

УДК 346.3

О. К. Вишняков

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПИТАННЯ ГАЛУЗЕВОЇ НАЛЕЖНОСТІ

Метою даної статті є визначення місця відносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності (ЗЕД) у системі права України та в контексті міжнародного права, і перш за все – відносин між приватними особами та публічною владою. Цій проблемі не приділено достатньо уваги у вітчизняній юридичній літературі, однак вирішальне значення для зовнішньої торгівлі в економіці України та брак стабільності в регулюванні цієї сфери потребують подальшого вдосконалення регулювання та поглиблення теоретичного осмислення предмета і методів регулювання. Це є нагальною потребою і з точки зору подальшого приєднання України до СОТ та пов'язаного з цим неминучого реформування всієї галузі зовнішньої торгівлі України.

Поряд з договірними економічними правовідносинами, які концентруються у сфері цивільного права («горизонтальні» правовідносини), здійснюються правовідносини недоговірного характеру, що обслуговують договірні. Так, у сфері правового регулювання ЗЕД складаються відносини між державою або структурами, що її представляють, з одного боку, та приватною (фізичною або юридичною) особою – з іншого. Оскільки відносини такого модусу не мають субординаційного характеру, їх не можна долучити до «вертикальних». Зважаючи на суб'єктний склад, ці відносини можна було б також умовно йменувати як «приватно-публічні».

Вживаючи термін «правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності», ми маємо на увазі, що: по-перше, його змістом є комплекс норм правозабезпечувального та захисного характеру щодо будь-якого учасника приватних відносин (резидента чи нерезидента); по-друге, йдеться не тільки про міжнародно-правові, чи то транснаціонально-правові відносини, а про економічну діяльність, зовнішню з точки зору національної території та, хоча і з тенденцією глобальної адаптації, «внутрішнє» право, що регулює цю діяльність; по-третє, захищаються не тільки «статичні» приватні відносини (власності та ін.), а й відносини «діяльні», «динамічні» (зобов'язальні). «Приватно-публічні» правовідносини є такими, що обслуговують приватні договірні відносини учасників ЗЕД та опосередковано їх регулюють.

ЗЕД має визначення у спеціальному Законі від 16.04.1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» [1] (далі – Закон про ЗЕД) – «діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами». «Господарську діяльність», у свою чергу, визначено як будь-яку діяльність, у тому числі підприємницьку, яка пов'язана з виробництвом і обміном матеріальних і нематеріальних благ, що виступають у формі товару. Насамкінець, поняття «товар» визначено як будь-яку продукцію, послуги,

роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі) (ст. 1 Закону про ЗЕД). Отже, за смыслом цих визначень, ЗЕД, як правило, має за мету одержання прибутку.

Згідно з визначенням ЗЕД у Законі про ЗЕД на взаємовідносинах суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності «побудована діяльність» цих суб'єктів як на території України, так і за її межами (зовнішньоекономічна діяльність). Ця конструкція не є зовсім прозорою, але все ж дає підстави стверджувати, що Закон про ЗЕД власне «діяльність» відокремлює від «взаємовідносин», тобто ЗЕД лише є «побудованою» на «взаємовідносинах», вона здійснюється задля реалізації правових вимог та зобов'язань учасників «взаємовідносин». Таким чином, згідно з легальним визначенням правове регулювання ЗЕД не охоплює договірних відносин учасників ЗЕД. Це якоюсь мірою підтверджується тим, що у зв'язку з прийняттям Закону «Про міжнародне приватне право» із Закону про ЗЕД (ст. 6) виключено положення про регулювання колізійних питань щодо договорів (контрактів) суб'єктів ЗЕД [2], а це було єдине положення Закону про ЗЕД, що безпосередньо регулювало «горизонтальні» відносини між приватними особами.

Регулюванню ЗЕД, у тому числі іноземних інвестицій, присвячено розділ VII Господарського кодексу. Разом з тим аналіз норм цього розділу доводить, що вони регулюють відносини не з усіма учасниками «взаємовідносин», на яких будується ЗЕД. У ст. 378 ГК («Поняття зовнішньоекономічної діяльності») йдеться про ЗЕД суб'єктів господарювання. ЗЕД формулюється тут як господарська діяльність, яка в процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою. Таким чином, поняття ЗЕД у ГК описує зміст діяльності, але, на відміну від Закону про ЗЕД, не охоплює іноземних суб'єктів.

У зв'язку з цим виникає ряд питань. Перше питання – не зовсім зрозуміла структура розділу VII ГК. Маючи об'єднуючу назву «Зовнішньоекономічна діяльність», він включає дві глави, одна з яких (Глава 37) йменується як «Загальні положення», а інша (Глава 38) – як «Іноземні інвестиції». Таким чином, якщо виходити із структури викладення, іноземне інвестування розглядається як різновид ЗЕД. Як й інші види ЗЕД, воно має підпорядковуватися загальним правилам ЗЕД. Разом з тим згідно з Главою 37 ГК (ст. 378) суб'єктами ЗЕД є суб'єкти господарювання, зазначені в пунктах 1, 2 частини 2 ст. 55 ГК. Але в цих пунктах не зазначені іноземні юридичні особи. З іншого боку, у Главі 38 серед іноземних інвесторів вказані «юридичні особи, утворені за законодавством іншим, ніж законодавство України» (ст. 390). Це, у свою чергу, може привести до висновку, що іноземне інвестування не є різновидом ЗЕД. Вирішення цієї суперечності міститься в Законі про ЗЕД, де як приклад виду ЗЕД наводиться створення спільних підприємств (ст. 3), та в Законі від 19.03.1996 р. «Про режим іноземного інвестування» [3], де участь у підприємствах, що створюються спільно з українськими юридичними і фізичними особами, розглядається як форма здійснення іноземних інвестицій (ст. 3).

Інше питання – узгодження предмета регулювання ГК та суб'єктного складу, на який ГК поширюється. Відносини у сфері ЗЕД завдяки участі іноземних суб'єктів господарської діяльності не підпадають під «господарські» відносини, оскільки ці суб'єкти не є і «учасниками відносин у сфері господарювання» (ст. 2 ГК), тобто сфери, за межами якої господарське законодавство не застосовується. Згідно з ГК іноземні суб'єкти господарської діяльності не є суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності (ст. 378 ГК), оскільки не підпадають під поняття «суб'єкти господарювання» (ст. 55 ГК). З тієї причини розділи та окремі норми ГК, які стосуються іноземного елемента, фактично не належать до предмета регулювання господарського права. У частині 1 ст. 50 ГК вказується, що особливості здійснення підприємницької діяльності на території України, на її континентальному шельфі та у виключній (морській) економічній зоні іноземними юридичними особами, громадянами визначаються «цим Кодексом та іншими законами України». Але ГК згадує таку діяльність лише в режимі концесії (ст. 406 ГК). До того ж цей режим не передбачає особливостей для іноземних концесіонерів порівняно з вітчизняними. Варто уваги і те, що ГК відносить концесію до спеціальних режимів господарювання, але коли йдеться про гарантії учасників господарських відносин в умовах такого режиму, іноземні учасники не згадуються (частина 2 ст. 418 ГК), а говориться лише про «суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин» (до них, як вже зазначалося вище, іноземні суб'єкти господарювання не входять згідно зі ст.ст. 1 та 2 ГК). Стаття 389 (частина 4) ГК згадує «іноземних контрагентів» – суб'єктів ЗЕД у контексті застосування санкцій у випадках недобросовісної конкуренції, але при цьому відсилає до «закону про зовнішньоекономічну діяльність та інших законів». У ст. 244 ГК йдеться про вжиття антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних заходів до «учасників господарських відносин», але слід враховувати, що, як відомо, такі заходи вживаються до товарів, а не безпосередньо до іноземних суб'єктів-експортерів чи вітчизняних суб'єктів-імпортерів. Що ж до ст. 245 ГК (частина 1), де йдеться про застосування у випадках недобросовісної конкуренції санкцій до «учасників» зовнішньоекономічної діяльності, то ця норма носить відсильний характер. До того ж ст.ст. 244 та 245 ГК є нормами, що конкретизують ст. 239 ГК, але ця стаття оперує більш вузькою категорією «суб'єкти господарювання», куди іноземні суб'єкти господарювання, як вже зазначалося, не входять.

Хоча ГК регулює питання іноземного інвестування, слід зважати на те, що інвестори-нерезиденти не є учасниками як «господарських відносин», так і «відносин у сфері господарювання». Визначення в ГК категорії «іноземне підприємство» (ст. 117) супроводжується відсиланням до «закону про режим іноземного інвестування», тобто Закону від 19.03.1996 р., але згідно з цим Законом підприємства з іноземними інвестиціями (у т.ч. – стовідсотковими) розглядаються як резиденти України (п. 3 ч. 1 ст. 1). Слід також відзначити вилучення Законом від 04.02.2005 р. з поняття «суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності» (ст. 378 ГК) підрозділів (структурних одиниць) іноземних суб'єктів господарювання (філії, відділення тощо), що знаходяться на території України [4]. У той

самий час такі структурні одиниці залишилися суб'єктами ЗЕД згідно із Законом про ЗЕД (ст. 3). Отже, на разі існують два різних за змістом легальних визначення суб'єктів ЗЕД. У цій колізії перевагу слід віддати, на нашу думку, Закону про ЗЕД як спеціальному закону. Більш того, вищевикладене свідчить про те, що взагалі ГК не регулює відносини з іноземними суб'єктами господарювання, а застереження про «особливості статусу іноземних суб'єктів господарювання» (ст. 129 ГК) не має в ГК фактичного втілення. Примітним є й те, що у Класифікаторі галузей законодавства України державне регулювання ЗЕД та господарське законодавство складають різні класифікаційні групи [5].

Щодо галузевої належності приватно-публічних відносин з регулювання зовнішньоекономічної діяльності у системі права України є підстави стверджувати, що ці відносини здійснюються у сфері адміністративного та фінансового права. У складі цих відносин є відносини, що традиційно зараховуються правовою наукою до сфери адміністративно-правових чи фінансово-правових: відносини митного, податкового, валютного регулювання, відносини технічного регулювання, ціноутворення тощо.

Російський дослідник О.П. Вершинін зазначає, що в зовнішньоекономічній діяльності виникають цивільно-правові відносини між її рівноправними учасниками та адміністративно-правові владовідносини за участю державних органів (податкових, митних та ін.). Він вважає зовнішньоекономічне право системою норм, що регулюють відносини, які виникають у зовнішньоекономічній діяльності. До цієї системи входять матеріально-правові норми прямої дії та «колізійні норми приватного та публічного права», що регламентують зовнішньоекономічні відносини. Ці норми належать до різних галузей права та закріплені в різних джерелах, і тому, на думку О.П. Вершиніна, зовнішньоекономічне право має сенс розглядатися як комплексна галузь законодавства, навчальної правової дисципліни і галузі юридичної науки. Причому автор відмічає, що норми публічного права (адміністративного, податкового, митного тощо) займають важливе місце у структурі зовнішньоекономічного права, виключаючи автономію волі учасників ЗЕД, хоча основні ідеї адміністративно-правового регулювання знаходяться під впливом принципів цивільного права (рівність учасників майнового обігу, недоторканність власності, свобода договору, вільне переміщення товарів, послуг та фінансових коштів, забезпечення відновлення порушених прав та ін.) [6].

Оскільки наведена «комплексна» конструкція «зовнішньоекономічного права» побудована з різних галузей національного законодавства, вона викликає запитання, у тому числі в українському контексті. По-перше, відносини між приватними особами, що належать до різних держав, регулюються національними нормами, тобто нормами приватного, цивільного, комерційного, контрактного права України або інших держав відповідно до норм міжнародного приватного права. Навіть якщо застосовуваним правом виступатиме право України, воно може відсилати до права інших держав. Коли йдеться про норми міжнародного приватного права України, слід зазначити, що воно складається з норм не тільки колізійного права, а й з уніфікованих норм міжнародного приватного права, які

є надбанням не тільки права України, а й права інших держав (наприклад, конвенції про міжнародний лізинг [7] та факторинг [8]). Крім того, тут застосовуються і норми транснаціонального права, включаючи як неформалізовані принципи «*lex mercatoria*», так і уніфіковані та систематизовані блоки міжнародних торговельних звичаїв (Інкотермс та ін.), та «м'яке право» – типові контракти та проформи міжурядових та міжнародних неурядових структур: Європейської економічної комісії ООН (ЄЕК), Організації з координації європейської металообробної промисловості (ОРГАЛІМ) та ін. Останнім часом на базі міжнародного приватного права стрімко розвивається міжнародне комерційне право, яке характеризується торговим характером відносин, що регулюються, коли міжнародний обмін здійснюється як промисел з метою одержання прибутку [9].

Суттєвий вплив на регулювання правовідносин мають норми та принципи міжнародного публічного права, зокрема міжнародного економічного права, які знов-таки є уніфікованим спільним надбанням права України та інших держав. Зважаючи на утвердження останнім часом концепції приватної особи (фізичної або юридичної) як суб'єкта міжнародного права [10], дедалі чіткіше окреслюється міжнародне бізнесове право, яке *inter alia* регулює правовідносини між державою та приватною особою іншої державної належності, що виникають у зв'язку із здійсненням приватними особами економічної діяльності бізнесового характеру, тобто такої, що має за мету одержання прибутку.

Отже, взаємовідносини між суб'єктами господарської діяльності у сфері ЗЕД є особливим різновидом приватно-правових відносин економічного характеру, бо містять іноземний елемент. З тієї самої причини є особливими і правовідносини учасників ЗЕД (резидентів і нерезидентів) з державою, її структурами та органами місцевого самоврядування (приватно-публічні правовідносини). Правове регулювання ЗЕД можна умовно розглядати в широкому сенсі як комплексну галузь, що належить як до національного, так і до міжнародного права, а в розрізі національного права України – до сфери цивільного, адміністративного і фінансового права. Ця конструкція є виправданою з точки зору єдності приватно-правових та публічно-правових відносин та їх неподільності у правовій дійсності, причому вони реалізуються одночасно як в національно-правовому, так і в міжнародно-правовому форматі.

Але з точки зору класичної теоретизованої галузевої структури права України комплексна галузь правового регулювання ЗЕД розділяється на дві частини. Перша регулює приватно-правові відносини договірними засобами і «розчиняється» в національному цивільному та міжнародному приватному та комерційному праві. Законодавство та міжнародні договори регулюють тут загальні правила укладання договорів (контрактів), а щодо змісту договорів виступають лише як альтернативні зразки в разі недосягнення домовленості між сторонами або як база для тлумачення в разі спору.

Друга частина, що регулює відносини «приватно-публічні», «розчиняється» в національному адміністративному та фінансовому праві (омінаючи господарське право) та міжнародному економічному та міжнародному бізнесовому

праві. Цю частину і складають у власному значенні відносини з правового регулювання ЗЕД.

Література

1. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
2. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
3. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 04.02.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 11. – Ст. 205.
5. Класифікатор галузей законодавства України: Затв. Наказом Міністерства юстиції України від 02.06.2004 р № 43/5. – <http://www.nau.ua>
6. Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. – М.: НОРМА, 2001. – С. 1-5.
7. Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг: Закон України від 11.01.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 16. – Ст. 138.
8. Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг: Закон України від 11.01.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 16. – Ст. 139.
9. Международное коммерческое право: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. – М.: Омега-Л, 2006. – С. 12.
10. Дмитрієв А.І., Муравйов В.І. Міжнародне публічне право: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 104-105.

УДК 341.174(4):347.711/712

О. В. Трояновський

УНІФІКАЦІЯ НОРМ ПРО КОМЕРЦІЙНЕ ПОСЕРЕДНИЦТВО В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Комерційне посередництво набуло широкого поширення в міжнародній торгівлі. У розвинутих країнах Європейського Союзу близько половини зовнішньоторгового обігу товарів та послуг здійснюється із залученням посередників. Цим, зокрема, пояснюється прийняття в рамках ЄС ряду нормативних актів, що спрямовані на встановлення єдиного правового регулювання та призвані сприяти розвитку економічних зв'язків між країнами ЄС.

Так, вирішенню колізійних проблем у договірних відносинах присвячена прийнята в рамках ЄС в Римі 19 червня 1980 р. Конвенція про закон, що застосовується до договірних зобов'язань. Конвенція регламентує питання колізій у виборі належного права при укладенні, зміні чи виконанні договорів та застосовується в тому числі й до посередницьких відносин. Відповідно до статті 1, Конвенція застосовується до договірних зобов'язань у будь-якій ситуації, що пов'язана з вибором між правом різних держав. Отже, при вирішенні на підставі Конвенції спорів з посередницьких договорів судами держав ЄС вони будуть визначати належне право відповідно до даної Конвенції поза залежністю від національності господарюючих суб'єктів, що сперечаються, а не лише до суб'єктів з країн ЄС. Останнє поло-