно позначається на споживачах фінансових послуг, вимушених користуватися інноваційними господарсько-фінансовими технологіями у нелегальний спосіб, але й не дозволяє долучити обіг криптовалют та електронних грошей, інших товарообмінних агрегатів до оцінки доходів осіб, зменшуючи податкові надходження до бюджету. Інакше кажучи, поза реалістичного впливу на господарсько-фінансові відносини держава позбавляється доходу, а діяльність суб'єктів господарювання у відповідній сфері підштовхується до тінізації. Приклад із заборонаю грального бізнесу, який перейшов у тіньову сферу та позбавив бюджет величезних коштів, цілком доводить правильність цієї тези. Держава не може заборонити те, чого контролювати не може [4, с/92]. Принаймні новітні інформаційні технології, транскордонний рух вартості за допомогою різних електронних мереж об'єктивізують таку неможливість.

Тому сучасним завданням державної економічної політики стає не практика заборон та замовчувань, а вироблення гнучких та стимулюючих інструментів, здатних забезпечити утвердження правопорядку у фінансово-кредитній сфері та детінізацію відповідних відносин.

Література

1. Nolen, Jeannette L. Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESA). URL: <https://www.britannica.com/topic/Emergency-Economic-Stabilization-Act-of-2008>
2. Wolf, Martin. Regulators should intervene in bankers' pay / Financial Times, JANUARY 16, 2008. URL: <https://www.ft.com/content/73a891b4-c38d-11dc-b083-0000779fd2ac?mhq5j=e7>
3. Подцерковний О.П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. К.: Юстиніан, 2006. 424 с.
4. Возняковська К. А. Щодо заходів забезпечення платоспроможності кредитно-фінансових установ у державній економічній політиці. Право і суспільство. №6. 2017. С.91-98.

ЗАХИСТ ПРАВ КРЕДИТОРІВ У КОДЕКСІ УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА

Л.І. Грабован

Суддя Господарського суду Одеської області, кандидат юридичних наук

Захист прав та інтересів кредиторів є однією з найважливіших задач державно-правового регулювання економічних відносин, позаяк необхідним елементом будь-якої інвестиційної мотивації є можливість примусу боржників до виконання зобов'язань та повернення запозичень. Фактично, задоволення правомірних вимог кредиторів до боржників у процедурі банкрутства стає останньою ланкою державного примусу на основі прямого втручання в господарську діяльність боржника та оперування його борговими активами у разі, коли інші інструменти державного впливу на боржника виявляються марними та недостатніми для реалізації державного примусу на повернення боргів.

Ця обставина зумовлює необхідність встановлення у законодавстві чіткого механізму забезпечення задоволення правомірних кредиторських вимог: сукупності правових приписів щодо організації порядку виявлення кредиторів, встановлення обсягу їх вимог, виявлення активів боржника та акумулювання коштів для здійснення розрахунків, визначення умов та способів припинення зобов'язань на різних стадіях судового провадження тощо. Одночасно, важливо забезпечити баланс інтересів кредиторів та боржника у конкурсному процесі.

Захист прав та інтересів кредиторів був однією з найважливіших задач Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Звісно, питання повернення боргів кредитору не є виключним у провадженні про банкрутство, враховуючи те, що сучасна економіка та її правове регулювання насичені соціальними смислами, принципами пропорційності, розумності, справедливості та іншого правового змісту. Передусім, гарантії процедур банкрутства спрямовуються на боржника, інтереси якого виходять на рівень пом'якшеного режиму повернення боргів та оздоровлення. Таким чином інтереси кредитора та боржника є

зустрічно спрямованими та не можуть бути самі по собі врівноважені без державної участі, без державного регулювання.

Питання повернення боргів актуальні завжди – як для боржників, так і для кредиторів. Ця проблема постійно турбує законодавців, представників органів влади і управління, науковців, суддів, арбітражних керуючих, підприємців та громадян. Доволі гострим воно є і на даному етапі економічного розвитку нашої держави, адже останнім часом зберігається тенденція до закриття бізнесу та ухилення від реальної виплати заборгованості через процедуру банкрутства, що підтверджує як судова практика, так і поважні міжнародні установи. Зокрема, у щорічному рейтингу легкості ведення бізнесу від Світового банку «Doing Business-2018» Україна посідає лише 76 місце, при цьому процедура вирішення неплатоспроможності є найгіршою його складовою – 149 місце. В Україні в середньому лише 8% коштів повертається кредиторам проти 90% у Фінляндії, а ефективність законодавчого захисту кредиторів є низькою.

Судова практика постійно зустрічає численні перешкоди у процесі розгляду справ про банкрутство, що зумовлені як недоліками нормативної бази, так і негативними чинниками соціального середовища. Не сприяє отриманню кредиторами задоволення за своїми вимогами і свідома протидія та обмеження у застосуванні конкурсного механізму з боку недобросовісних боржників, чий інтереси, в першу чергу, захищає Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», що ґрунтується на продебіторській моделі правового регулювання банкрутства.

Кодекс з процедур банкрутства (№2597-УІІІ від 18.10.2018 р.) призваний вдосконалити існуючі процедури банкрутства та покращити позиції України в рейтингу Світового банку, встановлює умови та порядок відновлення платоспроможності боржника – юридичної особи або визнання його банкрутом з метою задоволення вимог кредиторів, а також відновлення платоспроможності фізичної особи.

Як зазначено у пояснювальній записці до проекту Кодексу України з процедур банкрутства, його метою є підвищення ефективності процедур банкрутства, рівня захищеності прав кредиторів, вдосконалення процедури продажу майна боржника на аукціоні, підвищення рівня виконання контрактів та судових рішень, врегу-

лювання відносин щодо відновлення платоспроможності фізичних осіб, які опинилися в скрутній фінансовій ситуації та потребують допомоги з боку Держави.

Для досягнення мети проекту в частині реформування корпоративного банкрутства, серед іншого запропоновано:

1) ліквідувати зайві бар'єри та спростити доступ до процедур, зокрема, самого боржника;

2) збільшити можливості для санації та створити ефективні механізми позасудового врегулювання;

3) виключити всі положення, що можуть розглядатися як підстава для звільнення від боргів, крім випадків, коли кредитори на це погоджуються;

4) об'єднати мирову угоду та санацію в єдину процедуру;

5) покращити умови участі у процедурах банкрутства забезпечених кредиторів, для чого, зокрема:

- надати забезпеченим кредиторам право ініціювати справу про банкрутство;

- передбачити можливість участі забезпечених кредиторів у голосуванні при ухваленні рішень;

- встановити, що під час процедури санації боржника за клопотанням забезпеченого кредитора суд може ухвалити рішення про припинення дії мораторію щодо його вимог, якщо предмет забезпечення не використовуватиметься для процедури санації боржника;

6) підвищити рівень захищеності прав усіх кредиторів, для чого, зокрема:

- передати ключові повноваження від комітету кредиторів до зборів кредиторів;

- зменшити кворум при повторному проведенні перших зборів, якщо перша спроба не вдалася через неприбуття кредиторів із необхідною кількістю голосів;

- запровадити голосування щодо схвалення плану санації класами кредиторів;

- забезпечити участь кредиторів у виборі арбітражного керуючого;

- встановити обов'язок арбітражного керуючого розкривати кредиторам інформацію про фінансовий стан боржника та хід провадження у справі про банкрутство через інтернет;

- встановити пріоритетність вимог поточних кредиторів перед конкурсними;

- скоротити строки розгляду справ, зокрема, за рахунок зменшення кількості оскаржень;

7) удосконалити положення закону, що стосуються продажу активів боржника, чим забезпечити основу для продажу майна за найвищою ціною, зокрема:

- запровадити правила щодо контролю за продажем істотних активів;

- забезпечити продаж усього майна на конкурентній основі на аукціоні;

- вдосконалити правила оповіщення про продаж майна (через інтернет);

- забезпечити стабільність укладених на аукціоні договорів;

- вдосконалити положення, що забезпечують збереження працюючого бізнесу тощо.

8) покращити положення забезпечених кредиторів в процедурах банкрутства, серед них:

- продаж майна банкрутів виключно на електронному аукціоні через єдину систему, яка відповідає принципам прозорості, аналогічним до тих, які запроваджено в системі державних закупівель, що має забезпечити продаж майна банкрута за найвищою ціною;

- обов'язкове погодження з забезпеченими кредиторами стартової ціни майна, складу лоту, кроку аукціону, тексту оголошення, вартості утримання, зберігання та витрат на продаж заставного майна. У випадку, якщо не досягнуто згоди, зазначене питання вирішує суд;

- зниження ціни на першому повторному аукціоні можливе тільки за згодою забезпеченого кредитора;

- якщо на думку забезпеченого кредитора ціна в ході аукціону на пониження опустилася занадто низка, він може придбати майно за стартовою ціною після першого повторного аукціону; за придбане майно він розраховується шляхом взаємозаліку;

- так саме і у разі перемоги на аукціоні забезпечений кредитор розраховується за придбане майно шляхом взаємозаліку, сплачуючи лише різницю між ціною і розміром вимог, а також витрати на збереження та продаж майна;

– встановлено обов'язок арбітражного керуючого погодити витрати на збереження майна із забезпеченим кредитором, в разі спору розмір витрат на зберігання визначає суд.

Аналіз норм Кодексу через призму захисту прав кредиторів дозволяє говорити його про чітку прокредиторську направленість.

Так, безумовно на захист прав кредиторів направлені норми щодо підстав відкриття справи, визначення змісту заяви ініціюючого кредитора та переліку документів, які слід додати до цієї заяви (ст. 34 Кодексу) (відсутність критеріїв, які існували в Законі)

Позитивним є збільшення строку протягом якого можна визнати договори недійсними до трьох років, що дозволить наповнити ліквідаційну масу задля задоволення вимог кредиторів. Однак, на жаль, виключені положення щодо можливості спростувати майнові дії боржника, що звужує перелік правових засобів задля повернення майна у ліквідаційну масу.

Суттєвими є положення щодо зменшення строків розгляду справи шляхом встановлення вичерпного переліку процесуальних документів, які підлягають скарженню, заборони зупинення справи. Однак ці положення підлягають узгодженню з нормами ГПК.

При цьому найбільший захист отримують забезпечені кредитори. У Кодексі вони набувають статусу сторони, з відповідними правами, можуть ініціювати справу про банкрутство, голосувати при ухваленні рішень зборами та комітетом кредиторів. Встановлено, що дія мораторію по забезпеченим вимогам припиняється автоматично після спливу 170 календарних днів з дня введення процедури розпорядження майном, якщо судом не було винесено постанову або ухвалу про введення санації.

Покращено положення забезпечених кредиторів і шляхом вдосконалення процедури продажу майна банкрута, у т.ч. яке знаходиться у заставі з обов'язковим погодженням всіх умов продажу з ними.

У ст.45 Кодексу скасовано присічний строк для подання заяв з вимогами кредиторів та для кредиторів, які запізнились встановлено такий же режим як і для тих, хто встиг заявити вимоги у встановлений термін, крім права вирішального голосу на зборах та комітеті кредиторів.

Так, визначено, що для кредиторів, вимоги яких заявлені після закінчення строку, встановленого для їх подання, усі дії, вчинені

у судовому процесі, є обов'язковими так само, як вони є обов'язковими для кредиторів, вимоги яких були заявлені протягом встановленого строку. Вимоги кредиторів, заявлені після закінчення строку, встановленого для їх подання, задовольняються в порядку черговості, встановленої цим Кодексом.

Новели Кодексу в частині положення про вирішення всіх майнових спорів, стороною в яких є боржник; спорів з позовними вимогами до боржника та щодо його майна; про визнання недійсними результатів аукціону; про визнання недійсними будь-яких правочинів, укладених боржником; про повернення (витребування) майна боржника або відшкодування його вартості відповідно; про стягнення заробітної плати; про поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника; щодо інших вимог до боржника в межах цієї справи, з вказівкою на визначення складу учасників розгляду спору за правилами визначеними ГПК України, з ухваленням рішення без посилок на особливості відносин неспроможності та Кодексу з процедур банкрутства викликає неоднозначне ставлення, з огляду на таке.

З однієї сторони застосування вказаного процесуального порядку розгляду всіх спорів за участю боржника збільшить можливість наповнення ліквідаційної маси.

З другої застосування повного інструментарію норм ГПК, який застосовується при розгляді заяви у загальному позовному провадженні, надзвичайно збільшить строк такого розгляду; нормами ГПК та цього Кодексу передбачено неможливість застосування частини з них (колегіальний розгляд позову в межах справи про банкрутство, яка розглядається суддею одноособово, зупинення провадження, врегулювання спору за участі судді); відрізняється порядок набрання чинності ухвал та рішень, що суттєво для справи про банкрутство; цей Кодекс не передбачає оскарження рішень в межах справ про банкрутство.

Вказані обставини не сприятимуть скороченню строків розгляду справи про банкрутство, а навпаки їх значно збільшать та нівелюють ефективність процедур, тому не спростовуючи необхідність застосування при розгляді таких заяв норм ГПК, все ж в Кодексі потрібно вирішити питання щодо введення цих процедур з врахуванням положень Кодексу.

Слід зазначити і про норму, яка забезпечує баланс інтересів кредиторів і боржника. Це новела, якою надано право задоволення

вимог кредиторів на будь якій стадії боржнику, власнику майна (орган, уповноважений управляти майном) боржника, власнику корпоративних прав боржника, а у випадках, передбачених законодавством, – третій особі протягом провадження у справі про банкрутство з метою погашення вимог кредиторів та закриття провадження у справі мають право задовольнити всі вимоги конкурсних кредиторів відповідно до реєстру вимог кредиторів, крім неустойки (штрафу, пені) та відповідно закриття справи.

Назрілою є норма щодо введення процедури санації судом тільки за наявності плану санації та його затвердження судом, що скоротить строки проведення процедур та зменшить випадки зловживань боржниками.

Задоволення вимог кредиторів у провадженні про банкрутство є центральною ідеєю і основоположним елементом інституту банкрутства загалом, оскільки інші наслідки банкрутства – погашення (списання) боргів боржника, ліквідація неплатоспроможного суб'єкта, відновлення платоспроможності підприємця у ринковій економіці мають другорядне та проміжне призначення.

Законодавцем здійснена спроба системно підійти до питання захисту прав кредиторів у справах про банкрутство. Знайшли розвиток положення щодо правових засобів, передбачених законодавством, що сприяють меті задоволення вимог кредиторів: визначення статусу кредиторів; мораторію на задоволення вимог кредиторів; забезпечення вимог кредиторів; інституту визнання недійсними угод боржника, застосування субсидіарної відповідальності до керівника, засновника боржника; оскарження дій арбітражного керуючого його заміна, тощо.

Однак, не слід забувати, що здійснення розрахунків з кредиторами у рамках справи про банкрутство обумовлюється не тільки наявністю правових засобів, а і їх належною реалізацією.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що будь-який Закон може бути ефективним тільки у випадку його добросовісного виконання сторонами, органами державної влади, всіма учасниками процесу та відпрацювання однакової практики його застосування судами та розробки ефективної системи протидії зловживанням у цій сфері.

ЩОДО ПОТРЕБ РОЗШИРЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ ЯК ІНСТРУМЕНТУ ЗАПОБІГАННЯ БІЗНЕС-КОНФЛІКТІВ В УКРАЇНІ

О.О. Гулько

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу,
помічник адвоката в Адвокатському об'єднанні «CLS»*

Однією з найактуальніших проблем ведення бізнесу в Україні є внутрішні конфлікти між учасниками товариств, що виникають під час реалізації корпоративних прав, зловживання ними, та, як наслідок, виникнення т.з. «патових» або «тупікових» ситуацій (deadlock). З такою проблемою, зазвичай, стикаються товариства, в яких частки розподілені 50:50 між двома учасниками, а також ті, де учасників більше, ніж двоє, втім жоден з таких учасників не володіє часткою в такому розмірі, якого було б достатньо для прийняття того чи іншого рішення.

На подолання та запобігання таких ситуацій та, як наслідок, поліпшення мікро-клімату ведення бізнесу всередині товариств, законодавець імплементує інститут під назвою «корпоративний договір».

Корпоративний договір (shareholders' agreement) є поширеним інститутом країн англо-саксонського права. Наприклад, у Великобританії, відповідно до Companies Act 2006, такий договір є частиною засновницьких документів та є обов'язковим атрибутом діяльності будь-якої компанії [1]. Головною метою такого договору у країнах англо-саксонського права є деталізація та уточнення Articles of Association, який є аналогом статуту.

Тобто, такий документ покликаний спростити порядок управління компанією, встановити чіткі рамки виконання та реалізації учасниками своїх корпоративних прав, в першу чергу, задля унеможливлення зловживання такими правами, затягування прийняття того чи іншого рішення тощо.

Слід зазначити, що до прийняття нових положень щодо законодавчого закріплення регулювання корпоративних договорів, за-

конодавство України не містило прямої заборони на укладання аналогічних (подібних) угод. Більш того, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів», що набрав чинності від 18.02.2018 р., Закон України «Про господарські товариства» було доповнено ст. 51-1, яка закріплювала можливість укладання договору про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю, що за своєю суттю є аналогом корпоративного договору [2, 3].

17.06.2018 р. набрав чинності новий Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», статтею 7 якого вперше законодавчо закріплено можливість використання саме корпоративного договору. Так, відповідно до зазначеної статті, корпоративний договір – це договір, за яким учасники товариства зобов’язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації. Такий договір є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі. Окрім іншого, корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов’язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов’язок виникає [4].

Із наведеного поняття можна встановити основну мету корпоративного договору: він надає можливість детально врегулювати порядок продажу часток, обмежити їх розпорядження, а також визначити будь-які інші питання, пов’язані з управлінням та головуванням з певних питань, наприклад, встановити додаткові порівняно з положеннями статуту умови призначення та звільнення директора та членів виконавчого органу товариства та/або додаткові умови для прийняття тих чи інших рішень, особливий порядок їх ухвалення загальними зборами, порядок скликання зборів/засідань відповідного органу з метою запобігання конфліктним ситуаціям, а також домовитися про механізми розв’язання конфліктів у разі їх виникнення.

Таким чином, корпоративний договір може стати одним з найефективніших інструментів сприяння веденню бізнесу, адже, по-перше, лібералізує процес реалізації корпоративних прав учасниками товариств, та, по-друге, його універсальність та відкритість регулювання сприяє попередженню корпоративних конфліктів та захисту прав учасників товариств, що проявляється в тому, що

кожне товариство може безпосередньо встановлювати власні способи та засоби захисту прав учасників, одночасно забезпечуючи застосування усього арсеналу зобов'язально-правових способів захисту, апробованих українською правозастосовною практикою.

Література

1. Companies Act 2006 (с 46) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів: Закон України від 23 березня 2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1984-19>. – Назва з екрана.
3. Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 49. – Ст. 682.
4. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06 лютого 2018 р. № 2275-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2018. – № 13. – Ст. 69.

АУДИТ У НІМЕЧЧИНІ: ПОЗИТИВНИЙ ДОСВІД

В.В. Добровольська

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент*

Досліджуючи питання аудиту у Німеччині можливо виокремити позитивний її досвід для впровадження у вітчизняне законодавство, яке було оновлене прийняттям нового законодавчого акту у 2018 році.

Аудиторська діяльність у Німеччині здійснюється відповідно до Закону про професійний статуті аудиторів від 24.07.1961 року, яким визначено, що аудитором є особа, покликана публічно виконувати дану професію і яке підтвердило особисту і професійну придатність шляхом здачі відповідного іспиту.

Зміст професійної діяльності аудитора полягає в здійсненні аудиторських перевірок в економічному середовищі, надання консалтингових послуг з податкових питань; роботі в якості експерта в сфері управління виробництвом і опікунської діяльності.

Завдання Інституту аудиторів Німеччини полягають у сприянні розвитку аудиторської професії і забезпеченні країни аудиторськими кадрами, в розробці єдиних професійних принципів і норм, дотриманні цих норм усіма представниками аудиторської професії. Для обговорення проблем, що виникають в роботі Інституту аудиторів при ньому створюються спеціалізовані комітети, що включають в свій склад досвідчених і заслужених представників аудиторської професії. Результати цих обговорень публікуються в спеціальному журналі «Ді Вірштафтспрюфунг», періодичність якого – один раз в два місяці, і в щомісячних випусках «Фанхнахріхтен». У цих же виданнях публікуються різні матеріали для широкого ознайомлення та обговорення, наприклад проекти документів, а також прийняті документи, що стосуються аудиту всередині країни і за кордоном [1, с. 122].

З 1 січня 1986 р. професійні аудиторські норми приведені у відповідність із 4, 7 й 8 директивами Ради Європейських Співтовариств, як і норми бухгалтерського обліку й звітності.

Нагляд за професією аудитора в Німеччині здійснюється з 2005 р. спеціальним незалежним державним органом контролю – Комісією по нагляду за професією аудитора, яка контролює діяльність Аудиторської палати. З вересня 2007 р. запроваджено нову структуру контролю – інспекцію, яка здійснює контроль стосовно лише тих аудиторських компаній, які підтверджують фінансову звітність підприємств, що працюють на ринку капіталу. У будь-яких інших випадках контроль за якістю послуг здійснюється у тому разі, коли наявний привід для проведення такого контролю (скарга клієнта, повідомлення у пресі, банкрутство тощо) [2, с. 136].

Виявлення операцій, пов'язаних з відмиванням грошей, аудиторі Німеччини здійснюють за допомогою методики, заснованої на нормативно-правовій документації, розробленій Федеральним відомством кримінальної поліції разом із Центральним фінансово-кредитним комітетом. Для виявлення підозрілих операцій аудиторі Німеччини також керуються нормами «Підстав для підозри щодо операцій з «відмивання грошей», які містять перелік випадків незвичайного поведіння клієнтів при здійсненні різних видів операцій, які потрапляють до категорії сумнівних. Відповідно до чинного законодавства Німеччини аудитор, який повідомив про сумнівну операцію, не несе ніякої відповідальності за винятком випадків, коли інформація є свідомо хибною або перекрученою з недбалості аудитора [3, с. 123].

Аудит у Німеччині має кілька напрямків: аудиторський контроль діяльності підприємства наприкінці фінансового року; аудиторський контроль документів юридичної особи в період його підстави на предмет відповідності законодавству країни; аудиторський контроль за дорученням загальних зборів акціонерів; аудиторський контроль окремих сегментів ділової та фінансової діяльності; аудиторські перевірки на предмет виявлення правопорушень; контрольна перевірка всієї діяльності або окремих напрямків. Професійна діяльність аудитора передбачає здійснення аудиторських перевірок в економічній сфері; надання консалтингових послуг з податкових питань; виконання робіт у якості експерта у сфері управління виробництвом і опікунська діяльність [4, с. 111].

Таким чином, можливо зробити наступні висновки щодо позитивного досвіду аудиту у Німеччині: прийняття спеціального законодавчого акту; впровадження положень відповідних директив

Ради Європейських Співтовариств; створення Інституту аудиторів як незалежного органу для виявлення, громадського обговорення і вирішення проблемних питань у сфері аудиторської діяльності та статусу аудиторів; створення незалежного спеціального державного контролюючого органу стосовно аудиторської діяльності – Комісії по нагляду за професією аудитора, яка, у тому числі, здійснює контроль за діяльністю Аудиторської палати; спільна праця аудиторів та правоохоронних органів щодо виявлення операцій, пов'язаних з відмиванням грошей та визнання аудиторів первинними суб'єктами фінансового моніторингу. Зазначене можливо ввести у чинне законодавство України задля його оновлення та відповідності сучасним реаліям і потребам.

Література

1. Ножкина Т.В. Международный аудит. Учебное пособие. Петропавловск-Камчатский. 2007.
2. Скаско О.І. Організація системи аудиту в європейських країнах / О.І. Скаско // Фінансово-кредитна діяльність: проблеми теорії та практики. 2012. № 12. С. 133-137.
3. Острівна Л. В. Зарубіжний досвід реалізації механізму запобігання відмиванню коштів в аудиторській діяльності / Л. В. Острівна // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2013. № 2. С. 119-124.
4. Соловйова Ю.М., Садекова А.М. Особливості розвитку аудиту в Німеччині та основні вимоги до професії аудитора. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://nauka.kushnir.mk.ua>

МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНЦЕСІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК СКЛАДОВА МЕХАНІЗМУ ВЗАЄМОДІЇ БІЗНЕСУ ТА ДЕРЖАВИ

А.О. Згама

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент*

Активізація залучення інвестицій у розвиток інфраструктури, не без перебільшень, залежить від ставлення суспільства та бізнесу до державно-приватного партнерства як до особливого інструменту реалізації інфраструктурних проєктів. У сучасному розумінні партнерство державного і приватного секторів означає таку форму співпраці між державними органами влади та світом бізнесу, що має на меті забезпечити фінансування, будівництво, відновлення, управління або утримання інфраструктури чи надання суспільних послуг [1, с. 7]. Однією з найбільш поширених форм такого державно-приватного партнерства виступає концесія.

Проте за двадцять років дії спеціального законодавства про концесії очікування держави та бізнесу від реалізації концесійних проєктів залишилися марними, жодного масштабного проєкту так і не було реалізовано. Не вдаючись до аналізу ряду економічних і політичних чинників такого «провалу», маємо констатувати і правову складову неефективності існуючої моделі концесійних відносин в Україні.

Як результат, у березні 2018 р. Кабінетом Міністрів України було представлено проєкт нової редакції Закону України «Про концесії» № 8125 [2]. Наразі планується уніфікувати термінологію, узгодити та уточнити проведення конкурсних процедур, розширити інструментарій для структурування проєкту, систематизувати чинне законодавство зі здійснення концесійної діяльності.

Разом з тим, насамперед, при оновленні концесійного законодавства мають бути враховані принципи застосування концесії як форми державно-приватного партнерства. Так, одним з таких принципів є передача концесіонеру підприємницького ризику еко-

номічного характеру. Натомість відповідно до ч. 9 ст. 35 законопроекту платежі концесієдавця на користь концесіонера можуть здійснюватися у формі плати за готовність (доступність) об'єкта концесії. При цьому розмір плати за готовність (доступність) об'єкта концесія не може перевищувати 49 відсотків гарантованого концесіонеру попиту та/або пропозиції визначеного концесійним договором та залежить від досягнення концесіонером показників результативності, зокрема якості, надійності, доступності робіт/послуг, що визначені концесійним договором. Таким чином, концесіонери свідомо зможуть завищувати оцінку очікуваного рівня попиту/пропозиції в межах проекту з метою отримання додаткової бюджетної компенсації. І це паралельно зі стягненням плати з користувачів, що взагалі суперечить світовій практиці при такому платежі, як «плата за готовність».

Водночас у пояснювальній записці до законопроекту зазначається, що передбачено внесення змін до понад 30 законодавчих актів України з метою приведення їх у відповідність до положень законопроекту та усунення бар'єрів для реалізації концесійних проєктів. З цього приводу зазначимо, що ряд декларативних положень чинного концесійного законодавства все ж таки «перекочували» в законопроект. Наприклад, йдеться про можливість передачі концесіонером майнових прав, що впливають з договору концесії (ч. 4 ст. 31 законопроекту). Проте механізм реалізації такого предмета застави, як право за концесійним договором, по суті законодавством не регулюється.

Аналогічна ситуація щодо зміни права власності у разі припинення договору концесії, оскільки не встановлено обов'язок концесіонера передати «збудоване» майно, а також відсутній сам механізм такої передачі, про що відзначають юристи-практики [3].

Для потенційного інвестора важливо усвідомити, що правове поле концесійної діяльності є чітким та стабільним; механізм реалізації концесійного проєкту є структурованим та прозорим, а результат реалізації цього проєкту – передбачуваним. Натомість, неузгодженість термінології самого законопроекту, так і запозиченість з інших законів, не свідчить на користь ефективності самих процедур. Як приклад, можна навести так званий «конкурентний діалог» (до речі, термін застосовується в законодавстві про публічні закупівлі) та співвідношення його з поняттям «концесійний кон-

курс». По суті конкурентний діалог є специфічною нестандартною процедурою концесійного конкурсу, що застосовується у випадку необхідності визначення (уточнення, конкретизації) лише окремих технічних, якісних характеристик проекту. Тому варто погодитись з пропозицією щодо застосування у межах концесійного конкурсу одноетапної та двоетапної процедур подання конкурсних пропозицій учасниками [4, с. 75], що відповідає рекомендаціям Керівництва ЮНСІТРАЛ [5].

Одне з актуальним питань залишається «оформлення прав на земельні ділянки» при реалізації концесійних проектів. Зокрема, у літературі висловлюється думка, що в концесійному договорі слід передбачити обов'язок з надання земельної ділянки в готовому для будівництва стані покладається на концесіодавця, що буде виступати істотним стимулом для потенційних інвесторів [6, с. 351]. Так, відповідно до ч. 1 ст. 27 законопроекту однією з істотних умов концесійного договору є порядок забезпечення земельними ділянками. Якщо протягом 9-ти місяців з дати укладення концесійного договору концесіонер не набере права користування земельною ділянкою, концесіонер має право на одностороннє розірвання концесійного договору (ч. 7 ст. 33 законопроекту). По-перше, сам термін «оформлення земельної ділянки» не застосовується у Земельному кодексі України. По-друге, орган центральної виконавчої влади як можливий концесіодавець, не наділений повноваженнями щодо розпорядження земельними ділянками, що об'єктивно може порушити строк передачі концесіонеру прав на земельну ділянку, а отже, стати підставою для розірвання концесійного договору в односторонньому порядку. Крім того, в силу положень ст. 123 ЗК України клопотання про одержання в користування земельної ділянки має подати зацікавлена особа, тобто концесіонер, а ніяк не концесіодавець.

Таким чином, модернізація концесійного законодавства має бути аргументованою, її мета полягає не лише в «спрощенні» нормативного масиву, а й у вироблені моделі балансу приватних та публічних інтересів, не забуваючи про сутність та призначення самої концесії.

Література

1. Грищенко С. Підготовка та реалізація проектів публічно-приватного партнерства: практичний посібник для органів місцевої влади та бізнесу. К., ФОП Москаленко О.М., 2011. 140 с. URL : https://enefcities.org.ua/upload/files/PPP_report_USAID_2011_ua.pdf
2. Про концесію : проект Закону від 15.03.2018 № 8125. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63630
3. Підгайний А., Шарапа М., Юрець О. Коментарі до проекту закону «Про концесії» // Юридична фірма AGRECA . URL : <https://agrecua.ua/komentari-do-proektu-zakonu-pro-kontsesiyi>
4. Захарченко А.М. Щодо вдосконалення порядку надання в концесію об'єктів державної та комунальної власності // Науковий вісник публічного та приватного права. 2018. Вип. 3. Т. 1. С. 70-77.
5. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. URL : <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/pfip/guide/pfip-r.pdf>
6. Зятіна Д.В. Заходи стимулювання інвестицій в морські порти України // Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 67. С. 348-353.

НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ КОНЦЕСІЇ В УКРАЇНІ

Д.В. Зятіна

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук*

Концесія є оптимальною та найбільш розповсюдженою в світі формою державно-приватного партнерства. Як вказано в п. 1 Директиви ЄС від 26.02.2014 р. про укладання договорів концесії «договори концесії представляють собою важливий інструмент довгострокового розвитку інфраструктурних та стратегічних послуг, здійснюють значний вплив на розвиток конкуренції на внутрішньому ринку, створюючи можливості отримати переваги від діяльності приватного сектору та допомагають досягти ефективності та інновацій» [1]. Тому вдосконалення концесійного законодавства безперечно сприятиме створенню сприятливого бізнес-клімату в Україні. Для нашої держави в сучасних умовах це є вкрай необхідним, адже багато галузей національної економіки потребують залучення істотних інвестиційних коштів та модернізації. Концесійні механізми дозволяють досягти зазначених завдань, при цьому забезпечуючи врахування як приватних, так і публічних інтересів.

Для того, щоб концесія все ж таки почала працювати у різних сферах економіки зміни в національне законодавство про концесії є необхідними. В цьому контексті актуально проаналізувати положення законопроекту № 8125 від 15.03.2018 р. «Про концесії» (далі – законопроект) [2], прийнятий Верховною Радою України у першому читанні. Вказаний законопроект спрямований на усунення наявних прогалин в регулюванні концесійних відносин, зробивши концесію більш привабливою для потенційних інвесторів та вигідною для держави, уособлюючи в собі win-win стратегію.

В цілому законопроект слід оцінити позитивно. По-перше, увагу звертає вдосконалення порядку розрахунку концесійних платежів. Проблематика справедливого розрахунку концесійних платежів існувала доволі давно і залишається актуальною і сьогодні. В законопроекті «Про концесії» закріплена прогресивна норма щодо існування концесійних платежів не тільки концесіонера, але і кон-

цесієдавця. Безумовно справедливим є закріплення в законопроекті можливості встановлення різних підходів до визначення концесійного платежу, в тому числі залежно від розміру чистого прибутку концесіонера, що дозволить врахувати при виплаті концесійних платежів результати господарської діяльності концесіонера, зменшуючи комерційні ризики останнього.

Норма законопроекту про можливість залучення радника для підготовки концесійного проекту також виглядає перспективною, дозволяючи залучити незалежні професійні організації для підготовки об'єктів концесії. Аналогію радника в концесії можна побачити і в новому Законі України «Про приватизацію державного і комунального майна» [3].

Водночас, проект Закону «Про концесії» містить окремі положення, які не вирішують нагальних проблем концесії, на які неодноразово зверталася увага науковців та практиків. Це, зокрема, проблема залучення кредитних коштів для реалізації проектів концесії під заставу самого об'єкту концесії. Так, згідно із ч. 1, 2 ст. 31 законопроекту «Передача концесіонеру існуючого об'єкта концесії, в тому числі його подальша реконструкція, реставрація, капітальний ремонт та технічне переоснащення концесіонером, не зумовлює перехід права власності на цей об'єкт до концесіонера та не припиняє права державної чи комунальної власності на ці об'єкти. Такі об'єкти підлягають поверненню концесієдавцю після припинення дії концесійного договору. Нерухоме майно, створене (нове будівництво) концесіонером на підставі та у відповідності до умов концесійного договору, є державною чи комунальною власністю». Водночас, згідно із ч. 4 ст. 7 Закону України «Про державно-приватне партнерство» [4]: «Об'єкти державно-приватного партнерства, створені або придбані приватним партнером на виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, можуть належати йому на праві власності та використовуватися ним або державним партнером чи іншою стороною договору в порядку та на умовах, визначених таким договором, якщо інше не встановлено законом. Такі об'єкти підлягають передачі приватним партнером державному партнеру в порядку та строки, визначені договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, але не пізніше дати припинення дії такого договору....». І, хоча в ч. 3 ст. 2 законопроекту вказано, що норми Закону України

“Про ДПП” не застосовуються до регулювання відносин концесії (крім спеціальних випадків), слід підкреслити, що вищенаведена норма Закону України «Про ДПП» позитивно оцінювалася як раз з точки зору додаткових можливостей залучення кредитних коштів для проектів ДПП, що мало б мати позитивний ефект на розвиток відносин концесії в різних сферах. Отже, видається, що вказані положення Закону України «Про ДПП» мають знайти відображення і в спеціальному законодавстві про концесії.

Новелою проекту є закріплення можливості укладання договору концесії із орендарями державного майна у спрощений спосіб шляхом прямих переговорів. Логіка цих положень доволі зрозуміла, адже більшість інвестиційних проектів реалізуються сьогодні саме за допомогою оренди. Водночас, для уникнення зловживань при наданні концесії у такий спрощений спосіб мають бути закріплені чіткі вимоги до таких концесіонерів і така практика має бути скоріше виключенням, ніж правилом при укладанні концесійних договорів.

Також, враховуючи тенденцію до приведення національного законодавства до європейських стандартів, окремо хотілось би зазначити про необхідність узгодження положень щодо державної підтримки концесії із правилами ЄС щодо державної допомоги. Адже, крім акценту на можливості державної підтримки концесії, слід на законодавчому рівні зазначити також на необхідності оцінки такої підтримки на предмет її допустимості та впливу на конкуренцію відповідно до положень Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» [5].

Підсумовуючи, слід зазначити, що вдосконалення законодавства про концесії може стати вагомим стимулом на шляху розвитку національної економіки та сприятиме більшій інтенсивності інвестиційних процесів. Водночас, такі вдосконалення мають враховувати найкращий європейський досвід правового регулювання цієї сфери відносин, а також зміни мають бути спрямовані на створення сприятливого інвестиційного бізнес-клімату.

Література

1. Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2014_094_R_0001_01

-
2. Проект Закону про концесії № 8125 від 15.03.2018 URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63630
 3. Про приватизацію державного і комунального майна: Закон України від 18.01.2018 р. // Відомості Верховної Ради. – 2018. – № 12. – ст.68.
 4. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – ст.524.
 5. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 01.07.2014 р. // Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 34. – ст.1173.

ДО ПРОБЛЕМ ІНТЕГРОВАНОГО ПЛАНУВАННЯ ТЕРИТОРІЙ ТА ПЕРСПЕКТИВ У РЕГУЛЮВАННІ ЗБАЛАНСОВАНОЇ ЗАБУДОВИ

О.О. Квасніцька

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент*

Для будівельної галузі, для індустріальної архітектури, для просторового розвитку територій в Україні необхідно мати якісне містобудівне законодавство, містобудівну документацію та належний нагляд і контроль державними інституціями за його виконанням всіма учасниками містобудівних правовідносин.

На сьогодні ми маємо проблеми загальнонаціонального рівня, пов'язані зі скандальними забудовами, відсутністю соціальної та індустріальної інфраструктури, знищенням та руйнацією об'єктів культурної спадщини, значними збитками, заподіяними довкіллю та втратою цінних земель рекреаційного, курортно-санаторного призначення та земель оборони.

Усталена практика формування містобудівної документації, яка залишилася з часів радянського режиму, показала, що Генеральні плани розробляються певними профільними проектними інститутами на замовлення міст, на вимогу законодавства для функціонального визначення землі і здебільшого робляться на вимогу одного-двох забудовників або відповідного угруповання. Це диктаторський спосіб – без обговорень, без професійних дискусій та досліджень. І його наслідки сьогодні відомі кожному: це стратегічні помилки, пов'язані з неефективним використанням територій, економічними помилками, корупційними схемами та нищівним впливом забудови на довкілля.

Між тим, європейський досвід свідчить, що генеральні плани повинні формуватися на базі стратегій, із врахуванням соціального, просторового, етичного каркасу того чи іншого міста. Тому в аспекті розвитку територій, збалансованого підходу до поєднання приватних та публічних інтересів у питаннях забудови, з ураху-

ванням економічних та екологічних проблем, варто впроваджувати інтегровану концепцію планування територій, затверджуючи її на містах, для уникнення конфліктів між учасниками містобудівних відносин та створюючи єдині, рівні правила для забудовників. Така інтегрована концепція планування територій умовно стане договором між суспільством і владою. В далекій перспективі це створення Містобудівного кодексу, в короткостроковій – внесення змін до Господарського та Цивільного кодексів, Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», Закону України «Про охорону культурної спадщини», Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» та оновлення Державних будівельних норм України.

Отже, наразі у практичному середовищі сформовані чіткі потреби у сфері містобудування, направлені на:

- впровадження добросовісної забудови та єдиного порядку у сфері містобудування;
- просторовий розвиток з урахуванням природного ландшафту і прозору систему охоронного зонування пам'яток культурної спадщини;
- закріплення реальних гарантії прав інвесторів;
- дієві інструменти впливу міст, що дозволить громадам диктувати свої умови на забудову територій для громадських потреб або суспільної необхідності;
- збалансованість інтересів при забудові територій, з пріоритетом інтересів громад;
- інновації та безпеку при зведенні об'єктів будівельної діяльності;
- відповідальний контроль, нагляд та безповоротність покарання;
- реформування архітектурно-будівельного контролю, бо поки маємо імітацію такої реформи, що призвела до тотальної корупції та «сірих схем» в сфері містобудування.

З урахуванням наукових поглядів та аналізу законодавчих положень зарубіжних країн, варто запропонувати для більш широкої дискусії наступні ініціативи, за допомогою яких будуть вирішені проблеми у сфері містобудування.

По-перше, у питанні розпорядження земельними ресурсами комунальної та державної власності для забудови встановити чіткий механізм за принципом «будуєш-купуй». Такий принцип дозволить

відійти від практики будівництва на орендованих ділянках за «туалетними схемами» з привласненням земель рекреаційного, курортного чи іншого призначення. Поряд з цим, запровадити новий підхід до відчуження земельних ділянок комунальної та державної власності одночасно з містобудівними умовами та обмеженнями виключно через продаж земельних ділянок на аукціонах.

По-друге, сформувати публічний містобудівний кадастр, як єдину державну інформаційну систему, що забезпечує збирання, накопичення, обробку, захист, облік та надання інформації про «життєвий цикл» об'єкту будівництва, всіх документів – дозволів, проектів, експертиз, висновків і т.д. Таким чином, виключивши можливість в ручному режимі чиновникам вирішувати питання «на замовлення», що дозволить належним чином здійснювати як самоврядний, так і громадський контроль.

По-третє, для захисту та гарантування прав інвесторів від пролобійованого і неефективного фінансування будівництва через ФФБ і ФОНи, запровадити договірні конструкції на фінансування об'єктів будівництва виключно через нотаріальне посвідчення та запровадити механізм, за яким інвестування можливе при наявності 30-50-відсоткового ступеню готовності незавершеного будівництва. Забезпечення прав та інтересів суб'єктів, що здійснюють фінансування об'єктів будівництва нерухомого майна, належним чином може здійснюватися тільки через систему реєстрації та нотаріальне посвідчення договорів на об'єкти нерухомості в процесі будівництва.

Надзвичайно важливо запровадити механізм ступеневого контролю за зведенням об'єкта будівництва та обов'язкову реєстрацію незавершеного будівництвом об'єкту у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, що стане надійним заходом забезпечення права власності забудовника та інвесторів. Саме система реєстрації незвершеного будівництвом об'єкта нерухомості на підставі Акту готовності першого ступеню забезпечить облік даних по спорудам і будівлям, облік даних речових прав та їх обтяжень, надання достовірної інформації щодо кожного об'єкта будівництва та легітимну реалізацію незавершеного будівництва.

Поряд з цим, для забезпечення прав та інтересів учасників містобудівельних відносин надійним інститутом стане обов'язкове страхування конкретної забудови, діяльності архітектора та забу-

довника. Обов'язкове страхування, як гарантія безпечності зведеного об'єкта будівництва та ризиків, що пов'язані з інвестуванням у такі об'єкти.

Крім цього, мають бути введені законодавчі вимоги до майнового та організаційного характеру забудовників. Це стосується організаційно-правової форми, формування статутного капіталу та розкриття даних про кінцевого бенефіціара.

Отже, поки ведеться дискусія над питанням розроблення Містобудівного чи Будівельного кодексу, вже зараз варто розпочати ефективну оптимізацію містобудівного законодавства та господарського законодавства, для внесення швидких, радикальних змін у регламентацію містобудівельної діяльності. Адже однією з умов результативного правового регулювання правовідносин у сфері містобудування є умова тісного і взаємоузгодженого зв'язку науковців та практиків, якого бракує сучасному процесу нормотворення.

АЛЬЯНС «ЗА МАЙБУТНЄ ПРОМИСЛОВОСТІ» ЯК ІНСТИТУЦІЙНИЙ МЕХАНІЗМ СТИМУЛЮВАННЯ РОЗВИТКУ БІЗНЕСУ В НІМЕЧЧИНІ

Н.С. Кирєєва

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу,
помічник адвоката АО «Юріс Феррум»*

Міжнародна конкуренція, демографічні зміни та підривні технології, такі як діджиталізація, породжують серйозні виклики для промисловості. У зв'язку з цим та з метою найефективнішого використання можливостей, які надають зміни в промисловій сфері, зміцнення промислового виробництва та нарощення міжнародної конкурентоспроможності у Німеччині в березні 2015 року розпочав роботу Альянс «За майбутнє промисловості» (далі – Альянс).

Ініціаторами створення Альянсу стали Федеральне міністерство економіки та енергетики Німеччини, Федерація німецьких галузей та Німецький союз металургів. Крім названих, в Альянсі діють ще чотирнадцять партнерів. Учасники Альянсу прагнуть покращити координацію ключових сфер досліджень і фінансування, а також промислової та конкурентної політики в Німеччині та Європі. Для цього члени Альянсу розробляють, погоджують і координують пріоритетні заходи, направленні на стимулювання розвитку промисловості.

У складі Альянсу функціонує п'ять робочих груп, кожна з яких має двох голів: один – з боку роботодавців/промисловості, другий – з боку профспілок.

Кожна робоча група розробляє рекомендації щодо дій в одному з ключових напрямків:

- Прийняття громадськістю – приваблива промисловість;
- Промисловість, що інвестує;
- Майбутнє роботи в промисловості та промислових послугах;
- Структури створення цінності майбутнього;
- Міжнародна конкурентоспроможність німецької промисловості.

Рекомендації робочих груп представляються керівному органу, який називається «Коло Шерпів». Шерпи є лідерами, що признаються партнерами Альянсу. Даний керівний орган очолює Державний секретар.

Коло Шерпів готує засідання Групи високого рівня, які проходять, як правило, двічі на рік. До складу Групи високого рівня входять Федеральний міністр економіки та енергетики, президенти бізнес-асоціацій, голови профспілок та Федерації профспілок. Група високого рівня приймає конкретні заходи та вимоги щодо питань в п'яти напрямках, вказаних вище [1].

Так, 13.10.2015 року Група високого рівня Альянсу представила свої перші результати: Програму роботи та Спільну декларацію «За сучасну та сталу промислову політику в Німеччині».

Під час Тижня промисловості в 2016 році Альянс представив конкретні рекомендації щодо покращення інфраструктури, запровадження життєздатної системи торгівлі викидами, податкових пільг і розвитку навичок працівників [1].

На Промисловій конференції високого рівня, присвяченій перспективам розвитку промисловості на період до 2030 року, що проходила у Федеральному міністерстві економіки та енергетики Німеччини, 18.02.2016 року Група високого рівня Альянсу прийняла Спільну декларацію.

Декларація встановлює керівні принципи промислової політики та рекомендації щодо дій, які ЄС має вжити для створення інноваційної промислової бази з високим рівнем інвестицій:

- Глобальна конкурентоспроможність Європи потребує нового стимулу у вигляді інвестицій та інновацій. Це вимагає більш узгодженого законодавства держав-членів. Необхідно уникати будь-якого негативного впливу на інвестиційну діяльність або здатність до інновацій.

- Потрібна краща законодавча координація у сфері енергетики та кліматичної політики, і ця політика повинна чітко відповідати існуючій міжнародній нормативно-правовій базі.

- ЄС та держави-члени повинні працювати над тим, щоб нові, погоджені у Парижі резолюції щодо клімату були глобально обов'язковими. Це необхідно для запобігання витоку вуглецю, а отже, попередження переміщення робочих місць та інвестицій з Європи.

– Європейська система торгівлі викидами повинна бути розроблена таким чином, щоб залишився простір для промислового зростання на основі технологічного прогресу. Альянс дав деякі конкретні рекомендації з цього приводу також протягом Тижня промисловості в 2016 році.

– Оскільки Європа зараз рухається до єдиного цифрового ринку, Альянс сприятиме досягненню більш швидкого прогресу щодо збереження ключових технологій та навичок в Європі (наприклад, у мікроелектроніці, виробництві акумуляторних батарей та дослідженнях).

– Що стосується потенційно наданого Китаєві статусу ринкової економіки, Альянс очікує чіткого аналізу цього питання з боку Європейської комісії, і, зокрема, всебічної оцінки економічного впливу на європейську промисловість [2].

Наведені керівні принципи промислової політики, в цілому, актуальні не лише для Німеччини, а й для інших країн, у тому числі України.

Оскільки сучасна українська промисловість протистоїть значній кількості викликів, подолати які можливо лише за допомогою комплексних заходів, доцільно врахувати досвід Німеччини щодо інституційного стимулювання промисловості, зокрема, позитивний досвід створення та діяльності Альянсу.

Література

1. Joining forces to strengthen German industry // Federal Ministry for Economic Affairs and Energy.URL:<https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Dossier/joining-forces-to-strengthen-german-industry.html>(дата звернення: 13.06.2019).
2. Gemeinsame Erklärung der High-Level Group im Rahmen der Industriekonferenz „Zukunftsperspektive Industrie 2030“ // Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.URL: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/H/high-level-2-group-gemeinsame-erklaerung.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (дата звернення: 14.06.2019).

ЮРИДИЧНУ ОСВІТУ – НА СЛУЖБУ ЕКОНОМІКИ

Д.О. Колодін

*декан факультету цивільної та господарської юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»,
кандидат юридичних наук, доцент*

Розвиток юридичної освіти сьогодні набуває нових обріїв, пов'язаних із спеціалізацією знань та розширенням сфер юриспруденції. На ринку праці стають реальністю запити бізнесових структур на підготовку спеціалістів не загального профілю, як це відбувалося тривалі роки, а певної спеціалізації. У контексті юридичної освіти це проявляється у намаганні господарюючих суб'єктів отримати у штати підготовлених висококласних юристів, що здатні забезпечувати ведення легалізаційної роботи, представництво підприємців в судах, здійснення зовнішньоекономічної діяльності, включаючи міжнародний арбітраж, участь в розміщенні акцій та укладати корпоративні договори тощо. Усе це може бути забезпечено лише за умови поглибленого, за усебічного проникнення у сутнісні категорії та наскрізні практики ведення сучасного бізнесу правової роботи фахівців, які пройшли школу спеціальних знань та навичок. Звісно, вищу школу провідного рівня.

На жаль, представлена в Україні Концепція реформування вищої юридичної освіти не повною мірою відповідає потребам підготовки юристів для економіки.

В концепції зазначається, що Правнича професія – це професія, що передбачає діяльність із застосування права. Ознаками правничої професії є її самоврядність, професійна незалежність та професійна відповідальність. Окремі види правничої діяльності в силу їх соціальної значущості регулюються державою.

Разом із тим, виходячи із цього визначення видно недоліки узагальнення розуміння правничої професії. Зокрема, правозастосування у теорії права вважається винятково діяльністю юрисдикційних органів: «владна діяльність компетентних органів та посадових осіб з підготовки і прийняття індивідуального юридичного рішення в юридичній справі на основі юридичних фактів і конкретних правових норм»[1]. Разом із тим, наприклад, інхауз юрист,

або простою мовою юрисконсульт не здійснює правозастосування. Разом із тим, значимість професії юрисконсульта чи бізнесового юриста від цього не зменшується.

Також у проекту Концепції пропонується запровадити єдиний державний кваліфікаційний іспит (ЄДКІ) – це стандартизована форма діагностики рівня засвоєних здобувачем вищої освіти спеціальних (фахових, предметних) компетентностей, визначених стандартами вищої освіти та достатніх для ефективного виконання професійної діяльності за обраною спеціальністю. Разом із тим, на сьогоднішній день не лише не затверджені стандарти вищої юридичної освіти, що досить важко зробити в умовах динамки законодавства та розмаїття сучасних юридичних професій, але й відповідний підхід щодо єдиного державного кваліфікаційного іспиту практично унеможлиблює спеціалізацію магістрів у напрямку підготовки фахівців для правового забезпечення ведення бізнесу в Україні. Адже у силу єдності вимог до екзамєну зникає можливість спеціалізації підготовки магістрів права.

Зрозуміло, що у результаті подібного узагальнення та єдиних вимог постраждає спеціальна підготовка випускників вищів, а бізнес може залишитися без фахово підготовлених кадрів.

Тут має бути також враховано, що єдиний державний кваліфікаційний іспит значно збільшить витрати держави на освіту юристів при тому, що зберігатимуться спеціальні кваліфікаційні випробування при здобутті посад суддів, прокурорів, отримання права на зайняття адвокатської чи нотаріальної діяльності.

На можна не брати до уваги також проблему зникнення у відповідних випробуваннях вимог до оцінки знань із господарського процесу, міжнародного комерційного арбітражу, господарського права, трудового права, фінансового та податкового права – тобто без знань щодо тих галузей, які сьогодні утворюють правову основу діяльності бізнес-юристів.

До регульованих видів професій варто відносити не лише суддів, прокурорів та адвокатів, кі впливають із відповідних Конституційних положень, алей інші юридичні професії, зокрема які задіянні в обслуговуванні бізнесу й правової роботи загалом.

Йдеться, зокрема про арбітражних керуючих, приватних та державних виконавців, слідчих, працівників дипломатичних та консульських установ, арбітрів та суддів третейських судів тощо.

Регульованість юридичної професії у сфері економіки не можна звужувати конституційними положеннями саме тому, що поняття регулювання притаманно будь-яким законодавчим кваліфікаційним вимогам.

Невдовзі, хотілося б сподіватися, такою професією стане й медіатор. хоча закон «про медіацію» не пройшов повторне читання у Верховній Раді, сам хід суспільного обговорення цього питання гостро вимагає від держави впровадження відповідної професії, яка займе вагоме місце у ланцюгу кадрів, які забезпечують вирішення правових конфліктів у сфері бізнесу та економіки.

Як видається, при опрацюванні відпорної Концепції вказані недоліки мають бути подолані.

Література

1. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – Москва : НОРМА, 2002. – С. 398

ЩОДО НАПРЯМІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ ТЕАТРАЛЬНО-КОНЦЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИХ ЗАСАДАХ

А.О. Костюкова

заступник директора комунального підприємства «Облконцертсервіс»

Подальше існування театральної-концертної галузі переважно за рахунок бюджетного фінансування не дозволяє розвивати відповідну сферу у довготривалій перспективі та значеною мірою зменшує комерційний потенціал галузі. Для подолання такого стану давно назріла потреба модернізації театральної та концертної діяльності, яка має виходити з вироблення чітких стратегічних орієнтирів, як-от:

1) розширення поняття культурної діяльності до комплексного її сприйняття як процесу, зорієнтованого на виробництво культурного продукту, що включає в себе і результати театральної та концертної діяльності. В цьому необхідно усвідомлювати незамінну роль, що відіграє театральна-концертна діяльність у соціально-економічному розвитку суспільства, виконуючи не тільки соціальну, економічну, пізнавальну, ідейно-виховну, емоційну, але й естетичну, розважальну, комунікативну, соціалізуючу, компенсаційну, ігрову, а також нормативну функції;

2) усвідомлення гуманітарного значення потреби споживання культурної продукції як основи особистісного розвитку людини, формування творчого потенціалу суспільства, але, разом з тим,

3) визнання фінансово-господарської складової театральної та концертної діяльності як вагомого чинника в економічному вимірі країни та необхідності забезпечення виходу конкурентоздатного творчого продукту України на міжнародну арену;

4) необхідності диверсифікації джерел фінансування культури для її динамічного та всебічного розвитку, а також стимулювання приватного сектору до стратегічних інвестицій у сферу театральної та концертної діяльності;

5) визначення вагомості ролі інтелектуальної власності в розвитку театральної та концертної діяльності та встановлення

високого рівня захисту авторських та суміжних прав суб'єктів (особливо, але не виключно, вітчизняних) цієї діяльності для її постійного удосконалення.

В будь-якому разі, модернізація існуючої системи управління культурною галуззю в Україні з використанням найкращих здобутків з досвіду різних країн, які практикують різні моделі її формування та реалізації, надасть можливість більш чітко сформувати власну систему господарсько-правового регулювання розвитком театральної та концертної діяльності на загальнодержавному і регіональному рівнях, і, крім того, не фрагментарно, а комплексно вписати культурну політику держави в систему механізмів реформування суспільства.

Для забезпечення сталого розвитку процесів по виробництву на надання такого суспільно потрібного культурно-духовного блага як продукція театрального та концертного мистецтв, потребується системна реформа діяльності інституцій соціально-культурної сфери, пов'язана з удосконаленням державно-правового регулювання відповідних відносин. Необхідними кроками у цьому напрямку мають стати заходи з перегляду законодавчих актів в сфері як господарського, так і цивільного, податкового, бюджетного права щодо:

- закріплення податкових, інвестиційних стимулів та інших засобів заохочення відносин по підтримці галузі культури та мистецтв з боку великого бізнесу, заснованих не тільки на спонсорських чи інших відносно короткострокових договорах, а на основі, наприклад, створення ендаумент-фондів;

- формування нових та підсилення значущості існуючих громадських інститутів (некомерційних організацій, інших суспільних об'єднань, структур, ініціативи окремих громадян) у підтримці виконавчих мистецтв в Україні (у т.ч., через моделі відсоткової філантропії фандрейзингу, краудфандінгу), а також започаткування механізмів контролю з боку громадських структур за використанням бюджетних та позабюджетних коштів, спрямованих до цієї галузі;

- розширення можливостей прямої фінансової підтримки театральної та концертної діяльності через впровадження більш прогресивних та дієвих методів розподілу коштів Державного бюджету, чітке програмування виділених на потреби культури бю-

джетних коштів, особливу увагу приділяючи гастрольним заходам, контролю та аналізу ефективності їх використання;

- розширення засобів непрямої державної підтримки суб'єктів цієї діяльності, зокрема, через встановлення системи суттєвих податкових знижок для певної категорії закладів даної сфери, надання гарантій при отриманні банківських кредитів, інформаційний супровід з використанням державних засобів масової інформації;

- стимулювання місцевих органів влади до підвищення їх уваги театральньо-концертній діяльності в регіонах, наділення органів місцевого самоврядування достатніми юридичними повноваженнями та економічними можливостями для дієвого впливу на розвиток регіонального культурного потенціалу, сприяння конкурентоздатності місцевих виконавчих колективів та культурних закладів;

- активного залучення національних творчих спілок до процесів підвищення кваліфікації працівників сфери культури, захисту їх майнових та немайнових прав;

- приведення правових категорій у сфері розпоряджання майновими правами на результати творчої діяльності (щодо використання об'єкта права інтелектуальної власності на підставі ліцензійного, авторського та інших договорів; щодо колективного управління майновими правами, та ін.) до однозначного змісту;

- усунення прогалин в питаннях майнової відповідальності за надання неякісних театральньо-концертних послуг, надання їх належними особами, удосконалення правових механізмів захисту прав споживачів вказаних послуг, тощо.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВЕДЕННЯ УКРАЇНСЬКОГО ГАЗОПОТОКОВОГО БІЗНЕСУ В УМОВАХ БУДІВНИЦТВА «ПІВНІЧНОГО ПОТОКУ-2»

Н.С. Лавренюк (Ігнатова)

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу*

Сьогодні існують певні загрози щодо українського газопотокового бізнесу в умовах будівництва «Північного потоку-2». Однак його будівництво не суперечить ст. 170 Договору про функціонування Європейського Союзу, де прописано наступне: «З метою сприяння досягненню цілей, передбачених у статтях 26 і 174, і забезпечення громадянам Союзу, які є суб'єктами економічної діяльності, а також регіональним і місцевим спільнотам можливості повною мірою використовувати переваги, що випливають зі створення простору без внутрішніх кордонів, Союз робить внесок у спорудження й розвиток транс'європейських мереж у секторах транспортної, телекомунікаційної й енергетичної інфраструктури. У рамках системи відкритих і конкурентних ринків діяльність Союзу спрямовується на взаємопов'язаність і сумісність національних мереж, а також на створення сприятливих умов для доступу до цих мереж» [1, с. 319]. Нещодавно вступила в силу Газова директива ЄС, яка є частиною Третього енергопакету Євросоюзу [2]. Після цього всі газогони, прокладені до ЄС із третіх країн, функціонуватимуть за тими ж правилами, що і трубопроводи всередині об'єднання. Найбільший вплив це матиме на «Північний потік-2». Нові правила прийняті для того, щоб забезпечити конкуренцію і захистити права споживачів газу. Відтепер, щоб «Північний потік-2» зміг функціонувати, він повинен відповідати набагато жорсткішим вимогам, ніж його попередник «Північний потік-1», який розпочав транзит газу у 2011 році. Головна вимога Газової директиви передбачає, що транспортуванням газу не може займатися та сама компанія, яка його видобуває і продає, тобто «Північний потік-2» цій вимозі не відповідає, тому якщо її власник «Газпром» захоче запустити трубопровід,

йому доведеться створювати окремого оператора, який би був незалежним від російського монополіста. Цю незалежність сертифікуватиме німецький національний регулятор (Федеральне агентство з мереж), а Єврокомісія наглядатиме за дотриманням правил. Ще одна вимога – доступ третіх компаній до “Північного потоку-2”. На практиці це означає, що частину його потужностей доведеться тримати порожніми. Крім того, конкурентні тарифи на транспортування газу встановлюватиме німецький національний регулятор. Нарешті, газогін повинен буде працювати прозоро, зокрема, в питанні безпеки постачань. Зміни до Газової директиви ЄС і правила, викладені у новій редакції, поширюються на всі трубопроводи – як нові, так і вже введені в експлуатацію. Однак Рада ЄС передбачила у своєму документі і винятки, які допускають звільнення від виконання нових вимог. А ось чи робити для “Північного потоку-2” виняток, вирішуватиме німецький регулятор. Проте Єврокомісія зможе це рішення скасувати. Є інший варіант – укладення міжурядової угоди між Берліном і Москвою, однак і вона неможлива без згоди Брюсселя. Запровадити такі нововведення Єврокомісія хотіла ще в листопаді 2017 року, але тоді їх заблокували Болгарія та Австрія. Лише на початку 2019-го, коли у ЄС головував стала Румунія, справа зрушила з мертвої точки. Після того, як у лютому 2019 р. було знайдено компроміс, зміни до директиви почали проходити всі етапи ухвалення дуже швидкими темпами.

Отже, нововведення мають суттєве значення для України. Контракт на транзит газу між Києвом та Москвою діє лише до 31 грудня 2019 р. Наразі роль України як транзитної держави все ще залишається під загрозою. Як відомо, «Газпром» шукає способи, як не продовжувати цей контракт і водночас не втратити європейського споживача. Що стосується України, ризики очевидні. Мінус 2,5-3% ВВП через зниження обсягів експорту послуг в разі скорочення постачання блакитного палива за рішенням Кремля після закінчення терміну дії контракту з «Газпромом». Це послабить нашу країну не тільки економічно, але й політично. Проте вже є яскравий приклад боротьби з політичною маніпуляцією. У США сенатор-республіканець Джон Баррассо вніс проект закону «Про співпрацю в сфері енергетичної безпеки з партнерами в Європі», який «відкриває можливість членам НАТО уникнути політичного тиску і маніпуляцій з боку Росії».

Оскільки загроза транзиту газу в обхід України не є ілюзорною, її відображено у Енергетичній стратегії України до 2035 року [3], де визначено, що головним аргументом для збереження Україною статусу транзитної країни є впровадження прозорих механізмів формування тарифів на транзит та прозорих процедур бронювання транзитних потужностей.

Нагадаємо, що чітка позиція України щодо будівництва висловлена у Постанові [4] та продовжується відстоюватися чинним президентом.

Таким чином, «Північний потік-2» ускладнює постачання газу для українських споживачів та негативно відбивається на економіці України. Однак, попри наявні складнощі необхідно шукати вихід із транзитної ситуації, яка є наразі, та не забувати про забезпечення прав, свобод та інтересів українських споживачів щодо якісних послуг з газопостачання.

Література

1. Аракелян М. Р., Василенко М. Д. Право Європейського Союзу: підручник, МОНмолодьспорту України. Одеса: Фенікс, 2012. 390 с.
2. Directive (EU) 2019/692 (03/05/2019) amending Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. URL: https://www.europeansources.info/eso_tax_series_titles/official-journal-of-the-european-union/
3. Розпорядження Кабінету міністрів України «Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 року “Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність”» від 18 серпня 2017 р. № 605-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80>
4. Постанова Верховної Ради України «Про Звернення Верховної Ради України до міжнародного співтовариства щодо неприпустимості будівництва газопроводу «Північний потік-2» та встановлення монополії Російської Федерації на газових ринках світу» від 05.04.2018 р. № 2390-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2390-19>

ВИКОРИСТАННЯ ДОСВІДУ КОМПАНІЙ MITTELSTAND ЯК СТИМУЛ ДЛЯ РОЗВИТКУ МАЛОГО ТА СЕРЕДЬНОГО БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ

А.А. Мельник

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу*

Основою розвитку підприємництва у європейських країнах, зокрема у Німеччині, є провадження ефективної державної політики у певній сфері господарювання та стимулювання ділової активності населення. В Україні розвиток малого та середнього бізнесу залишається на низькому рівні, не дивлячись на те, що серед усіх підприємств України малий та середній бізнес складає 99,8%, однак частка загального експорту в структурі ВВП складає усього 16% [1]. Така ситуація спричинена нерозвиненою регуляторною політикою держави, слабким доступом до фінансування і низькою конкурентоспроможністю малих та середніх підприємств.

Для сприяння розвитку малого та середнього бізнесу в Україні, цікавим буде звернутися до німецького досвіду компаній Mittelstand, як взірців успішного започаткування та ведення бізнесу.

Mittelstand у перекладі з німецької означає «середній клас». Виходячи із визначення наданого Інститутом дослідження малого і середнього бізнесу, м. Бонн, середній клас включає всіх самозайнятих осіб у вільних професіях, ремісничих підприємствах і всіх комерційних підприємствах, які відповідають наступним критеріям: менш ніж 500 співробітників та річний обіг не перевищує 50 мільйонів євро [2]. Компанії Mittelstand включають у себе середні, малі та мікро підприємства.

Малі та середні підприємства складають значну частку в Німеччині. За даними німецького Федерального міністерства економіки та енергетики це 99,7% всіх підприємств Німеччини. Вони не тільки виробляють 57% доданої вартості, а й експортують свою продукцію на світові ринки.

Заступник директора Центру економічної стратегії Д. Яблоновський виділяє наступні особливості німецьких компаній Mittelstand:

1) вузька спеціалізація, яка полягає у концентрації лише на одному продукті, що дозволяє зберігати клієнтську базу упродовж десятиліть, а також розвивати власну компетентність в окремій підгалузі;

2) фокус на інноваціях. Постійно удосконалюючи власний продукт, найбільш успішні з них стають лідерами ринку в окремих нішах (так звані «приховані чемпіони»). Першість в окремій ніші в національній економіці стимулює до виходу на зовнішні ринки, що дозволяє їм ставати вже глобальними лідерами;

3) гра в довгу. Враховуючи, що багато фірм є сімейними, тимчасові втрати під час криз не призводять до рішень про закриття: вони готові до втрат, вірячи у довгостроковий успіх [3].

Отже, можна дійти висновку, що компанії Mittelstand це переважно сімейні підприємства, які займають вузьку нішу на ринку та постійно вдосконалюються застосовуючи інноваційні технології.

Для того, щоб допомогти німецьким компаніям Mittelstand залишатися сильними і інноваційними перед обличчям широкого кола проблем в епоху глобалізації, оцифрування і демографічних змін, Федеральне міністерство економіки і енергетики Німеччини представило Програму дій «Майбутнє МСП» (далі – Програма) в липні 2015 року [4]. Вона містить ключові заходи та ініціативи для політики малого та середнього бізнесу.

Згідно вказаної програми, до основних областей на які направлена політика малого та середнього бізнесу Німеччини відносяться: підвищення духу підприємництва; зменшення бюрократії; посилення фінансування стартапів і їх зростання; вирішення проблеми нестачі навичок у певних професіях; використання та формування оцифрування; зміцнення інноваційних можливостей; активне формування європейської політики малого та середнього бізнесу; зміцнення малого та середнього бізнесу у структурно слабких регіонах; підтримка розвитку нових сфер бізнесу, що впливають з енергетичного переходу.

Як бачимо, Німеччина активно здійснює державну підтримку розвитку малого і середнього бізнесу спираючись на новітні технології, постійно створює сприятливі соціальні, економічні, правові та політичні умови ведення бізнесу та допомагає бізнесу виходити на зовнішні ринки.

Підводячи висновок, слід зазначити, що використання досвіду компаній Mittelstand може стати потужним стимулом для розвитку

малого та середнього бізнесу в Україні. Але в першу чергу, державі необхідно створити якісні та працюючі програми підтримки українського бізнесу, надати можливість отримання пільгових кредитів починаючим підприємцям, поліпшувати інвестиційний клімат та зменшити податкове навантаження. Тільки виконання цих умов та ґрунтовна державна підтримка малого і середнього бізнесу може забезпечити економічне зростання і стабільність України.

Література

1. Букатюк У. Підтримати малий бізнес. Як Україна відстала від світу [Електронний ресурс] / Уляна Букатюк. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://espreso.tv/article/2017/07/11/malyu_serednij_biznes.
2. Definition Mittelstand [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://archive.is/20160327145841/https://www.ihk-berlin.de/standortpolitik/mittelstand/Mittelstand_Definitionen/2251944#selection-799.0-799.22
3. Яблоновський Д. Чому Україні потрібен активний малий та середній бізнес [Електронний ресурс] / Д. Яблоновський. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/ukrajini-potriben-aktivnij-malij-ta-serednij-biz-348259/>.
4. “Future of the German Mittelstand” Action Programme [Електронний ресурс]. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/aktionsprogramm-zukunft-mittelstand.pdf?__blob=publicationFile&v=7.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНО-ИНСТИТУЦИОННАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА КОНКУРЕНТНОЙ СОСТАВЛЯЮЩЕЙ ХОЗЯЙСТВЕННОЙ (БИЗНЕСОВОЙ) ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ

С.Б. Мельник

*Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
доцент кафедры хозяйственного права и процесса,
кандидат юридических наук, доцент*

Изначальное стремление к взвешенному балансу между проконкурентным и антиконкурентным является объяснимым, но, следует признать, весьма сложно достижимым. Бизнесовые отношения, в этой связи, пожалуй, служат подходящим примером. Мобильность (изменчивость) экономических отношений, с одной стороны, государственно-политическая составляющая их правового, в первую очередь, законодательного регулирования, с другой, – те непостоянные элементы, которые усложняют констатацию незыблемости результатов проконкурентного опосредования экономических отношений. Не только на региональных, международных уровнях, но и в пределах одной национальной (государственной) правовой системы.

Дискуссия (иногда переходящая в жаркие споры) ученых, практиков предметной сферы антимонопольного регулирования также приводит к наличию различных подходов не только с позиции выравнивания (сосуществования) ради экономической эффективности про- и антиконкурентных механизмов, но и с позиции отрицания необходимости такого регулирования как такового [1]. Теоретико-прикладным примером неоднозначности обозначенной проблематики может также служить декларирование антимонопольным ведомством Украины необходимости постепенного снижения уровня монополизации на высококонцентрированных рынках (в частности, на рынках естественных монополий). Но без соответствующего правового сопровождения.

Занятие бизнесом на проконкурентных началах в Украине зафиксировано на законодательном уровне, включая нормы Основ-

ного Закона и кодифицированных актов, например, Хозяйственного кодекса. Отмечается наращивание проевропейского конкурентного законодательного материала, в частности, сферы государственной помощи экономическим агентам. Здесь же следует отметить тенденцию к расширению альтернативных законодательным правовых источников проконкурентного регулирования: кодексов профессиональной этики; прецедентов, прежде всего судебных; и т.п.

Институциональная составляющая представлена, прежде всего, системой антимонопольных органов. К классическим функциям по контролю за слияниями; неправомерной как коллективной, так и индивидуальной антиконкурентной практикой; антиконкурентной практикой органов государственной власти; защиты от недобросовестной конкуренции; в сфере естественных монополий и публичных закупок – добавились новые, особо актуальные в последние годы: в сфере государственной помощи субъектам хозяйствования. Остро стоит вопрос совершенствования функциональных (компетентных) механизмов, профессионального роста, достижения единства ведомственной и судебной практикой, закрепления и расширения доверия экономического социума, гражданского общества.

Внешняя формальная оценка проконкурентного вектора правового регулирования хозяйственных (бизнесовых) отношений в Украине, как известно, может быть также продемонстрирована экспертными отчетами международных институций, ознакомиться с которыми можно на официальном веб-сайте Антимонопольного комитета Украины: добровольный экспертный обзор конкурентного законодательства и конкурентной политики Украины ЮНКТАД (2013 г.), обзоры ОЭСР законодательства и политики в сфере обеспечения конкуренции (2016 г.) [2].

Направления дальнейшего развития частично определяются (должны определяться) внутринациональными экономическими, политическими факторами, а также международными обязательствами Украины, в первую очередь, в сфере конкурентной политики и ее правового обеспечения. Соответствующие обобщения отражены на уровне программных документов Правительства и Антимонопольного комитета Украины (отслеживанию оных способствуют и ежегодные отчеты антимонопольного ведомства страны, находящихся в открытом доступе).

Таким образом, формальные критерии для признания эффективности развития бизнеса в условиях проконкурентного регулирования отражены в Украине на законодательном и на институциональном, включая, в первую очередь, государственные институты различных ветвей власти (также с учетом специализации Верховного Суда), уровнях. Ведомственная формальная статистика также способствует формированию положительного реноме в части реализации соответствующих задач и достижении планируемых результатов (отчеты Антимонопольного комитета Украины, статинформация Министерства экономического развития и торговли Украины, Кабинета Министров Украины).

Однако, к примеру, заявленная и указанная выше позиция антимонопольного ведомства страны может остаться лишь лозунгом, потому что требует, как минимум, формального согласования с нормативно-правовыми положениями. Ведь формализованный подход в Украине к рынкам естественных монополий сегодня строится на презумпции отнесения их к таковым при условии отсутствия экономической конкуренции, да и сложно представить практическую реализацию задания госрегулятора по выведению товарного рынка из состояния природной монополии, которое автоматически может рассматриваться в качестве основания его же ликвидации. При этом и механизмы такой реализации тоже не предусмотрены. Предложенная же передача объектов естественных монополий в концессию требует согласования на законодательном уровне, начиная с дефинитивных начал [3, с. 21].

Литература

1. См., например, Рокфеллер, Эдвин Антимонопольная религия / Эдвин Рокфеллер ; пер. с англ. под ред. В. Новикова, Челябинск : Социум, 2002, 207 с.
2. Размещены на официальном веб-сайте Антимонопольного комитета Украины : <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/index>.
3. См. проект Концепции государственной политики развития и защиты экономической конкуренции в Украине // <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=146848&schema=main>.

КОНКУРСНИЙ ПРОЦЕС СТАРОДАВНЬОГО РИМУ

Р.Б. Поляков

студент Львівського національного університету імені Івана Франка

Конкурсний процес в Римській імперії бере свій початок з інших країн античного часу. Звичайно, що норми тогочасних боргових відносин значно відрізнялись від пізнього етапу розвитку конкурсного процесу в стародавньому Римі, а тим паче від сучасного. Проте, певне правове регулювання вже існувало. Дана парадигма пояснюється тим, що боргові відносини можливі тільки при наявності товарно-ринкових відносин, адже, якщо немає підприємницької діяльності, немає і кредитів.

А.Х. Гольмстен виділяв наступні ознаки конкурсних відносин у праві Стародавнього Риму: недостатність майна боржника для задоволення усіх вимог; наявність декількох кредиторів; особливий порядок задоволення вимог; створення конкурсної маси; особливе управління майном боржника тощо [2, с. 1].

На початку розвитку боргових відносин основним забезпеченням зобов'язання виступала особа боржника і його родичі. На підтвердження хочу навести цитату К.І. Малишева: «Звичним же способом забезпечення боргів у древніх народів був заклад самого боржника з дружиною і домочадцями «в кабальное холопство»» [4, с. 5].

На відміну від боргових відносин первісного устрою, конкурсний процес у стародавньому Римі хоч і мав з ними спільний початок, але зміг прогресувати в розгалужену систему правових норм із чітко вираженими нормами процесуального і матеріального права.

Першою новацією в римському праві було врегулювання спорів за участю декількох кредиторів. Римляни вирішили поступити дуже справедливо – розділити предмет забезпечення зобов'язання порівну, даний засіб називався *partes secare*. Нажаль на даному етапі ще простежується бажання помсти, а не задоволення майнових інтересів – «За свідченням римських письменників вже у законі децемвірів був передбачений збіг декількох стягувачів проти одного і того самого відповідача і у випадку його неоплатності кредиторам було дозволено розрубати і ділити між собою його тіло, яке було їм присуджене» [4, с. 3].

Із плином часу римляни починають розуміти, що помста приносить тимчасове задоволення і від відрубаної частини тіла чи навіть вбитого боржника проку небагато. На відміну від грошей, які хотілося б повернути. Тому вони поступово починають милостиво зберігати життя своїм боржникам, щоб із них можливо було отримати хоч якусь вигоду. К.І. Малишев зазначає, що кредитор мав право вибору. Він міг як продати боржника і отримати за нього кошти, так і вбити «як тварину у своєму домі». Даний вибір знайшов своє відображення у законі XII таблиць, де вперше було зазначено механізм забезпечення майнових інтересів кредиторів.

Закон XII таблиць надавав боржникові строк для погашення своїх грошових зобов'язань перед кредитором, а також встановлював відповідальність майном: «Згідно із XII таблицями боржнику назначався термін для пошуку коштів для платіжки і, якщо він пропускав цей строк не розкаявшись, то він вважався неоплатним боржником і стягування застосовувалось на його особу і його майно» [4, с. 6-7].

Згідно із таблицями, боржнику надавався 30 денний термін для погашення своєї заборгованості перед кредитором. Даний строк розпочинався після рішення суду чи визнання ним власного боргу. Якщо ж він не зміг розрахуватися зі стягувачем, то останній міг його захопити в будь-якому місці і відвести його до власного дому. Даний інститут отримав назву *manus injectio*. Слід зауважити, що Г.Ф. Шершеневич зазначав можливість застосування *manus injectio* без рішення суду чи визнання боргу при наявності *pehnum*. Проте, після прострочення боржник *de jure* не ставав рабом кредитора: «Але боржник ще не ставав рабом, не втрачав зовсім правоздібність. Закон XII таблиць передбачав навіть найбільшу вагу, яку могли мати накладені цвяхи, а також їжу яку міг вимагати боржник від власного кредитора» [6, с. 4]. Дійсно важко уявити раба у античному Римі який вимагає від володаря певну їжу. Даний стан продовжувався 60 днів, в цей період родичі могли викупити боржника. Якщо родичів не було або вони просто не виплатили грошові зобов'язання, то кредитор вів боржника на торгову площу і пропонував усім бажаючим викупити бідолаху. Якщо гроші за боржника так ніхто і не сплачував, то він вже ставав рабом кредитора.

Із вищенаведеного логічно випливає, що незважаючи на майновий інтерес кредиторів, особиста відповідальність боржника ще

залишалась. Непоодинокими були випадки нехтування законом, де останнього вбивали чи катували до закінчення 60 денного періоду. Також даний закон передбачав застосування майнового рабства (*addictio*) без особистого закладу (*nexum*).

Для покращення становища прийняттям нового закону залишався лише привід, який наводить Г.Ф. Шершеневич. Молодий хлопець на ім'я Публіцій захотів викупити свого батька із майнового рабства. У юнака не було грошей, тому він сам вирішив взяти в борг. Нажаль, його кредитор Папій, сам захопив хлопця у неволю та піддав катуванням. Якимось чудом останньому вдалось втекти та предстати перед людьми. Саме цей поштовх змусив консулів видати новий закон: «Цей закон, відомий під ім'ям *Lex Poetelia*, був виданий в 428р. від заснування Риму або у 326 від Р.Х.» [6, с. 5]. Поетеліанський закон скасовував *adictio*, за умови видачі кредитору всіх коштів і всього майна боржником. В даній ситуації боржник міг залишитись на свободі тільки за наявності достатньої кількості майна, в інакшому випадку він все одно відповідав собою.

Зі слів К.І. Малишева випливає, що особиста відповідальність боржника все ще мала місце, хоча майновий інтерес кредиторів стрімко зростав. Саме тому 326 р. до н.е. є відправною точкою історії конкурсного процесу в Римській Імперії. «Тільки із встановленням цієї системи можна бачити в римському праві зачатки сучасного конкурсного інституту» [6, с. 5].

Із Поетеліанського закону [3] логічно випливає запитання: якщо майно буде продаватись, то як, за якою ціною, ким? На всі ці запитання дає відповідь новий інститут в римському праві – *emptio* чи *vendito bonorum*, що розуміло під собою операцію із продажу майна боржника.

Отже, основною ціллю кредиторів було отримання грошей із продажу майна боржника [5, с. 363]. Покупець називався *emptor bonorum* [1, с. 5]. Продаж здійснювався оптом. Дуже рідко виходило продати майно в роздріб, адже замість одного покупця треба шукати декількох, що вимагало багато часу. Оптовий продаж майна був не вигідним як для кредиторів так і для боржника. Єдиний, хто вигравав від цього, був *emptor*. Він зобов'язувався сплатити кредиторам певний відсоток від їх вимог (*pro portione*).

Боржник, який не мав достатньої кількості майна для погашення заборгованості ховався, адже в іншому випадку відповідав би своєю

особистістю. Зрозуміло, що такий стан речей вимагав нововведень. Вирішення проблеми було дуже простим і ефективним, а за своєю природою воно виступає прообразом деяких елементів сучасної процедури банкрутства. Мова йде про допуск кредиторів до управління майном боржника (*missio in possessionem*) та подальше його відчуження в рахунок погашення майнової заборгованості (*venditio bonorum*) без участі боржника.

Наступною особливістю римського права була відсутність як такокого виклику кредиторів. Як справедливо відзначає К.І. Малишев: «кожна вільна особа має піклуватися тільки про свої власні інтереси, а не бути знаряддям для чужої вигоди».

Отож, після того як претор вводив кредиторів у тимчасове володіння починався процес відчуження майна. В даному процесі проглядається схожість із процесом задоволення майнових вимог кредиторів особистістю боржника. Надавався 30 денний строк для викупу майна у кредиторів боржником чи його родичами. К.І. Малишев зазначає, що для «виморочного майна» строк був 15 днів. Після того, як термін спливав, а кредитори не отримували коштів, то тоді майно зверталось до продажу, а сам боржник отримував статус безчестя (*infamis*).

Логічно випливає, що кредиторам необхідно продавати майно. Проте, самі вони продати його не можуть, адже це б було незручно. Через цю причину з'являється поняття зборів кредиторів, на якому кредитори обирали людину, яка б продала майно (*magister bonorum vendendorum*). «Magister робив публікації про строки і умови продажу (*lex venditionis*), викликаючи бажаючих взяти участь в аукціонних органах» [4, с. 25]. Перед тим як магістр починав виконувати свої обов'язки, він давав присягу, що буде діяти в інтересах кредиторів. Після того як знаходились покупці відбувалась відома нам процедура *venditio bonorum*. Як зазначалось раніше, при *venditio bonorum* боржник мав віддати все своє майно на користь кредиторів, і якщо його буде достатньо, то тоді він зможе не відповідати своєю особистістю.

Після того, як боржники отримали право усувати особисте утримання уступаючи кредиторам все своє господарство, з'являється новий інститут у римському конкурсному процесі, назва якого *cessio bonorum*. Відповідно до *cessio bonorum*, боржник міг поступитись всім своїм майном на користь кредитора, і навіть якщо

його буде недостатньо, все одно не відповідати перед ним своєю особистістю.

В той же час, саме по собі відчуження майна боржником не звільняло його від зобов'язань перед кредитором. Якщо він в майбутньому набував якесь майно, то кредитори могли звернути на нього стягнення.

На нашу думку, *cessio bonorum* в первинному своєму вигляді є дуже схожою на інститут споживчого банкрутства в сучасному законодавстві, адже і там і тут прослідковується фактичне прощення боргів боржникові.

Вищенаведена ситуація потребувала змін, які прийшли незабаром. «Під час правління Граціана 379р. було постановлено, що пільговими наслідками уступку майно можуть користуватись лише ті боржники, які докажуть що вони розорені грабіжниками чи загибеллю судна, пожежею тощо» [4, с. 34]. Відповідно Граціаном було прийняте важливе рішення – пом'якшення законодавство тільки тим, хто цього потребує. Якщо ж особа стала неспроможною не через наведені обставини, то до неї застосовувались ті самі положення, що і до боржника при *venditio bonorum*. Доведення тяжких обставин було обов'язком боржника. В подальшому К.І. Малишев зазначає, що тюрми були переповненні боржниками, що є підтвердженням наших домислів про масовість не доброчесних боржників.

Наступні два важливих нововведення містились в законах Юстиніана. Відтак цим законом передбачалось надання відстрочки боржнику (*induciae*). Дане питання виносилось на розгляд комітету кредиторів. Відповідно прослідковуємо налаштованість на покращення стану боржників, що за своєю природою притаманне тільки ж для пізнього етапу розвитку римського конкурсного процесу. Що ж стосується практики, то боржники просили відстрочку як при *cessio*, так і при *venditio bonorum*. Також необхідно зауважити і час відстрочки. За звичаєм даний строк становив 5 років, що для античного періоду був серйозним, враховуючи середню тривалість життя в античні часи. Наступним важливим нововведенням Юстиніана було закріплення вільного волевиявлення бажання уступки майна.

Як зазначалось вище, в незалежності від способу задоволення майнових вимог кредиторів, майно продавалось магістром в оптовому порядку, що було невигідно всім, окрім емтора. Саме через

це в Римській Імперії поступово починає зароджуватись новий інститут, положення якого перейдуть у спадок законодавству про банкрутство в Середньовічній Італії, а разом з цим і всім наступним країнам середньовічної Європи. Назва цього інституту – *Distractio bonorum*.

Distractio bonorum – інститут, який передбачав продаж майна боржника в роздріб. Старим нововведенням в даному інституті був *curator bonorum*, тобто особа, яка виступала опікуном майна. Такий опікун ніс відповідальність перед кредиторами: «Якщо самого боржника не було, то боргові вимоги кредиторів могли виставлятися до куратора, як представника маси» [4, с. 36]. При такому стягненні куратор продавав майно боржника частинами, що було дуже вигідно для боржника, адже він не втрачав все своє майно, як при *venditio bonorum*. Кредитори, в свою чергу, отримували більше грошей, адже дана процедура не вимагала посередництва емтора, який займався спекуляцією.

Найголовнішим нововведенням для боржників був той факт, що при *distractio bonorum* вони не визнавались безчесними, на відміну від *venditio i cessio bonorum*. «Навпаки, роздрібний продаж, *Distractio bonorum*, спричиняв набагато менше галосу; вона була звичним явищем господарства і менше шокувала честь боржника» [4, с. 38].

Імператорський період розвитку конкурсного процесу характеризується, як зазначалось вище, наданням відстрочки боржнику, за згодою кредиторів. Дане рішення було зумовлено як і еволюцією конкурсного процесу, яка призводить до більш лояльного і гуманного відношення до боржника, так і бажанням імператорів завоювати відданість своїх громадян.

Щодо інших особливостей імператорського періоду розвитку конкурсного процесу. Судове засідання без участі боржника стає звичайною справою, а інститут спростування майнових дій боржника, які вчиненні у збиток кредитору набуває поширення. Також новелою виступало введення 4 річного строку для заявлення своїх вимог кредиторами. Із сплином цього терміну продаж майна боржника вже не дозволявся. Щодо продажу, то він відбувався без елементу публічності, про що свідчить Г.Ф. Шершеневич: «Продаж відбувався без надзору суду, а іноді навіть не з публічних торгів» [49, с. 10].

Однак, на нашу думку, основною проблемою тогочасного конкурсного процесу були процесуальні елементи, із виправленням яких ситуація не була б такою поганою, адже тогочасні правові інститути у видозміненому стані отримали відображення в сучасному світі.

Література

1. Бартошек М. Римское право (Понятия, термины, определения). URL: <http://scienceoflaw.ru/books/item/f00/s00/z0000011/index.shtml>
2. Гольмстен А.Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса. Санкт-Петербург: Типография В.С. Балашева, 1888. 302 с.
3. Калинов А.Ю. Возникновение и развитие конкурсного права. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/vozniknovenie-i-razvitie-konkursnogo-prava>
4. Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. Санкт-Петербург: Типография Товарищества «Общественная польза», 1871. 455 с.
5. Підпригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право : Підручник. К. : Юрінком Інтер, 2007. 512 с.
6. Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. Москва: Статут, 2000. 477 с.

ЮРИДИЧНЕ ОФОРМЛЕННЯ ДОМОВЛЕНОСТЕЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Л.Д. Романадзе

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук, доцент*

Останнім часом в бізнес середовищі все більшої популярності набуває медіація, яка надає можливість мирно врегулювати різного роду конфлікти. Медіація(от латинського «mediare» – посередництво) – це позасудова процедура врегулювання спору шляхом переговорів за допомогою одного або декількох професійно підготовлених посередників-медіаторів.

Існують певні передумови підвищення запиту бізнесу на медіацію в Україні:

- криза судової системи через перехідний період, пов'язаний з судовою реформою;
- істотне підвищення ставок судового збору;
- визнання на законодавчому рівні медіації як альтернативи судовому розгляду справ;
- підвищення поінформованості суб'єктів господарювання про медіацію завдяки різного роду інформаційним кампаніям та громадським ініціативам;
- економічність та ефективність такого способу розв'язання конфліктів;
- конфіденційність процедури медіації;
- можливість збереження партнерських стосунків, тощо.

Світовим досвідом доведено високу ефективність медіації при врегулюванні спорів між суб'єктами господарювання – так звана бізнес-медіація. Коло питань з приводу яких суб'єкти господарювання можуть звернутися до процедури медіації майже не обмежене. Медіація сприяє налагодженню діалогу між сторонами спору. Порозуміння досягається шляхом організації медіатором переговорного процесу між сторонами спору та пошуку прийнятного для сторін варіанту його врегулювання.

Домовленості, досягнуті сторонами конфлікту за результатами медіації, як правило, виконуються ними добровільно, адже це результат кропіткої праці сторін з пошуку взаємоприйнятної рішення під час процедури медіації. Однак, є чимало питань в контексті коректного оформлення таких домовленостей та правової природи угоди за результатами медіації.

Існує певна плутанина, адже значна частина юристів ототожнює угоду за результатами медіації (іноді навіть саму процедуру медіації) з мировою угодою. Важливо розуміти, що мирова угода – це документ, а медіація – це шлях, яким сторони можуть дійти до мирової або якоїсь іншої угоди.

Мирова угода та угода за результатами медіації (УРМ) не є тотожними поняттями. *Принципова різниця* полягає в тому, що мирова угода може бути укладена за наявності відкритого судового провадження; має стосуватися лише прав та обов'язків сторін судового процесу; вихід за межі предмета судового спору допускається лише за певних умов; затверджується ухвалою суду, яка є виконавчим документом; суд має право відмовити в затвердженні мирової угоди. У разі невиконання затвердженої судом мирової угоди ухвала суду про затвердження мирової угоди може бути подана для її примусового виконання в порядку, передбаченому законодавством для виконання судових рішень. Що ж стосується угоди за результатами медіації – вона є різновидом цивільно-правової угоди та у разі її невиконання сторона має звертатися за захистом своїх прав до суду.

Істотною особливістю медіації є її гнучкість. Такою ж гнучкістю характеризується й оформлення домовленостей за результатами медіації. В залежності від обставин, це може бути одна угода чи декілька. Наприклад, якщо домовленості передбачають передачу нерухомого майна від однієї сторони до іншої, то наряду з УРМ сторони мають укласти відповідний нотаріально посвідчений договір (дарування, купівлі-продажу, тощо).

Сторони можуть врегулювати спір за допомогою медіації як в досудовому порядку, так і на будь-якій стадії судового процесу.

Якщо сторони звертаються до медіації в досудовому порядку, то одним з результатів домовленостей, що відображається в УРМ, може бути зобов'язання сторін про подальше звернення до суду з відповідним позовом. Необхідність звернення до суду може бути

обумовлена бажанням сторін отримати закріплення досягнутих домовленостей у вигляді затвердженої судом мирової угоди. Або, якщо відповідно до законодавства, питання потребує обов'язкового вирішення в судовому порядку. Наприклад, коли мова йде про розлучення та поділ бізнесу подружжям, що має дитину.

Доволі часто, сторони звертаються до медіації за наявності відкритого судового провадження (іноді їх може бути декілька одночасно). В такому випадку, сторонам потрібно визначитися, що далі відбуватиметься з судовим провадженням. Результатами домовленостей, що відображаються в УРМ, можуть бути:

- укладення сторонами мирової угоди на підставі досягнутих домовленостей та подання її на затвердження до суду;
- звернення позивача до суду з заявою про залишення позову без розгляду;
- звернення позивача до суду з заявою про відмову від позову;
- звернення відповідача до суду з заявою про визнання позову.

Як зазначалося вище, медіація є гнучкою процедурою, орієнтованою на потреби та інтереси сторін. Тому, в залежності від суті домовленостей, досягнутих за результатами медіації, існує безліч варіантів їх оформлення. У цьому зв'язку величезного значення має кваліфікований юридичний супровід сторін під час оцінки та оформлення результатів медіації.

ПЕРСПЕКТИВНІСТЬ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВОДНОГО ТРАНСПОРТУ

В.М. Слатвінська

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
магістр права факультету міжнародно-правових відносин*

Позиція України як морської держави вимагає дотримання глобальних тенденцій світової морської торгівлі, а також Чорноморського та Азовського регіонів. Потреба у розвитку внутрішнього морського господарського комплексу зумовлена високою прибутковістю ринку транспортних послуг завдяки загальноновизнаним конкурентоспроможним перевагам водного перевезення (екологічна сумісність, низькі ціни, інвестиційна привабливість та ін.).

Потребує переосмислення регулювання відносин на морському й річковому транспорті, а саме спробуємо відповісти на ключове питання – чому необхідно керуватися нормами господарського права при регулюванні водного транспорту?

На нашу думку, слід звернутися до галузевого характеру водного транспорту як виду транспорту.

Відмітимо, що галузевий характер як відомо проявляється у системно-смысловому значенні транспорту та полягає в тому, що це вид народного господарства, комплекс засобів, які забезпечують перевезення, процес транспортування, партія вантажу, яка слідує до місця призначення та вид суспільної діяльності [1, с. 260]. Додаємо сюди що це й комплекс робочих місць, і вантажопотік, і процес забезпечення споживачів транспортними, портовими, сюрвейерськими, стивідорними, агентськими та іншими послугами.

Тож основу господарсько-правової концепції регулювання транспортної діяльності, становлять такі положення: соціально-економічна роль та значення транспорту зумовлюють його місце у сфері господарювання і в широкому розумінні пов'язані не лише з процесом перевезення, а й з іншими видами транспортної діяльності; доцільність регулювання транспортних відносин нормами господарського законодавства пов'язується з галузевим характером транспортної діяльності, як категорії, що опосередковує системне

сміслові значення транспорту. Натомість основними аргументами щодо господарсько-правового регулювання водного транспорту є, по-перше, соціально-економічна роль морського й річкового транспорту, яка проявляється у міжгалузевому характері прояву результатів наданих транспортних послуг, задоволенні потреб населення у міжнародних морських й річкових перевезеннях, забезпеченні фахівців морської й річкової галузі робочими місцями, задоволенні постійного й безперебійного вантажопотоку, по-друге, комплекс норм транспортного права є системними та відображаються у загальному й спеціальному законодавстві, проте не забуваймо про приналежність його до господарського, адже беручи до уваги позицію системного підходу, транспортне право може бути визначено як підгалузь господарського права, що однозначно сприятиме вирішенню питання про існування зв'язків із системою господарського права та іншими галузями права. Додатковими аргументами для визначення транспортного права підгалуззю господарського права можуть бути такі:

- 1) кодифікація господарського законодавства, що зумовлює наявність загальних норм про транспортну діяльність;
- 2) системність і кодифікованість транспортного законодавства з огляду на множинність норм, що регулюють транспортну діяльність та їх галузевий характер [2, с. 140].

З огляду на вищезазначене досить впевненою вбачається позиція щодо застосування норм господарського права до регулювання господарських відносин на водному транспорті. Проте є й протилежна точка зору згідно з якою деякими науковцями аргументується позиція щодо доцільності розгляду згаданих відносин з точки зору адміністративного права. При цьому висловлюється думка що норми транспортного законодавства є імперативними та разом з тим у зазначених відносинах беруть участь органи державної влади і саме це свідчить про приналежність правового регулювання цього виду суспільних відносин до адміністративних. Однак, на нашу думку щоб розв'язати це дискусійне питання необхідно звернутися до сутності господарських відносин на водному транспорті.

Підсумовуючи вищезазначене, перспективність господарсько-правового регулювання водного транспорту відзначається сутністю транспорту загалом та водного транспорту зокрема. При цьому розгляд господарських відносин на водному транспорті з

точки зору господарського права ґрунтується на феномені «транспортна діяльність», яка є частиною господарської.

Література

1. Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина) : навч. посібник / за ред. В.С. Щербини, В.В. Рєзнікової ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – Київ : Ліра-К, 2018. 800 с.
2. Клепікова О. Транспортне право України як підгалузь господарського права. Адміністративне право і процес. 2015. № 2(12). С. 134-141.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ РЕСТОРАННОГО ХОЗЯЙСТВА В ПАРАДИГМЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

Т.Б. Сорокина

юрист ООО «Консул-Хелп», г. Одесса, Украина

Ресторанный бизнес в Украине подчиняется правовым предписаниям различной отраслевой принадлежности. Организация, осуществление и прекращение деятельности в сфере ресторанного хозяйства наиболее тесно сопряжена с хозяйственно-правовым регулированием как формой хозяйственно-торговой деятельности в соответствии со ст. 263 Хозяйственного кодекса Украины [1]. Однако на практике субъекты руководствуются не только нормами профильных, предметных правовых документов и специальных законодательных актов, но и требованиями нормативно-правовых актов, напрямую не регламентирующих их деятельность. Для ресторанного бизнеса особое значение имеет законодательство в сфере защиты прав потребителей.

Правовая категория «потребитель» содержится и в текстах хозяйственно-правовых актов, и в легальных определениях сферы ресторанного хозяйства, но проблематика отраслевой принадлежности, с учетом консьюмеризма, сохраняется. Как правило, в Украине смещение происходит в сторону специального регулирования («потребительское право»), в пределах гражданско-правового. В любом случае ориентир на предпочтения потребителей при занятии ресторанным хозяйством является очевидным и законодательно подкрепленным.

Поэтому небезынтересным представляется сопоставление и анализ специального правового регулирования ресторанного хозяйства с законодательными требованиями нормативно-правовых актов о защите прав потребителей. Базово, как представляется, речь должна идти о трех основных документах: постановлении Кабинета Министров Украины № 833 от 15.06.2006 г. [2] (далее – постановление), приказе Министерства экономики и по вопросам европейской интеграции Украины № 219 от 24.02.2002г. [3] (далее –

приказ) и Законе Украины «О защите прав потребителей» (редакция 2005 года с последующими изменениями) [4] (далее – Закон 1). Именно такой вывод позволяют сделать первые два документа указанного перечня, в которых содержится ссылка именно на Закон 1. Но обращение к последнему фактически приводит к другому результату. Так, ст. 1-1, определяя сферу действия, устанавливает, что Закон 1 регулирует отношения между потребителями товаров (кроме пищевых продуктов, если иное прямо не установлено этим Законом), работ и услуг и производителями и продавцами товаров, исполнителями работ и теми, кто предоставляет услуги.

Что касается пищевых продуктов и непригодных пищевых продуктов Закон 1 отсылает к Закону Украины «Об основных принципах и требованиях к безопасности и качеству пищевых продуктов» (в редакции 2014 года с последующими изменениями) [5] (далее – Закон 2). Закон регламентирует широкий круг отношений по производству и обороту пищевых продуктов, в том числе с участием заведений общественного питания (обращает внимание на себя и общая проблематика сферы ресторанного хозяйства: проблематика дефинитивных начал). При этом только категориальный аппарат Закона 2 включает 95 пунктов первой статьи. Да и текст самого правового документа не позволяет легко и точно определить круг прав и обязанностей субъектов ресторанного хозяйства, сопоставимых с требованиями о защите прав потребителей.

В качестве примера можно привести положения Закона 2 об эксплуатационном разрешении, от получения которого освобождаются заведения общественного питания, которые соответствуют требованиям, установленным Кабинетом Министров Украины. До установления таких требований данное исключение распространяется на все рестораны, бары, кафе, столовые, закусочные, пиццерии, кулинарии, киоски или иные заведения, которые обеспечивают питанием неопределенное количество физических лиц, включая заведения закрытой (ведомственной) сети (ч. 2 ст. 23 (в редакции 2017 года) и п. 27 ч. 1 ст. 1 Закона 2). Поэтому с целью защиты как прав потребителей, так и учета интересов рестораторов, их прав и обязанностей, правил занятия ресторанным бизнесом, очень важны правительственные нормативы. Ведь речь идет и о документе разрешительного характера, его процедурной характеристики и ценовой составляющей.

Специальные подзаконные акты сферы ресторанного хозяйства также не содержат каких-либо указаний конкретизации правил не только об эксплуатационном разрешении, но и иных предусмотренных Законом 2 процедурах. Не соответствуют друг другу положения и о книге отзывов и предложений постановления (с учетом изменений 2019 года) и приказа. Опять же предписания в контексте защиты прав потребителей.

А ведь необходимость упорядочения положений-требований к занятию ресторанным бизнесом в синергии с защитой прав потребителей обусловлена и другим, прагматичным уровнем – уровнем юридической ответственности за несоблюдение соответствующих правовых норм. Разобраться в этом вопросе, следовательно, тоже достаточно не просто. Тем более что ни постановление, ни приказ как специальные нормативно-правовые акты не содержат конкретных правил на этот счет, а отсылают к действующему законодательству.

Литература

1. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, Ст. 144.
2. Порядок провадження торговельної діяльності та правила торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 15 черв. 2006 р. № 833 // Урядовий кур'єр, 2006, № 122.
3. Правила роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства : затв. наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 лип. 2002 р. № 219 // Офіційний вісник України, 2002, № 34, Ст. 1633.
4. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 трав. 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР, 1991, № 30, Ст. 379.
5. Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів : Закон України від 23 груд. 1997 р. // Відомості Верховної Ради України, 1998, № 19, Ст. 98.

ЩОДО ПЕРСПЕКТИВ СПРИЯННЯ ВЕДЕННЮ БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ

Т.В. Степанова

*Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
професор кафедри адміністративного та господарського права,
доктор юридичних наук, професор*

Прагнення України потрапити на європейський та світовий ринки як рівноправний партнер останні декілька років наша держава доводить одночасним проведенням численних реформ у різних сферах життєдіяльності, більшість яких прямо або опосередковано пов'язана з діяльністю суб'єктів господарювання та веденням бізнесу в Україні. Тому дослідження проблем, пов'язаних з вказаним напрямком, виявляються своєчасними та актуальними.

Напрямки сприяння веденню бізнесу умовно можна поділити на декілька напрямів:

1. Спрощення та автоматизація реєстрації бізнесу.

Вказаний напрям на даний час практично приведено у відповідність до європейських стандартів, оскільки створення Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» значно спрощує таку реєстрацію та робить її прозорою.

Інформація про утворення нового суб'єкта господарювання протягом одного дня автоматично потрапляє до фіскальних органів, оскільки впроваджено режим «єдиного вікна» і особі не треба, як раніше, відстоювати великі черги у податковій інспекції, Пенсійному фонді та органах соціального страхування, органах статистики для постановлення на облік.

2. Спрощення та автоматизація ведення бізнесу.

Вказаний напрям знаходиться в процесі розробки та вдосконалення, хоча можна зауважити, що деякі процеси дотепер не здійснюються прозоро. Тому у цьому напрямі необхідна подальша спільна робота, дослідження позитивного зарубіжного досвіду.

Щодо законодавчого регулювання контрольної діяльності останнім часом спостерігається значний прогрес. Зокрема, Подат-

ковий кодекс України, Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» та інші акти впорядкували діяльність фіскальних та інших контролюючих органів щодо здійснення перевірок суб'єктів господарювання. Одночасно слід зауважити, що в цій сфері ще виявляються численні неузгодженості законодавчих та підзаконних актів, які необхідно усунути найближчим часом.

3. Захист прав учасників господарського обігу, в тому числі в суді.

Важливою ознакою, що сприяє розвитку бізнесу, є можливість належного захисту суб'єктами господарювання своїх прав та законних інтересів в судовому та позасудовому порядку.

На жаль, невикоріненою проблемою судової реформи став рівень довіри до даної інституції. Тому, з урахуванням зарубіжного досвіду, необхідно підвищувати інформованість громадськості щодо роботи державних органів правосуддя на користь суспільства, а також сприяти розвитку альтернативних способів вирішення справ між суб'єктами господарювання. Вказане прискорить поновлення прав та законних інтересів таких осіб та скоротить витрати на судовий розгляд справ, оскільки на даний час він в Україні є досить значним та пов'язаним з певними процедурними обмеженнями.

4. Припинення діяльності на законних підставах та у законний спосіб.

З одного боку, як було вказано вище, створення Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» робить прозорим і механізм ліквідації суб'єктів господарювання, одночасно надаючи можливість кредиторам своєчасно (до внесення запису про виключення такого суб'єкта з Реєстру) отримати інформацію про припинення діяльності даного суб'єкта та заявити свої вимоги до нього.

З іншого боку, примусове припинення суб'єктів господарювання через державні механізми, зокрема, процедуру визнання суб'єкта банкрутом донедавна потребувала суттєвого вдосконалення. Проте прийняття Кодексу України з процедур банкрутства вирішило значну кількість проблем, що існували до цього часу. Одночасно не

можна визнати, що набрання даним Кодексом чинності вирішить всі проблеми, тому реформа триватиме.

Таким чином, в цілому слід визнати, що Україна останнім часом зробила значний стрибок в напрямі сприяння веденню бізнесу. При цьому бізнес, з одного боку, як динамічна система, потребує постійного пристосовування нормативної бази до його формування та розвитку. З іншого боку, бізнесу потрібна внутрішня стабільність в державі, в тому числі законодавча. З урахуванням вказаного, вітчизняному законодавцю необхідно врахувати обидві ці складові з метою сприяння бізнесу в Україні, тому необхідний подальший аналіз зарубіжного досвіду задля виявлення кращих світових практик регулювання господарської діяльності та її захисту.

ЩОДА НЕОБХІДНОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ АНАЛОГІЇ

О.В. Туровець

Адвокат, керуючий партнер ЮК «LEX LAW»

Господарське-процесуальне право багатьох європейських країн зазнало в останнє десятиліття значного реформування. В умовах глобалізації та інтеграції між державами в багатьох сферах суспільного життя, розширення міжнародних, культурних, економічних, торговельних зв'язків інтерес до цього предмету не слабшає. Незважаючи на очевидне зближення останнім часом правових систем, порядок здійснення правосуддя у господарських справах в різних зарубіжних країнах, як і раніше відрізняється, що зберігає актуальність порівняльно-правових досліджень в цій сфері.

Процес удосконалення законодавства здійснюється безперервно, як на законодавчому рівні, шляхом внесення змін, так і у правозастосовній практиці. Не викликає сумнів те, що цей процес удосконалення буде здійснюватися постійно, адже змінюються умови життя; соціально-економічні відносини; під час здійснення судочинства виявляються законотворчі помилки; недоліки юридичної техніки, до яких належать помилки і упущення законодавчого органу; суперечливість, неузгодженість норм; до того ж, неможливо нормативно охопити всі життєві ситуації, що об'єктивно вимагають правового врегулювання.

Позитивне регулювання не завжди встигає за змінами суспільних відносин, у зв'язку з чим і з'являються прогалини в праві. При цьому не тільки в Україні але і в більшості інших зарубіжних країн. Неврегульованість суспільних відносин іноді відкриває можливості свавільного застосування закону, що може сприяти порушенню прав, свобод та інтересів людини.

Судді в своїй професійній діяльності часто стикаються зі складностями в процесі правозастосування, що викликані протиріччями закону, неврегульованістю (недостатньою врегульованістю) ряду питань, абстрактним характером нормативних положень, нечіт-

кістю їх формулювань чи іншими об'єктивними та суб'єктивними факторами. Це пов'язано з тим, що законодавець не в змозі передбачити всі ці обставини та створити «бездоганний закон». Часто закон приймається без достатніх знань, а тому прогалина може не потрапити на очі правотворцеві. А отже, зрозуміло, що така прогалина виявиться вже під час правозастосування.

У даній статі ми спробуємо проаналізувати деякі практичні аспекти застосування процесуальної аналогії під час здійснення господарського судочинства у зарубіжних країнах та можливості впровадження їхнього досвіду у господарське-процесуальне законодавство України.

Слід підкреслити, що застосування аналогій у сфері господарського процесу ускладнює той факт, що галузь господарського процесуального права (на відміну від цивільного права) носить здебільшого публічний характер, для неї є властивим застосування імперативного методу правового регулювання, у зв'язку із чим у суду є вкрай обмежені можливості стосовно застосування аналогій у процесі правозастосування. Більше того, деякі фахівці взагалі вказують, що застосування аналогії в межах процесуального права веде до ігнорування принципу законності, порушення жорсткої процесуальної форми. Науковці, які заперечують застосування процесуальної аналогії, як головний аргумент на захист своєї позиції наводять твердження, що у всіх випадках, коли законодавець допускає застосування аналогії, він прямо вказує на це в законі. Адже якщо принципом матеріального приватного права є правило: дозволено все, що не заборонено законом, то для публічного права, до якого відноситься процесуальне право, притаманний принцип: дозволено лише те, що встановлено у законі [5, с. 184].

Так чи інакше, пріоритетом при розгляді господарських спорів має виступати забезпечення прав та законних інтересів сторін спору. У цих випадках застосування аналогії, як крайнього заходу може розглядатися як виправданий крок, якщо відповідне регулювання відсутнє у Господарському процесуальному кодексі, інших актах законодавства і відповідних актах тлумачення правових норм Верховного суду України та Верховного суду України.

У французькому господарсько-процесуальному законодавстві, судові рішення, винесені за результатами розгляду справи, має відповідати певним вимогам. Головне з них – законність. Під за-

конністю судової ухвали розуміється правильне застосування матеріального закону, зокрема, застосування норми права, що відповідають необхідними умовами до правовідносин, які були предметом судового розгляду. Стаття 4 Комерційного кодексу Франції передбачає можливість застосування аналогії закону і аналогії права, де суддя виступає в ролі своєрідного правотворця, заповнюючи цю прогалину [6]. Однак він не може встановити абсолютно нову норму права, а повинен діяти в рамках існуючого закону, відповідно до покладених на нього повноважень.

Більшість процесуалістів Франції вважали процесуальні відношення, що виникають під час здійснення господарського судочинства видозміненим від матеріально-правових відносин [3].

Критикуючи дане вчення, Жюліо де ля Мораїдьер зазначав: «Суддя – слуга закону, тому він зобов'язаний шляхом вивчення підготовчих матеріалів, логічно і, при необхідності застосування процесуальної аналогії, встановити, чого бажав би законодавець, якби розглядав дану справу ... Суд повинен володіти широкою ініціативою в знаходженні істини, у веденні справи, в доказовій діяльності, застосовуючи при цьому різні механізми його процесуального вирішення (огляд доказів за місцем їх знаходження, допит свідків, застосування аналогії права або аналогії закону тощо).» [4]

Інститут аналогії застосовується і в правовій системі Республіки Білорусь. Так, статтею 1 Закону РБ «Про нормативно-правові акти» [1] передбачено, що аналогія закону – це застосування до суспільних відносин внаслідок відсутності норм законодавства, що регулюють дані суспільні відносини, норм законодавства, що регулюють подібні суспільні відносини. У свою чергу, аналогія права – це застосування до суспільних відносин внаслідок відсутності норм права, що регулюють не тільки дані, але і подібні суспільні відносини, загальних засад, змісту законодавства, загальних принципів права і принципів конкретних галузей права. Крім того, Господарським процесуальним Кодексом Республіки Білорусь від 15.12.1998 року № 219-З у статті 25 передбачається, що у разі відсутності норм законодавства, що регулюють спірні правовідносини, господарський суд застосовує ті норми законодавства, які регулюють подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності таких норм – розглядає справу виходячи з загальних засад законодавства (аналогія права) [2].

Господарський суд не має право відмовити у вирішенні спору з підстав відсутності закону чи іншого нормативного акта, що регулює спірні правовідносини. У таких випадках застосовується аналогія закону або аналогія права. При цьому, обов'язковим залишається дотримання зазначеної в ч. 4 ст. 25 ГПК послідовності: аналогія закону застосовується, якщо відсутні норми права, що регулюють подібні правовідносини. І тільки в разі відсутності норм права, що регулюють подібні правовідносини, можливе застосування аналогії права, виходячи з загальних засад законодавства.

З огляду вищезазначеного можна зробити висновок, що в законодавстві зарубіжних країн, практика застосування процесуальної аналогії під час розгляду справ у порядку господарського судочинства є досить розробленою. Це можна пов'язати із тим фактом, що такого роду аналогія лежить у площині публічного права, яке характеризується жорсткою імперативністю та обмеженістю можливостей суду до застосування відповідних правових норм у порядку аналогії. У ряді забіжних країн, в яких процесуальна аналогія можлива, надають відповідний практичний досвід для врахування можливих помилок та оптимізації національного законодавства.

Перспективи подальших досліджень у вказаному напрямку доцільно пов'язувати із розробкою конкретних пропозицій та рекомендацій стосовно оптимізації чинного національного законодавства на основі детального вивчення закордонного досвіду законотворчої та правозастосовної діяльності.

Література

1. О нормативных правовых актах Республики Беларусь // [Электронный ресурс] Режим доступа: <http://pravo.levonevsky.org/bazaby/zakon/text34/index.htm>, – Заглавие с экрана.
2. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь // [Электронный ресурс] Режим доступа: <http://pravo.levonevsky.org/bazaby11/republic49/text948.htm> . – Заглавие с экрана.
3. Эндрюс Н. Систематизация процессуального законодательства Франции. – М. : Инфотропик, 2012. – С. 10-17.
4. Калашник, О.М. Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.М. Калашник; МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2016. – С. 4.

-
5. Косаренко О.І. Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 2 (18). – С. 183-186
 6. Захватаева В.Н. Комерційний кодекс Франції // [Електронний ресурс] Режим доступу: https://books.google.com.ua/books/about/Коммерческий_кодекс_Ф.html?id=aMPbqjF677MC&redir_esc=y – Заглавие с экрана.

ДОСВІД НІМЕЧЧИНИ У РОЗВИТКУ ДПП

А.Г. Федосова

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу*

Державно-приватне партнерство (ДПП) у сучасному світі стає все більш популярною та ефективною формою взаємодії держави та бізнесу. Однак, на території України його розвиток все ще знаходиться на початковому етапі. Відповідно до статистики Міністерства економічного розвитку і торгівлі за роки незалежності в Україні реалізовано менш ніж 200 проектів. [1] Актуальність розвитку ДПП посилюється у зв'язку із тим, що, на відміну від високорозвинутих країн, в Україні ДПП не набуває широкого поширення навіть в умовах кризи, коли реалізація такого партнерства в змозі підтримати основні індекси економіки.

Одним із світових лідерів за кількістю та ефективністю реалізованих проектів ДПП є ФРН. Досвід Німеччини у розвитку ДПП може бути цінним для України як для держави, що стоїть перед задачею підвищити свої економічні показники, та такої, що обрала курс на євроінтеграцію.

Початок розвитку ДПП у Німеччині (Öffentlich Private Partnerschaft) припадає за часом на 1980-ті роки, а за сферою реалізації – на транспортно-інфраструктурні проекти. Згодом популярними стали проекти в сфері наукових досліджень та технологій. [2] Із початком ХХІ ст. кількість проектів ДПП в Німеччині неухильно збільшувалася і з 2004 року у країні розпочався справжній «бум». У 2004 році в Німеччині створюються так звані ДПП-центри, присутні як на федеральному рівні, так і на рівні федеральних земель. Сумісно з оперативними групами Федеральний центр реалізує проектну, координаційну, консультативну, а також науково-методичну діяльність.

Активний розвиток ДПП у Німеччині продовжується із прийняттям у 2005 році Закону «Про прискорення впровадження ДПП». У передкризових 2007-2008 роках був зафіксований суттєвий ривок у зростанні кількості ДПП-проектів на території Німеччини. Подальша динаміка є нестійкою, кількість нових про-

ектів скоротилася, що можна пояснити також режимом економії бюджетних витрат держави – лідера ЄС.

На даний момент доля ДПП у державних інвестиціях складає більш ніж 4%. Галузева структура проектів ДПП очолюється трьома лідируючими галузями економіки: освітою, будівництвом об'єктів дозвілля, культури та спорту, будівництвом адміністративних будівель. [3, с. 149]

Перспективним для України можуть бути наступні методи правового та інституційного стимулювання розвитку ДПП, які використовуються Німеччиною:

Впровадження незалежного органу стимулювання розвитку ДПП. Важливим інструментом розвитку ДПП в Німеччині є ОРР DeutschlandAG (Partnerschaften Deutschland) – це незалежна консалтингова компанія, створена у листопаді 2008 р. для просування проектів ДПП. Компанія була заснована під егідою Федерального Міністерства фінансів та Федерального Міністерства транспорту, будівництва та розвитку міст. Діючи в інтересах федерального уряду, ОРР DeutschlandAG виступає у якості ініціативного консультативного органу, допомагаючи публічному партнеру правильно сформувати проект ДПП з точки зору підвищення його економічної ефективності. Також компанія позиціонує себе як відкритий комунікаційний майданчик для державних адміністрацій, бізнесу, ЗМІ та наукових установ. [3, с. 149]

На теперішній час в Україні немає аналогічних спеціальних незалежних інстанцій, які б займали посередню позицію між публічними і приватними партнерами, керувалися б інтересами та економічною вигодою обох сторін.

Активне використання форфейтингу. Важливим інструментом залучення приватного бізнесу до ДПП є форфейтинг – гарантоване здійснення відшкодування витрат інвестора, виражене у контрактних зобов'язаннях публічного партнера. Для приватних партнерів це робить співробітництво із державою суттєво привабливішим: на випадок, якщо рентабельність проекту не виправдається, проект буде завершено або призупинено за якихось причин, ризики приватного партнера будуть мінімальними. Також це дозволяє залучати під проект дешеві кредити. [3, с. 149]

Участь банківських груп практично в усіх видах експертиз проектів ДПП: попередній експертизі пропозиції, експертизі пла-

тоспроможності та кредитоспроможності приватного партнера, техніко-економічній, фінансово-бюджетній, правовій експертизах. Високий рівень та багатосторонність попередньої проектної підготовки та перевірки дозволяє забезпечити майже повне співпадіння запланованих та прописаних у договорах умов із фактичними показниками реалізації проектів ДПП. [4] Таким чином Німеччина створює максимально «безпечну» репутацію ДПП в очах бізнесу. Натомість в Україні при підготовці та реалізації проектів ДПП експертизам приділяється менше уваги. Наприклад, Законом України «Про державно-приватне партнерство» напряду передбачається тільки один вид експертизи – землепорядної (у разі використання земельних ділянок для здійснення державно-приватного партнерства) [5].

Вагому роль у реалізації проектів ДПП у Німеччині відіграє висока зацікавленість держави у співробітництві із бізнесом, створенні нових проектів у всіх галузях економіки (в тому числі соціальних, які в Україні майже не реалізуються), ефективний контроль, організований державою, а також власний національний досвід застосування тих чи інших інструментів та механізмів ДПП.

Отже, поряд із набуттям власного досвіду розвитку ДПП, актуальним для України є й запозичення досвіду інших країн, в першу чергу – європейських, які на сьогоднішній день виступають флагманами у сфері залучення приватних інвестицій до державних об'єктів. Успішним прикладом для такого запозичення є ФРН, а отже потребується подальше дослідження особливостей ДПП у Німеччині.

Література

1. Довідка Міністерства економічного розвитку і торгівлі України щодо результатів здійснення ДПП (2016 рік) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=ukUA&id=ed00a2ba-480a-4979-84eb-d610a0827a8c&title=ZagalniiOgliad>.
2. Сазонов В.Е. Особенности правового обеспечения и реализации государственно-частного партнерства в Германии/ В.Е. Сазонов // Право и образование, 2012. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://naukarus.com/osobennosti-pravovogo-obespecheniya-i-realizatsii-gosudarstvenno-chastnogo-partnerstva-v-germanii>.

-
3. Казаренко К.О. Анализ зарубежного опыта формирования системы управления проектами государственно-частного партнерства / К.О. Казаренко // Учет и статистика, 2017, № 2 (46), с. 146-152.
 4. Кузьмин В.А. Государственно-частное партнерство: опыт реализации механизма в Германии и возможности его использования в России [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.fcpf.ru/upload/iblink/094/Kuzmin_PPP_Germany.pdf.
 5. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. №2404-VI [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>.

ПРИНЦИПИ НАДАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ В НІМЕЧЧИНІ, ЯК КРАЇНІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

І.М. Феофанова

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
провідний юрисконсульт юридичного відділу,
аспірантка кафедри господарського права і процесу*

Підписавши Угоду про асоціацію з ЄС, Україна взяла на себе зобов'язання створити систему контролю державної допомоги суб'єктам господарювання за зразком Європейського Союзу. Для вдосконалення регулювання державною допомогою суб'єктам господарювання слід звернути увагу на регулювання допомоги в Європейському Союзі. Основні принципи регулювання допомоги в Європейському Союзі формувалися спільно зі створенням єдиного ринку та стали частиною сучасної політики ЄС.

У сучасну європейську політику регулювання державної допомоги Німеччини, як країни Європейського Союзу покладено такі принципи: законності, використання ґрунтовного економічного аналізу, недискримінації, ринкового кредитора, інвестування ринкової економіки, контролю, адекватності інституцій, гласності, обмеження обсягу, тривалості та пропорційності, вибірковості.

Принцип законності передусім передбачає, що Комісія Європейського Союзу та країни – члени ЄС несуть спільну відповідальність щодо дотримання норм законодавства про державну допомогу. Згідно з імперативним методом регулювання, заборонено застосовувати будь-яку державну допомогу крім дозволеної. Всі суб'єкти господарської діяльності, які бажають отримати допомогу, мають пройти «балансовий тест», який має показати, чи допомога буде спрямована на чітко визначені цілі: зростання виробництва, зростання зайнятості населення, спрямовані на екологію, чи дійсно допомога є тим необхідним інструментом, який допоможе досягти цілей економічної політики, наскільки ймовірні негативні наслідки від надання допомоги та як це вплине на ринок і споживача, чи збережеться здорова конкуренція на ринку товарів.

Принцип недискримінації є основним у рамках політики Німеччини. Він має гарантувати всім суб'єктам підприємницької діяль-

ності справедливі умови ринку. З іншого боку, будь-яке втручання держави в економіку, у тому числі надання допомоги одному із суб'єктів, буде нести негативні наслідки для ринку, тому головне завдання – мінімізувати вплив на конкуренцію.

Принцип ринкового кредитора застосовують, щоб визначити можливість появи «штучних переваг» внаслідок втручання держави в економічний процес.

Основною метою принципу інвестування ринкової економіки є гарантія встановлення і підтримки нейтралітету між приватними і державними суб'єктами господарської діяльності щодо застосування правил ринкової конкуренції, а також унеможливлення будь-якої дискримінації приватних підприємств, які не мають доступу до державних ресурсів.

Принцип підзвітності контролю полягає у веденні оцінки необхідності надання допомоги, співставляються можливі позитивні і негативні наслідки цієї допомоги.

За принципом гласності всі державні контролюючі чи регулюючі органи мають працювати прозоро, у тому числі й для забезпечення ефективної реалізації надання державної допомоги [1].

За принципом обмеження обсягу тривалості та пропорційності вся допомога, яка надається суб'єктам господарювання є обмеженою в обсягах, часі та сферою застосування. Також даний принцип спрямований на поступове зменшення загального обсягу виділеної підтримки [2].

Принцип вибірковості полягає в тому, що будь-яка державна підтримка має своїх одержувачів, і вона не повинна мати характер переваги одного суб'єкта над іншим. Допомога має сприяти економічному розвитку як окремо взятого суб'єкта господарювання, так і економіки в цілому.

Застосування досвіду Європейського Союзу під час формування принципів надання державної допомоги суб'єктам господарювання в Україні матиме позитивний ефект, а саме: уведення принципів не дозволить деформувати конкурентне середовище на ринку товарів чи послуг і має дати змогу Україні плавно ввійти у світову економіку. Оскільки Україна поки що не інтегрувалася до єдиного ринку ЄС, то держава має більшу гнучкість щодо використання державної допомоги, ніж країни ЄС. Аналогічно під час перенесення досвіду потрібно розуміти, що критерії, розроблені ЄС щодо доцільності

надання окремих видів державної допомоги, необхідно адаптувати до українських умов.

Запровадження вищеописаних принципів має внести прозорість у надання державної допомоги суб'єктам господарювання. Завдяки поліпшенню контролю над виділенням та витратою державної допомоги як із боку Уповноваженого органу, так і з боку суспільства кошти будуть використовуватися за призначенням, а завдяки поступовому зменшенню державної допомоги підприємствам економіка повинна отримати ефект розвитку здорової конкуренції.

Література

1. Facts and figures on State aid in the EU Member States. Commission Staff workingdocument. 2009. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:1638:FIN:EN:PDF>
2. Common principles for an economic assessment of the Compatibility of state aid under article 87.3. European Commission. Competition. URL : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_common_principles/index_en.html

ЩОДО ПОТРЕБ ВПРОВАДЖЕННЯ ПОНЯТТЯ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕД НА ЗАМІНУ ПОНЯТТЯ АДАПТАЦІЇ ВІДПОВІДНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

В.В. Чайковська

*доцент кафедри адміністративного
та господарського права ОНУ ім. І.І. Мечникова,
кандидат юридичних наук, доцент*

В сучасному науково-правовому просторі зустрічаються різноспрямовані заклики до модернізації чи адаптації законодавства України до вимог та правил ЄС. Попри саму складність оцінки кожної із відповідних пропозицій, тут проявляється й важливий термінологічний аспект, на якому варто зупинитися, аби чітко зорієнтуватися у спрямованості відповідної державної регулюючої дії.

Адаптацію правового режиму зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД) до правової системи ЄС можна розглядати як *стан (результат) відповідності національного законодавства*, що регулює відповідні зовнішньоекономічні відносини, правовій системі ЄС. У такому розумінні адаптація національного законодавства у сфері ЗЕД до правової системи ЄС може свідчити про виконання відповідного обов’язку державою, що існує на підставі зобов’язання за міжнародними договорами.

Співвідношення поняття «модернізація правового режиму ЗЕД» та «адаптація правового режиму ЗЕД» не є однозначним.

У словниках «модернізація» визначається наступним чином: «модернізація (франц. modernization, від moderne – новітній, сучасний) – це вдосконалення, покращення, оновлення, зміна чого-небудь, приведення його у відповідність з сучасними вимогами і нормами, показниками якості» [1, с. 402; 125, с. 534].

Останнім часом у науковій юридичній літературі активно застосовується поняття «модернізація законодавства», зміст якого, однак, у багатьох випадках не роз’яснюється.

Наприклад, К. О. Стадник у відповідній статті, присвяченій модернізації господарського законодавства України щодо економічної

концентрації, не надає визначення модернізації господарського законодавства, однак зазначає, що «головною сферою модернізації є система господарського законодавства щодо економічної концентрації, яка має здійснюватися в напрямках: адаптації національного законодавства до європейського; стимулювання інтеграційних процесів; удосконалення державного контролю; поліпшення якості продукції; розвитку техніко-технологічних систем; широкого запровадження інноваційних технологій; добросовісної торгівлі; стимулювання конкуренції та ін.» [2, с. 251]. Для наведеної позиції характерною рисою є розуміння адаптації національного законодавства до європейського як складової модернізації національного законодавства.

В свою чергу Л. І. Заїченко у відповідній праці зазначає, що одним із засобів модернізації фізкультурно-спортивного законодавства може слугувати кодифікація законодавчого регулювання фізкультурно-спортивних відносин [3, с. 180]. Наведена позиція підтверджує можливість розглядати систематизацію законодавства (різновидом якої є кодифікація) засобом (складовою) модернізації.

О. Р. Зельдіна у монографії, присвяченій спеціальним режимам господарювання, зазначає (з посиланням на положення проекту Концепції модернізації господарського законодавства на базі Господарського кодексу), що в основу процесу модернізації господарського законодавства повинно бути покладене наступне: 1) досягнення стабільності та несуперечливості господарського законодавства; 2) забезпечення оптимального співвідношення законів і підзаконних нормативних актів; 3) використання «пакетного принципу» підготовки нормативно-правових актів при одночасному зменшенні кількості відсилочних норм у самих нормативно-правових актах; 4) *координація та зближення національного господарського законодавства України з господарським правом ЄС* з урахуванням специфіки формування та розвитку економіки України; 5) більш послідовне і чітке приведення змісту Цивільного кодексу у відповідність з предметом регулювання, визначеному у ст. 1 ЦК, у зв'язку із цим усунення у ньому дублювання деяких норм ГК [4, с. 224]. Відповідно до наведеної позиції модернізація господарського законодавства розглядається як певний процес його удосконалення, що включає, однак не обмежується, й зближенням (адаптацією) національного законодавства з правом ЄС.

Наведені наукові позиції дозволяють дійти до висновку про те, що поняття «модернізація законодавства» є ширшим за поняття «адаптація законодавства до права ЄС» та включає у себе останнє.

Модернізація національного законодавства у сфері ЗЕД, окрім адаптації, видається також такою, що включає у себе: 1) систематизацію законодавства у формі кодифікації, консолідації чи інкорпорації; 2) усунення окремих недоліків та суперечностей між нормативно-правовими актами; 3) приєднання до міжнародних договорів (з урахуванням того, що згідно Рішення Конституційного Суду України по справі № 12-рп/98 від 9 липня 1998 р. терміном «законодавство» охоплюються й чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [5]); 4) внесення змін чи скасування окремих нормативно-правових актів з метою досягнення стабільності та несуперечливості законодавства у сфері ЗЕД.

Модернізація та/або адаптація законодавства у сфері ЗЕД може відбуватись на підставі відповідних міжнародних зобов'язань. Поняття «зобов'язання» тут використане не випадково, адже останнє не може вважатися «монополією» цивілістики: існують господарські, податкові, бюджетні, нарешті, міжнародні зобов'язання.

Аналіз положень УПС дозволяє стверджувати про існування непрямих зобов'язань щодо модернізації національного законодавства у сфері ЗЕД за відсутності необхідності саме адаптації до правової системи ЄС. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 10 УПС, сторони надають одна одній режим найбільшого сприяння у торгівлі згідно з пунктом 1 статті 1 ГАТТ. Ст. 10 УПС передбачає існування двохстороннього зобов'язання, що передбачає обов'язок як України, так і ЄС встановити один одному режим найбільшого сприяння у торгівлі. Зрозуміло, що виконання зазначеного зобов'язання є неможливим без модернізації відповідного законодавства кожним з суб'єктів УПС. Водночас, ч.1 ст. 10 УПС не передбачає саме адаптацію національного законодавства до правової системи ЄС, адже відповідна вимога у ст. 10 УПС відсутня.

У зв'язку з майже відсутністю конкретних прямих зобов'язань в УПС щодо адаптації національного законодавства до *acquiscommunitaire* ЄС, однак наявністю в Україні євроінтеграційної мети, слід звернути увагу на документ під назвою «План дій «Україна-Європейський Союз». Тут має бути згадана «Європейська

політика сусідства», що схвалена Радою з питань співробітництва між Україною та Європейським Союзом від 21 лютого 2005 р. (далі – План дій Україна – ЄС), а також ЗУ «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 21 листопада 2002 р. № 228-IV, ЗУ «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 року № 1629-IV. Вказані джерела є свого роду плановими документами щодо модернізації національного законодавства України та певною мірою конкретизують норми УПС.

Отже, на сучасному етапі впровадження законодавства ЄС у законодавство України більш точно говорити саме про модернізацію, а не про адаптацію законодавства.

Література

1. Большая Советская Энциклопедия (В 30 томах). Гл. ред. А.П. Прохоров. – Изд-е 3-е. – М.: «Советская Энциклопедия», 1974. – Т.16. – 616 с.
2. Стадник К.О. Модернізація господарського законодавства України щодо економічної концентрації в контексті євроінтеграції / К.О. Стадник // // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія : Економічна теорія та право. – 2013. – № 4. – С. 246-253.
3. Заїченко Л.І. Модернізація законодавства України у сфері фізкультури і спорту: господарсько-правові аспекти / Л.І. Заїченко // // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія : Економічна теорія та право. – 2013. – № 2. – С. 174-181.
4. Зельдина Е.Р. Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации : Монография. – Донецк : ИЭПИ НАН Украины, ООО «Юго-Восток, Лтд», 2007. – 327 с.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – №32. – Ст. 59.

ЗАЛУЧЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ ДО УПРАВЛІННЯ АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ДОСВІДУ НІМЕЧЧИНИ В УКРАЇНСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Ю.І. Швець

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права і процесу*

В 2014 році Україною було ратифіковано Угоду про асоціацію з Європейським Союзом [1], одним з пріоритетних напрямів якої є адаптація чинного законодавства України до законодавства ЄС, зокрема, розвиток політики корпоративного управління відповідно до міжнародних стандартів, а також поступове її наближення до правил та рекомендацій ЄС у цій сфері. Про необхідність приведення корпоративного законодавства України у відповідність до європейських стандартів також зазначають у своїх роботах багато вітчизняних дослідників (О.Р. Кібенко, А. Пендак Сарбах, Я.С. Марущак, Ю.В. Хорт та інші). Німеччина є країною ЄС, що має одну з найрозвинутіших економік світу. Німецька модель правового регулювання діяльності акціонерних компаній була створена в процесі розвитку корпоративного законодавства в країнах Західної (Німеччина, Австрія, Швейцарія) та Північної Європи (Скандинавські країни), перевірена досвідом, та є взірцем для побудови ефективної системи корпоративного управління для країн Східної Європи, що наразі прагнуть членства в ЄС. Вивчення правових інститутів, які функціонують у державах-членах ЄС, зокрема в Німеччини, є актуальним питанням на даний час і для України.

Як відмічають М.М. Шкільняк, О.З. Апостолук, важливим принципом німецької моделі корпоративного управління є принцип соціальної взаємодії, який передбачає, що всі сторони, зацікавлені в діяльності корпорації, мають право бути учасниками прийняття рішень. Специфічною рисою німецької системи корпоративного управління, визначеного законодавством, є кодетермінація, або участь співробітників в управлінні компанією [2; с. 30-31]. Участь

працівників в управлінні товариством має багато переваг, зокрема, сприяє прозорості управління, забезпечує додатковий механізм контролю за діями правління [4, с. 46-47]. Система залучення працівників до управління акціонерним товариством, що склалася в Німеччині, передбачає, зокрема, обрання найманих працівників до Наглядової ради компанії. О.А. Беяневич та А.В. Мякий, з посиланням на роботи О.Р. Кібенко, А. Пендак Сарбах, зазначають про те, що у Німеччині у найбільших акціонерних товариствах (з кількістю акціонерів понад 2 тис.) використовується принцип рівного представництва від акціонерів та працівників [3, с. 193]. Вимоги щодо участі працівників компанії в наглядовій раді товариства, а також щодо кількісного складу та порядку обрання працівників, що є членами зазначеного органу, в Німеччині регулюється Законом про участь працівників (Mitbestimmungsgesetz) від 04.05.1976 року (Бюлетень федеральних законів I стор. 1153) (далі – Закон), в який в останній раз вносилися поправки до параграфу 7 відповідно до Закону від 24.04.2015 року (Бюлетень федеральних законів I стор. 642) [5]. Даний закон поширює свою дію лише на компанії, які здійснюють діяльність у визначених параграфом 2 Закону організаційно-правових формах та які мають у своєму складі більше ніж 2 тис. працівників. Згідно зазначеного параграфу 7 Закону, в редакції чинній на сьогоднішній день, Наглядова рада компанії з кількістю співробітників не більше 10 тис. осіб, має складатися з 6 членів від акціонерів та 6 представників від найманих працівників, від 10 тис. до 20 тис. осіб – з 8 членів від акціонерів та 8 представників від найманих працівників, більше 20 тис. осіб – з 10 членів від акціонерів та 10 представників від найманих працівників. В Наглядову раду, в якій 6 мандатів належить найманим працівникам, входить 4 співробітника компанії та 2 представники від профсоюзів, в якій 8 мандатів належить найманим працівникам – 6 співробітників компанії та 2 представники від профсоюзів, в якій 10 мандатів належить найманим працівникам – 7 співробітників компанії та 3 представники від профсоюзів (тут і далі – авторський переклад з німецької). В свою чергу, відповідно до параграфу 9 цього Закону, члени Наглядової ради від найманих працівників компанії, що має більше 8 тис. співробітників, обираються делегатами, якщо тільки працівники компанії, що мають право голосу, не вирішать обирати кандидатів напряму. У випадку, якщо кіль-

кість співробітників компанії не більше 8 тис. осіб – члени наглядової ради від найманих працівників обираються шляхом прямих виборів, якщо тільки співробітники, що мають право голосу, не вирішать обирати кандидатів через делегатів. Спосіб голосування вирішується за заявою двадцятої частини (5%) співробітників, що мають право голосу. Голосування є закритим, а рішення приймається більшістю голосів за умови наявності не менше половини складу працівників, що мають право голосу.

Важливою гарантією захисту прав працівників, що обираються до складу наглядової ради компанії, є закріплений в параграфі 26 Закону принцип, згідно якого зазначені особи не можуть бути «стурбовані або утруднені при виконанні своїх обов’язків», вони не повинні знаходитися в невикладному становищі через свою діяльність в Наглядовій раді. Відповідно до параграфу 23 Закону член Наглядової ради, обраний делегатами, звільняється з посади рішенням делегатів, а член Наглядової ради, який обирається безпосередньо працівниками, – за рішенням працівників, які мають право голосу. Такі рішення приймаються таємним голосуванням; для цього потрібна більшість з трьох чвертей поданих голосів.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що запровадження інституту членів Наглядових рад – представників працівників акціонерних товариств в Україні стане передумовою підвищення рівня організації корпоративного управління та наближення законодавства нашої держави до кращих світових практик.

Література

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011
2. Шкільняк М.М., Апостолук О.З. Навчально-методичний комплекс з дисципліни «Корпоративне управління» для студентів освітнього ступеню «Магістр» спеціальності «Адміністративний менеджмент», Тернопіль, 2016. – 170 с.
3. Беяневич О.А., Мякий А.В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2017. – 330 с.

4. Право компаній: порівняльно-правове дослідження відповідності законодавства України *acquis communautaire* Європейського Союзу / Міністерство юстиції України державний департамент з питань адаптації законодавства [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://minjust.gov.ua/files/general/2012/05/16/201205160000009932.pdf>
5. Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) / Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/index.html#BJNR011530976BJNE002003119>

НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ МАЛОГО БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ (НА ПРИКЛАДІ НІМЕЧЧИНИ)

А.В. Шевчук

*Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу*

На теперішній час малий бізнес в Україні опинився у досить складному та, так би мовити, у біполярному становищі – з одного боку, його розвиток відбувається стихійно, за відсутності дієвої державної підтримки, а з іншого – зайве державне регулювання також не сприяє забезпеченню позитивної поступальної динаміки суб'єктів малого підприємництва. І хоча розвиток малого підприємництва в різних країнах має свої особливості, що обумовлюється історичними традиціями, менталітетом, місцем невеликих підприємств в економіці країни, проте дослідження, вивчення та інтегрування зарубіжного досвіду до економіки нашої держави, виявлення найкращих варіантів такого регулювання в умовах функціонування вітчизняної економіки є вкрай важливим в контексті вдосконалення державної підтримки малого бізнесу України. У межах цього дослідження ми спробуємо дослідити особливості державної підтримки малого бізнесу в Німеччині як країні з високим рівнем розвитку економіки.

Уряд Німеччини став активно підтримувати малі підприємства після Другої світової війни. Так, у 1948 р. був створений Банк кредитних гарантій для управління грошовими коштами, які надходять на відновлення Європи [1]. У той же час були створені і регіональні кредитні корпорації, які діють і сьогодні. За період свого існування ця система надала малим підприємствам величезні суми, які повернулися сьогодні як сильне мале підприємництво, що підтримує німецьку економіку.

На відміну від України, специфікою німецького малого підприємництва є функціонування торгово-промислових палат (далі – ТПП), які активно працюють з державою в законотворчій сфері, надають допомогу малому бізнесу (фінансову, консультаційну тощо), і мають серйозний вплив на німецьку економіку.

На теперішній час ТПП функціонують на рівні державних організацій, які зобов'язують усіх суб'єктів малого підприємництва стати учасником палати. Усі торгово-промислові палати Німеччини об'єднані в спеціальну асоціацію, що представляє інтереси суб'єктів малого підприємництва на державному рівні. Основним завданням ТПП є надання підтримки малому підприємництву Німеччини [3].

Політика підтримки малого підприємництва в Німеччині базується на таких принципах: 1) держава не бере на себе ініціативу реалізації конкретних економічних проектів, це, перш за все, завдання самих підприємців; 2) державою заохочуються творчий пошук, готовність ризикувати і адаптивність; 3) захист від монополістичного тиску; 4) непряма фінансова підтримка малого підприємництва.

Зазначимо, що у Німеччині до малих відносять підприємства з чисельністю персоналу до 9 осіб, а від 10 до 499 осіб – це вже середні підприємства. Діяльність цих підприємств регулюється і підтримується Комітетом з економіки і технологій, який розробляє політику держави в цій галузі, Федеральним міністерством економіки і технологій, що погоджує діяльність організацій по виконанню цієї політики, Генеральними Директорами, які займаються оперативними питаннями.

Допомога малим підприємствам надається за такими напрямками: 1) надання кредитів на розширення, реконструкцію, а також придбання та створення підприємств; 2) фінансування участі в капіталі великих підприємств; 3) довгострокове інвестування створення або збереження робочих місць; 4) гарантування перед кредитними товариствами; 5) інвестиційна допомога в проведенні енергозберігаючих заходів; 6) підвищення кваліфікації кадрів, охорона навколишнього середовища; 7) субсидування науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт; 8) регулювання доходів підприємств, капітальних вкладень за рахунок реалізації спеціальних програм кредитування, а також прибутку – за допомогою встановлення диференційованих податкових ставок.

Фінансова підтримка здійснюється на всіх стадіях розвитку малого підприємництва, носить чіткий цільовий і адресний характер, зумовлений макроекономічними і соціальними пріоритетами, так само допускається комбінування різних джерел і заходів підтримки.

У Німеччині розвинені податкові пільги для малого бізнесу. Перші два роки мале підприємство взагалі не сплачує податків, що позитивно позначається на розвитку підприємництва.

Інвестиційна підтримка малих підприємств здійснюється за напрямками:

- задоволення потреб підприємств в інформаційних і технологічних ресурсах: фінансування з державного бюджету економічних і технічних консультацій для нових та існуючих підприємств, заходи з навчання та підвищення кваліфікації співробітників і керівників малих підприємств.

- забезпечення підприємств капіталом і посилення його економічної потужності: підтримка інвестицій в статутний капітал (формування початкового капіталу при створенні підприємства), підтримка довгострокових інвестицій в малий бізнес (в раціоналізацію, модернізацію, розширення виробництва тощо).

Кредитна підтримка новостворюваних малих підприємств здійснюється через Німецький компенсаційний банк, що надає кредитні ресурси на інвестиційні цілі: на створення або викуп підприємства, викуп інвестиційного паю, що дає право контролю за діяльністю підприємства, формування первинних запасів, обладнання офісу. За допомогою регіональних програм здійснюється кредитування малих підприємств, орієнтованих на виробництво товарів і послуг місцевого значення.

Необхідно зазначити, що у Німеччині успішно розвивається кредитно-коопераційна підтримка малих підприємств. Фінансову основу кредитних кооперативів складають власні кошти малих підприємств і заощадження населення. Підтримка малих підприємств через механізм кредитної кооперації дозволяє мобілізувати додаткові кошти, що залучаються в господарський оборот.

Як вбачається, принциповою відмінною рисою державної підтримки малого бізнесу в Німеччині, на відміну від України, є те, що практика функціонування фінансово-кредитного механізму підтримки малого підприємництва базується не на тому, щоб на пільгових умовах надавати малим підприємствам необхідні для їх розвитку фінансово-кредитні ресурси і підтримувати малий бізнес за всяку ціну, а на створенні сприятливого економіко-правового клімату, що дозволяє малому підприємництву не тільки виживати, але й успішно розвиватися.

В Україні малому бізнесу також надається підтримка: субсидуються багато напрямків, заходи, пріоритетні види підприємницької діяльності, інфраструктура підтримки різноманітна. Але

необхідний ефект поки не досягнуто. Варто підтримати думку, що того, що досвід зарубіжних країн з розвиненою економікою взагалі та Німеччини зокрема вказує на необхідність створення спеціальних систем підтримки, що складаються з спеціалізованих органів у складі виконавчої влади, та різноманітних за формами власності, принципам фінансування та профілю діяльності структур підтримки [2].

За результатами дослідження зарубіжного досвіду підтримки малого бізнесу в Німеччині можна сформулювати основні напрямки вдосконалення державної підтримки малого підприємництва в Україні:

- зниження податкового навантаження як на існуючі малі підприємства, так і на ті, що тільки відкриваються;
- необхідно вдосконалювати антикорупційне законодавство задля зниження ризиків виникнення адміністративних бар'єрів, недобросовісної конкуренції, підвищити захищеність прав власності та контрактних прав, сформулювати законодавчі умови діяльності бізнесу та їх безумовне виконання;
- розробка заходів законодавчого порядку, що стимулюють кредитування та інвестування в сфері малого бізнесу;
- необхідна підготовка висококваліфікованих кадрів для ведення підприємницької діяльності;
- необхідно постійно вивчати і адаптувати на території України досвід підтримки малого бізнесу зарубіжних країн.

Література

1. Варналій З.С. Мале підприємництво: основи теорії і практики // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://westudents.com.ua/glav/19270-32-svtoviy-dosvd-pdtrimki-malogo-pdprimnitstva-mehanzmi-djerela.html>
2. Думенко О.В. Зарубіжний досвід підтримки малого і середнього підприємства / О.В. Думенко // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/29224/1/Dumenko.pdf>
3. Малий бізнес: зарубіжний досвід. – Назва з екрану // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.remzavod.biz/e9.html>

STRAFRECHTLICHE INSTRUMENTE GEGEN KORRUPTION IN DEUTSCHLAND

Birke Rainer

*Dr. jur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Partner
Wessing & Partner Rechtsanwälte m.b.B.
(Stadt Düsseldorf, Deutschland)*

I. Einleitung

In den Medien erscheint Korruption oft als ein Phänomen, das in Ländern der Dritten Welt auftritt und dort die Entwicklung hemmt¹. Dieses Bild ist unvollständig. Große Skandale wie beim Bau des Berliner Flughafens², bei der Privatisierung von ostdeutschen Unternehmen nach der Wiedervereinigung Deutschlands³, Zuwendungen an politische Parteien⁴, die systematische Bestechung ausländischer Regierungsbeamter, um an lukrative Aufträge zu kommen⁵ oder der unwirtschaftliche Einkauf von Medizinprodukten⁶ sind wenige Beispiele dafür, dass Korruption auch in Deutschland vorkommt und gerade in großen Wirtschaftsunternehmen eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt.

¹ Siehe die Online-Veröffentlichung des Handelsblatt vom 14.12.2006, „Siemens ist kein Einzelfall“, Seite 5 von 7, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/korruption-in-deutschland-siemens-ist-kein-einzelfall-seite-5/2745644-5.html?ticket=ST-945920-zIpzek9eKLI3d7VHF1gd-ap4>.

² Siehe Der Tagesspiegel online (Update 23.08.2016), „Ehemaliger BER-Manager gibt Erhalt von Schmiergeld zu“, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/korruption-am-berliner-flughafen-ehemaliger-ber-manager-gibt-erhalt-von-schmiergeld-zu/14443604.html>.

³ Hierzu beispielsweise Harald Kleinschmid, Der große Ausverkauf, https://www.deutschlandfunk.de/der-grosse-ausverkauf.724.de.html?dram:article_id=99752.

⁴ Sogenannte Schwarzgeld-Affäre» des hessischen Landesverbands der Christlich-Demokratischen Union Deutschlands (CDU), BGHSt 51, 100 (Urteil vom 18.10.2006, Az.: 2 StR 499/05).

⁵ Beispielhaft der Daimler-Skandal, hierzu etwa Spiegel Online, „Daimler kauft sich für 185 Millionen Dollar frei“, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/schmiergeldverfahren-daimler-kauft-sich-fuer-185-millionen-dollar-frei-a-687097.html>.

⁶ Beispielhaft BGHSt 47, 295 (Urteil vom 23.05.2002, Az.: 1 StR 372/01), Vorteilsannahme durch Drittmittelwerbung (sogenannter Herzkloppenskandal).

Ziel des Vortrags soll es sein, einen Überblick über das derzeitige deutsche Korruptionsstrafrecht zu geben.

II. Das Korruptionsstrafrecht im öffentlichen Sektor innerhalb Deutschlands

Die Strafvorschriften gegen Bestechung und Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor Deutschlands existieren schon seit der Schaffung des deutschen Strafgesetzbuchs im Jahr 1871. Heute finden sich die zentralen deutschen Korruptionsvorschriften des öffentlichen Sektors in zwei Tatbestandspaaren:

Das ist zum einen die Bestechlichkeit nach § 332 StGB und die Bestechung nach § 334 StGB. Der Vorteil wird hier gewährt, um zu erreichen, dass der bestochene Amtsträger eine Diensthandlung vornimmt, mit der er seine Dienstpflichten verletzt. Auf der Geberseite ist Strafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen, wobei es Qualifikationstatbestände mit höherer Strafdrohung gibt. Auf der Nehmerseite ist die Mindeststrafe mit sechs Monaten Freiheitsstrafe etwas höher. Auch hier reicht die Höchststrafe für den nicht qualifizierten Grundtatbestand bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe.

Das andere Tatbestandspaar wird durch die Vorteilsannahme nach § 331 StGB und die Vorteilsgewährung nach § 333 StGB gebildet. Die Geldzahlung oder der Vorteil wird dem Amtsträger bei diesen Straftaten gegeben, um die Vornahme einer Diensthandlung zu erreichen, die als solche nicht rechtswidrig ist bzw. mit der keine Dienstpflichten verletzt werden. Seit der Gesetzesänderung des Jahres 1997 erfasst die Strafbarkeit dieser Vorschriften nicht nur die Bezahlung der Vornahme einer konkreten Diensthandlung, sondern auch unspezifische Zuwendungen, die dazu dienen, ein allgemeines Wohlwollen oder Entgegenkommen des Amtsträgers zu erreichen¹.

Wer ist Amtsträger im Sinne des Strafgesetzbuchs?

Die Vorteilsannahme nach § 331 und die Bestechlichkeit nach § 332 StGB können nur von Personen begangen werden, die ein Amtsträger, Europäischer Amtsträger, Richter oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter im Sinne des § 11 Abs. 1 StGB. Der Bestochene muss also dieses besondere persönliche Merkmal aufweisen².

¹ Fischer, StGB-Kommentar, § 331 Rn. 22.

² Im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB.

Für die Praxis von erheblicher Bedeutung und in den Details vielfach umstritten oder einfach unübersichtlich ist die Beantwortung der Frage, wer im Einzelnen zu dem in den Korruptionsvorschriften genannten Amtsträgern gehört. Die Begriffe werden in § 11 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 3 und 4 StGB zwar klar definiert und strukturiert: Zu den Amtsträgern zählen so insbesondere Beamte und Richter sowie andere Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen. Aber auch ohne dieses eigentliche Amtsverhältnis kann die Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gegeben sein, wenn eine Person „dazu bestellt ist“, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen oder – ohne Amtsträger zu sein – nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB als eine für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Diese Aufgabenwahrnehmung verliert ihren öffentlich-rechtlichen Charakter auch nicht dadurch, dass sie auf ein privatrechtliches Unternehmen delegiert wird. Der für das Korruptionsstrafrecht relevante Personenkreis umfasst folglich auch Personen, die nicht im eigentlichen Sinne Staatsbedienstete sind, aber kraft Bestellung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.

Klar ist damit, dass die Beamten im staatsrechtlichen Sinn, die dem Staat nach dem Bundesbeamtengesetz durch einen besonderen Akt der Ernennung freiwillig zum Dienst, aber auch zur Treue verpflichtet haben. Wie dies genau erfolgt, ist im Recht des Bundes und der Länder im Einzelnen geregelt. Es gibt auch Beamte auf Widerruf: In der Vergangenheit waren dies auch die in Praxisausbildung befindlichen Juristen während des in der Regel zweijährigen Rechtsreferendariats. Zu den Beamten auf Zeit gehören zum Beispiel gewählte Funktionsträger wie der Oberbürgermeister oder auch der Kanzler einer staatlichen Universität.

Auch die Inhaber eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes ohne förmlichen Beamtenstatus sind nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB Amtsträger. Zu diesen zählen Minister der Bundesregierung und der Landesregierungen, Notare nach § 1BNotO, aber auch die Inhaber solcher Ehrenämter wie der des Wahlvorstehers¹.

¹ Hilgendorf, in Leipziger Kommentar zum StGB, § 11 Rn. 31.

Die Angehörigen der Legislative, die über ihr Mandat hinaus keine zusätzliche Funktion ausüben, werden nicht als Amtsträger angesehen¹. Um das Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und an der Unabhängigkeit der Mandatsträger zu wahren, wurde § 108e StGB geschaffen, der die Bestechung und Bestechlichkeit von Mandatsträgern mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren unter Strafe stellt.

Der Kreis der Amtsträger wird nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c) StGB auch auf die Personen erstreckt, die in sonstiger Weise dazu bestellt sind, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen. Dazu gehört auch der Privatarzt, der im Auftrag der Polizei eine Blutprobe entnimmt² oder in einem Universitätskrankenhaus tätige Oberarzt³.

Auch die für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, die keine Amtsträger sind, fallen unter das Korruptionsstrafrecht. Diese nehmen zwar keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, sind aber bei Behörden oder sonstigen Stellen angestellt, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen und werden nach dem Verpflichtungsgesetz auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Pflichten verpflichtet⁴. Liegt diese Verpflichtung vor, können auch Schreibkräfte, Boten, Auszubildende, Praktikanten und Reinigungskräfte unter das Korruptionsstrafrecht fallen⁵.

Schließlich werden auch die Soldaten der Bundeswehr überwiegend vom deutschen Korruptionsstrafrecht erfasst. In den §§ 331 ff. StGB werden sie zwar nur in den Aktivdelikten Bestechung und Vorteilsgewährung genannt, nicht dagegen in den Delikten der Nehmerseite (Vorteilsannahme und Bestechlichkeit). Hier muss zugleich in das etwas unübersichtliche sogenannte Nebenstrafrecht gesehen werden: Neben dem Strafgesetzbuch existiert auch ein Wehrstrafgesetz. Dessen § 48 stellt Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr den Amtsträgern gleich und macht die passive Vorteilsannahme nach § 331 StGB, die Bestechlichkeit nach § 332 StGB und besonders schwere Fälle der Korruption nach § 335 StGB 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, Abs. 2 StGB auch für Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr anwendbar.

¹ Fischer, StGB-Kommentar, § 11 Rn. 23a.

² Hilgendorf, in Leipziger Kommentar zum StGB, § 11 Rn. 52.

³ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 14. Januar 2000 – 2 Ws 243/99, Juris.

⁴ Siehe hierzu Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 11 Rn. 25.

⁵ Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 11 Rn. 25.

Bei einfachen Soldaten soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Disziplinarrecht dagegen ausreichende Sanktionierungsmöglichkeiten bieten¹, ein Verweis auch für sie sieht das Wehrstrafgesetz nicht vor.

Was ist ein Vorteil im Sinne der Korruptionsvorschriften des Strafgesetzbuchs?

Der Vorteil ist bei allen genannten Korruptionsvorschriften gleich zu verstehen. Vor allem geht es dabei natürlich um materielle Zuwendungen wie Geld, Sachwerte, Rabatte, Einladungen zu Veranstaltungen, Urlaubsreisen, Kongressen, Tickets für Sportveranstaltungen und kulturelle Ereignisse².

Vorteile müssen aber nicht in Geld bestehen oder in anderen Dingen, die das Vermögen des Empfängers vergrößern. Es kann sich auch um Leistungen handeln, die den Empfänger immateriell besserstellen, indem sie sich auf seine rechtliche oder auch nur persönliche Situation auswirken, ohne dass er einen Anspruch darauf hat³.

Ausdrücklich von den Korruptionstatbeständen umfasst sind Zuwendungen an Dritte. Zur Strafbarkeit führen können also auch Geschenke an Verwandte oder Zuwendungen an einen Verein, dessen Mitglied der Bestochene ist, und ähnliches.

Unter Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung können nicht weiter nur klassische Geschenke fallen, sondern etwa auch Beraterverträge. Gleiches gilt für die Bezahlung wertloser „Studien“ über dienstliche Themen⁴.

Eine zuverlässige Wertgrenze, ab der ein Vorteil strafbare Korruption ist, existiert nicht. Grundsätzlich fallen auch geringwertige Vorteile unter das Korruptionsstrafrecht. Denn die Eignung zum Erreichen des strafbaren Unrechts der Korruption setzt nicht ab einer bestimmten Wertgrenze ein. Aus diesem Grund können auch immaterielle Vorteile wie Ehrungen, Ehrenämter, unter Umständen sexuelle Zuwendungen, ein Vorteil sein⁵.

Andererseits gibt es Leistungen, die der Höflichkeit entsprechen und die als Gewährung eines Gefallens angesehen werden, ohne dass dadurch eine Gefahr für das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit

¹ Siehe hierzu Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 333 Rn. 2.

² Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 11c.

³ Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 10, mit Nachweisen.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 25b.

⁵ Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 11e.

des öffentlichen Dienstes verbunden ist¹. Diese Fallgruppe wird in der Rechtswissenschaft als sozialadäquate Zuwendungen bezeichnet. Nach der Rechtsprechung kann in diesen Fällen kein Zusammenhang zwischen der Dienstausübung und der Zuwendung mehr festgestellt werden. Auch hier gibt es keine allgemeine Wertgrenze. Ein Geschenk mit einem Wert von mehr als etwa 30 EUR ohne besonderen Anlass wird jedoch auch bei einem herausgehobenen Amtsträger kaum noch als sozialadäquat angesehen werden können². Einige Beispiele unschädlicher Zuwendungen sollen genannt werden³: Dazu zählen geringwertige Aufmerksamkeiten aus Anlass von Jubiläen oder persönlichen Feiertagen oder eine gelegentliche Bewirtung in einem üblichen Rahmen. Hier ist jedoch große Vorsicht geboten: Wird die Bewirtung zur einseitigen Übung, kann sie sehr wohl geeignet sein, das Verhalten des Amtsträgers zu beeinflussen. Namentlich bei Vollzugsbeamten der Polizei oder anderen Amtsträgern mit Kontrollfunktionen können auch kleine einmalige Zuwendungen als Beeinflussung angesehen werden. Auch das Angebot, einem Dienst ausübenden Polizisten ein Bier auf einer kulturellen Veranstaltung zu bezahlen, verbietet sich daher⁴.

III. Strafrecht gegen Korruption im privaten Sektor

Korruption im privaten Sektor wird durch § 299 als Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr unter Strafe gestellt. Seit 2016 ist daneben auch die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Gesundheitswesen getreten.

§ 299 StGB, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

Die Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten im privaten Sektor wird durch § 299 StGB pönalisiert. Bereits lange vor Schaffung dieser Vorschrift war sie als Wettbewerbsstraftat nach § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) alter Fassung strafbar. Die Sanktion für die passive Form der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 wie auch der aktiven Bestechung nach § 299 Abs. 2 StGB wird mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

¹ Zu diesem Gesetzeszweck der Korruptionsdelikte: BGH, Urteil vom 11. Mai 2001 – 3 StR 549/00, Rn. 6, Juris.

² Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 25b.

³ Nach Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 25.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 331 Rn. 25b.

Sowohl die aktive Bestechung, als auch die passive Bestechlichkeit, kennt jeweils zwei verschiedenen Varianten:

Es gibt zum einen die Variante des § 299 Abs. 1 bzw. 2 Nr. 1 StGB, bei der ein Angestellter auf Grund der Bestechung einen bestimmten Vertragspartner zum Nachteil anderer Anbieter am Markt bevorzugt und dessen Waren oder Dienstleistungen für sein Unternehmen kauft. Diese Variante dient dem Schutz des freien Wettbewerbs¹.

Bei der anderen Variante des § 299 Abs. 1 bzw. 2 Nr. 2 StGB dient der Bestechungslohn dazu, dass der Angestellte oder Beauftragte beim Einkauf von Waren oder Dienstleistungen etwas tut, wodurch er seine Pflichten gegenüber seinem Unternehmen verletzt. Dies soll die Interessen seines Unternehmens gegen untreuähnliche Handlungen schützen². Solche Handlungen können zum Beispiel darin bestehen, dass schlechte Ware des Vertragspartners ohne Mängelrüge angenommen wird. Es kann auch darin bestehen, dass der Angestellte Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung toleriert³.

Vielfach geht Angestelltenbestechung und –bestechlichkeit mit sogenannten Kickbackvereinbarungen einher. Dies ist dann der Fall, wenn der Angestellte sich am Umsatz des Geschäftspartners beteiligen lässt, den er von diesem in bar oder mittels Scheinrechnungen ausbezahlt bekommt. Solche Gestaltungen sind dann zugleich Untreuehandlungen im Sinne des § 266 StGB.

Der Vorteil muss als Gegenleistung des verbotenen Handelns des Angestellten gedacht sein. Es reicht für § 299 StGB also nicht aus, etwas zuzuwenden, um sich nur das Wohlwollen des Angestellten zu erkaufen⁴. Auch eine erst nachträglich vereinbarter Belohnung für bereits in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen ist nicht nach § 299 StGB strafbar⁵.

§§ 299a, 299b StGB, Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

Die Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen ist erst 2016 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen geschaffen worden. Zuvor hatte

¹ Fischer, StGB-Kommentar, § 299 Rn. 2.

² Fischer, StGB-Kommentar, § 299 Rn. 4.

³ Fischer, StGB-Kommentar, § 299 Rn. 36.

⁴ Fischer, StGB-Kommentar, § 299 Rn. 22.

⁵ Fischer, StGB-Kommentar, § 299 Rn. 22.

der Große Senat des Bundesgerichtshofs im Jahr 2012 geklärt, dass es nicht strafbar ist, wenn ein Arzt, dessen Leistungen durch gesetzliche Krankenkassen vergütet werden, ein „Prämiensystem“ unterhält, bei dem er vom Lieferanten von Medikamenten 5% des Preises des Medikaments als Vergütung bezahlt bekam. Die Krankenkassen zahlten jeweils den Preis des Medikaments. Inwieweit sie tatsächlich geschädigt waren, musste nicht geklärt werden. Denn der Große Senat des BGH verneinte bereits, dass ein selbstständig tätiger Arzt Täter der bis dahin existierenden Korruptionsvorschriften sein kann¹:

Auch wenn das Recht der gesetzlichen Krankenkassen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, werde der privat tätige Arzt noch nicht Amtsträger (§ 11 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe c StGB). Beauftragte oder Angestellter der gesetzlichen Krankenkassen nach § 299 StGB sei er ebenfalls nicht. Damit bleibt die in allen deutschen Bundesländern gleiche berufsrechtliche Pflicht, keine Geschenke oder Vorteile anzunehmen, wenn dadurch der Eindruck entsteht, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird². Auch wenn Ärzte eine eigene Berufsgerichtsbarkeit haben, die Sanktionen bis hin zum Widerruf der Approbation verhängen können, wurde dieses Verbot in erheblichem Umfang ignoriert. Die Staatsanwaltschaften stellten nach dem Beschluss des BGH massenweise anhängige Ermittlungsverfahren wegen vergleichbarer Fälle ein.

Die neu geschaffenen Vorschriften enthalten eine Regelung, die dem § 299 Abs. 1 bzw. 2 Nr. 1 StGB nachempfunden ist. Nicht nur Bestechung bei der Verordnung von Arzneimitteln wird unter Strafe gestellt, sondern auch die Vermittlung bzw. Annahme von Patienten und Laborproben. Sie verbietet nicht nur die Bestechung von Ärzten, sondern ganz allgemein von Angehörigen der Heilberufe. Der aktiv Bestechende muss keinem besonderen Personenkreis angehören.

Auch bei der Korruption im Gesundheitswesen nach §§ 299a, 299b StGB gibt es keine Untergrenze für den Wert des Vorteils. Auch die kostenlose Übernahme des Versandes eines Teils der Post des Arztes als Gegenleistung dafür, dass dieser die Dienste eines medizinischen Labors in Anspruch nimmt, kann so Bestechung sein, auch wenn sich der Arzt nur das Briefporto erspart – dies aber gegebenenfalls

¹ BGH, Großer Senat, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11, Absatz 2.

² Vgl. § 32 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, Deutsches Ärzteblatt (01.02.2019, S. A1).

über Jahre. Geschützt wird durch die Vorschrift wie bei § 299 Abs. 1 bzw. 2 Nr. 1 StGB der Wettbewerb, der vor der Verteuerung medizinischer Leistungen geschützt wird. Daneben wird das Vertrauen der Patienten in die Integrität ärztlicher Entscheidungen geschützt¹.

IV. Straftaten mit Auslandsbezug

Die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger oder anderer Personen mit ausländischem oder interanationalem Bezug ist im deutschen Strafrecht noch recht jung. Korruption wurde lange weitgehend wie ein inländisches Problem behandelt. Dies änderte sich, als Deutschland auch international stärker für die Bekämpfung der Korruption eintrat und seit Ende der 1990er-Jahre mehrere Völkerverträge unterzeichnete, welche auch Vorschriften enthielten, die eine Verpflichtung zur Schaffung von Straftatbeständen bei Korruption im Ausland und bei internationalen Organisationen vorsahen. Dazu gehört das Strafrechtsübereinkommen des Europarats vom 27.01.1999 über Korruption², das Zusatzprotokoll vom 15.05.2003 zu diesem Abkommen³, der Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates der EU vom 22.07.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor⁴ sowie das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 31. Oktober 2003 gegen Korruption⁵.

Um Korruption im Ausland durch das deutsche Strafrecht zu erreichen, wurden hierzu insbesondere die folgenden Vorschriften des Strafrechts überarbeitet oder neu geschaffen:

In den Korruptionsvorschriften der §§ 331 ff. StGB wurde neben den Amtsträgern, die Europäischen Amtsträger, die Mitglieder eines Gerichts der Europäischen Union als mögliche Empfänger strafbarer Vorteile eingefügt.

Durch den neu geschaffenen § 335a StGB wurde die Tatbestände der Bestechlichkeit nach § 332 StGB und die Bestechung nach § 334 StGB sowie die Qualifikationstatbestände des § 335 darüber hinaus auch für die folgenden Personen erweitert:

¹ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, Bt-DrS. 18/6446, S. 12 f.

² ETS Nummer 173.

³ ETS Nummer 191.

⁴ EU ABl. L 192 vom 31.7.2003, S. 54.

⁵ UNTS No. 42146.

Den Richtern werden die Mitglied eines ausländischen und eines internationalen Gerichts gleichgestellt (§ 335a Abs. 1 Nr. 1 StGB)

Den sonstigen Amtsträgern werden Bedienstete ausländischer Staates und Personen, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen, gleichgestellt (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 a) StGB)

Den sonstigen Amtsträgern werden auch die Bediensteten internationaler Organisationen und Personen, die beauftragt sind, Aufgaben einer internationalen Organisation wahrzunehmen, gleichgestellt (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 b) StGB)

Schließlich werden den Soldaten die Soldat eines ausländischen Staates und die Soldaten, die beauftragt sind, Aufgaben einer internationalen Organisation wahrzunehmen, gleichgestellt (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 c) StGB).

Auch bei Gewährung und Annahme von Vorteilen ohne Auslösung einer rechtswidrigen Handlung nach §§ 331 und 333 StGB erfolgte eine punktuelle Gleichstellung bei zwei Personengruppen:

Den Richtern werden die Mitglieder des Internationalen Strafgerichtshofs gleichgestellt (§ 335a Abs. 2 Nr. 1 StGB)

Den sonstigen Amtsträgern werden die Bediensteten des Internationalen Strafgerichtshofs gleichgestellt.

Ferner wurden durch § 335a Abs. 3 StGB die in Deutschland stationierten NATO-Truppen, die Bediensteten sowie Beschäftigten dieser Truppen und die durch diese Truppen besonders verpflichteten Personen den jeweiligen deutschen Personengruppen gleichgestellt.

Auch die Strafbarkeit der Korruption bei Mandatsträgern nach §108e StGB wurde auf die Mitglieder des Europäischen Parlaments, Mitglieder parlamentarischer Versammlungen internationaler Organisationen und Mitglieder von Gesetzgebungsorganen eines ausländischen Staates erstreckt.

Die Angestelltenbestechung nach § 299 Abs. 1 bzw. 2 Nr. 1 StGB wurde auf Taten erstreckt, die im ausländischen Wettbewerb begangen werden.

Im Zusammenhang mit den so erweiterten Korruptionstatbeständen wurde schließlich auch das deutsche internationale Strafrecht in §§ 5 Nr. 15, 16 StGB sowie 3 IntBestG angepasst.

V. Steuerliches Abzugsverbot

Betriebsausgaben, die durch die Zuwendung von Bestechungsgeldern entstehen, dürfen nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 des Einkommensteuergesetzes nicht vom steuerlichen Gewinn abgezogen werden. Damit gemeint sind alle Zahlungen beziehungsweise Vorteile, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer mit Geldbuße bedrohten Ordnungswidrigkeit darstellen. Dieses Abzugsverbot ist folglich dynamisch, indem es automatisch auf den aktuellen Bestand von Straftatbeständen und Bußgeldvorschriften im deutschen Recht verweist.

Mehr noch: Es gibt eine gesetzliche Pflicht der Gerichte, Staatsanwaltschaften oder Verwaltungsbehörden, den Finanzämtern Mitteilung zu machen, wenn sie von dem Verdacht einer Handlung erfahren, die das Abzugsverbot begründet¹. Dadurch sollen die Finanzämter in der Lage sein, den Gewinn zu berichtigen. Werden Bestechungsgelder entgegen dem Abzugsverbot doch gewinnmindernd geltend gemacht, führt dies praktisch automatisch zu einer falschen Steuererklärung und dem Verdacht der Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung. Die Finanzämter wiederum sind gesetzlich verpflichtet, den Verdacht solcher rechtswidrigen Vorteilsgewährungen den Staatsanwaltschaften beziehungsweise für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Verwaltungsbehörden mitzuteilen². Werden die so eingeleiteten Strafverfahren oder Bußgeldverfahren abgeschlossen, erhält das Finanzamt eine Mitteilung des Ergebnisses des Verfahrens³.

Die Vorschrift erschwert durch die Mitteilungspflichten, dass solche Zahlungen aus dem Vermögen eines buchhaltungspflichtigen Unternehmens erfolgen können. Ein als solcher erkennbarer Betriebsausgabenabzug ist nicht möglich. Ein verdeckter oder falsch deklarerter Abzug führt praktisch zwangsläufig zur falschen Steuererklärung und zum Straftatverdacht wegen Steuerhinterziehung.

VI. Abschöpfung von Gewinnen (Konfiskation)

Grundsätzlich kann bei allen Straftaten des deutschen Strafrechts eine Einziehung der Taterlöse (eine Konfiskation) nach § 73 StGB

¹ § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 2 EStG.

² § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG.

³ § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 4 EStG.

angeordnet werden. Eingezogen werden soll die Gesamtheit der wirtschaftlich messbaren Vorteile, die dem Täter oder Teilnehmer durch oder für die Tat zugeflossen sind¹. Bei Korruptionsdelikten bemisst sich der wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt der Auftragserlangung vorrangig nach dem zu erwartenden Gewinn².

Eine Abschöpfung kann auch über den Straftatbestand der Geldwäsche nach § 261 StGB erfolgen. Die Korruptionsstraftaten der 108e, 332 Absatz 1 und 3 sowie § 334, jeweils auch in der qualifizierten Form des § 335a StGB, sind sämtlich taugliche Vortaten der Geldwäsche. Die Einziehung kann bei einer Verurteilung wegen Geldwäsche an diese anknüpfen. Für das Gericht hat dies erhebliche Beweiserleichterungen zur Folge. Für den Vorsatz der Geldwäsche reicht es aus, wenn der Täter sich laienhaft in groben Zügen vorstellt, dass eine Katalogtat als Vortat gegeben ist. Der Vorsatz muss dafür weder den konkreten Vortäter, noch die genauen Umstände der Vortat umfassen. Ein Irrtum des Täters ist nur dann vorsatzausschließend, wenn sich der Täter einen Sachverhalt vorstellt, der keine Katalogtat darstellt³. Als Vortat kommen auch reine Beihilfehandlungen zu den Katalogtaten in Betracht⁴. Auch der Transport von Bargeld kann unter diesen Voraussetzungen schon Geldwäschehandlung sein⁵. Ferner sind auch Surrogate, also Gegenstände, die im Austausch für gewaschenes Geld erworben wurden, kontaminiertes Vermögen⁶. Teilkontaminiertes Vermögen wird insgesamt als kontaminiert angesehen. Das betrifft beispielsweise auch Immobilien, die teilweise mit gewaschenem Geld oder Surrogaten hiervon, gegebenenfalls über Strohleute, erworben wurden.

Liegt nach diesem Maßstab Geldwäsche vor, unterliegen Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, zugleich nach § 261 Abs. 7 StGB der Einziehung und können beschlagnahmt werden.

Hingewiesen werden soll ferner auf die erweiterte Einziehung nach § 73a StGB als weiterer Abschöpfungsmöglichkeit, die es dem Gericht

¹ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (2016), Bt-DrS. 18/9525, S. 61.

² BGH, Urteil vom 02.12.2005 – Az. 5 StR 119/05, Juris (Kölner Müllskandal).

³ BGH, Beschluss vom 26. Juli 2018 – 3 StR 626/17 –, juris, Randnummer 14.

⁴ BGH, Beschluss vom 21. Januar 2016 – 4 StR 384/15 –, juris, Randnummer 10.

⁵ BGH, a. a. O., Randnummer 11.

⁶ Nachweise bei Fischer, StGB-Kommentar, 65. Auflage 2018, § 261 Rn. 8.

ermöglicht, Gegenstände einzuziehen, die durch eine andere als die abgeurteilte rechtswidrige Tat erlangt wurden.

Darüber hinaus ist auch auf die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB hinzuweisen, welche die Einziehung von Beträgen in einem selbstständigen Verfahren ermöglicht, wenn keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann.

VII. Fazit

Der Vortrag vermittelte das rechtliche Gerüst des Korruptionsstrafrechts in Deutschland. Er kann freilich nichts darüber aussagen, welche Bedeutung Korruption im Alltag Deutschlands spielt, und auch nicht, wie gut Deutschland mit diesem Thema zurechtkommt. In dem Corruption Perception Index von Transparency International nimmt Deutschland einen vorderen elften Rang von 180 ein und erreicht 80 von maximal 100 möglichen Punkten. Damit bleibt Deutschland etwa auf dem Niveau der letzten sechs Jahre¹. Ob der Index als real angesehen werden kann, kann nur schwer eingeschätzt werden. In das Bewusstsein der Öffentlichkeit dringen die großen Skandale aus der Wirtschaft, die tatsächlich aufgedeckt werden. Wie sieht das Gesicht der Korruption Deutschlands aus? Eine Analyse von Ermittlungsverfahren ergab, dass etwa 58% der Fälle auf Bagatell- und Gelegenheitskorruption entfallen. 21% der Korruption finde in gewachsenen Netzwerken statt, ebenfalls 21% im Rahmen umfangreicher Netzwerke, 0% im Rahmen echter organisierter Kriminalität². Bei den Korruptionssachverhalten in gewachsenen Beziehungen oder Netzwerken kam typischer Weise ein nicht vorbestrafter männlicher Beschuldigter zu Tage, der keine finanziellen Schulden hat, angepasst und sozial integriert lebt, ehrgeizig ist und gewisse Macht- und Einflusspositionen in Verwaltung und Unternehmen erreicht hat. Er versteht sich nicht als illegal handelnd, legt Wert auf einen hohen Lebensstandard und gesellschaftlichen Status³. Dem stehe ein Kontrolldefizit in Verwaltungen und Behörden gegenüber. Verbesserungen der existierenden Kontrollmechanismen würden erst einsetzen, wenn Strafverfahren die Dinge an den Tag

¹ www.transparency.org.

² Bannenbergh, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle (220), Vorwort, S. V.

³ Bannenbergh, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle (220), S. 484.

brächten¹. Diese kriminologisch-strafrechtliche Analyse suggeriert, dass es eine große Dunkelziffer bei der Korruption geben könnte – was im Bereich von Straftaten ohne unmittelbare Opfer nicht völlig überrascht.

Diese abschließenden Bemerkungen sollen dem Überblick der Strafvorschriften eine zusätzliche Dimension und vielleicht einen Denkanstoß hinzufügen. Die Tauglichkeit des vorgestellten materiellen Strafrecht, des Prozessrechts und der zuständigen Gerichte kann damit schwerlich gemessen werden. Insoweit versteht sich der Vortrag als Einladung zum Rechtsvergleich im Interesse eines Erkenntnisgewinns auf Gegenseitigkeit.

¹ Bannenberg, a. a. O., S. 486.

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

**ПРАВОВІ УМОВИ СПРИЯТЛИВОГО
БІЗНЕС-КЛІМАТУ:
ДОСВІД НІМЕЧЧИНИ ТА УКРАЇНИ**

**МАТЕРІАЛИ
міжнародної науково-практичної конференції**

27 червня 2019 року, м. Одеса

Підписано до друку 22.06.2019
Формат 60х84/16. Ум-друк. арк. 7.44.
Наклад 100 прим. Зам. № 1806-14.

Видавець ПП «Фенікс»
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002
Україна, м. Одеса, вул. Зоопаркова, 25,
тел. +38 048 7959160, +38 050 7775901
e-mail: fenix-izd@ukr.net
www.feniksbooks.com