

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Передплатний індекс 74424
Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія КВ № 23026-12866ПР

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/louu-2023-09

Адреса редакції
вул. Загорівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(66) 972-39-27

Головний редактор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СвЯТОЦЬКИЙ

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Емейл: editor.pravoua@gmail.com

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “ПРАВО УКРАЇНИ” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory) (США) (з 2002 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща) (з 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук ERIH PLUS
(European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences) (Норвегія). (з 2020 р.)

Засновники: Національна академія правових наук України, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Видавничий Дім “Ін Юре”, Юридичне видавництво “Право України”, Юридичний портал “Ратіо Деціденді”, Інформаційні технології “Ратіо Деціденді”, Адвокатське об’єднання “Адвокатська компанія “Кайрос”

Видавець
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ HONORIS CAUSA

Співголови Ради

Юрій Шемшученко, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. Батлер (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабінович, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селіванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломосьць (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Рєзнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Наталя Антонюк, к. юрид. наук, доц.; Ольга Бакалінська, д. юрид. наук, проф.; Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген Бараш, д. юрид. наук, проф.; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Тетяна Вільчик, д. юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський, засл. юрист України; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Оксана Гришук, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, проф.; Володимир Єрмоленко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН

України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Зубар, к. юрид. наук, доц.; Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ігор Караман, доктор права; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Олександра Кологойда, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олексій Кот, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Василь Крат, к. юрид. наук, доц.; Олексій Кресін, д. юрид. наук, проф.; Степан Кубів, д. економ. наук, доц.; Наталя Кузнєцова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Дмитро Лубінець, д. філософії; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, к. юрид. наук, доц.; Павло Любченко, д. юрид. наук, проф.; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошніченко, д. юрид. наук, проф.; Віра Михайленко, к. юрид. наук; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Наталя Пархоменко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д. юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д. юрид. наук, проф.; Микола Погорецький, д. юрид. наук, проф.; Сергій Погрібний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Борис Поляков, д. юрид. наук, проф.; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Лариса Рогач, к. юрид. наук; Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сенюта, д. юрид. наук, проф.; Світлана Серьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, проф.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Інна Спасибо-Фатєєва, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (Hiroyide Takikawa), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, д. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Спиридон Флогатіс (Spyridon Flogaitis), Ph.D.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, проф.; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ; Юридична фірма “Юрлайн”.

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЕКОНОМІКИ ВІЙНИ
ТА ПОВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ УКРАЇНИ (ПРОДОВЖЕННЯ)”

*I. Економіка війни та повоєнне відновлення економіки України:
виклики й особливості правового регулювання*

Володимир Устименко, Руслан Джабраїлов, Тетяна Гудіма
Пріоритетні напрями формування правового поля
повоєнного відновлення економіки України 9

*II. Тенденції відновлення і розвитку основних видів
та сфер економічної діяльності України під час війни та в повоєнний період*

Вікторія Резнікова, Ніно Пацурія, Ірина Кравець
Вплив держави на економіку у повоєнний період:
концептуальні засади перспектив правового регулювання 24

Оксана Кашинцева, Сергій Кондратюк
Використання медичних технологій під час війни:
виняток із безпеки Угоди ТРИПС Світової організації торгівлі 48

Олександр Гарагонич, Ангеліна Коршун
Корпоративна (комплаєнс) культура організації:
теоретико-правові аспекти і воєнні виклики 63

Веста Малолітнева, Олександр Трегуб
Правові аспекти стимулювання біоенергетики
на засадах сталості 84

III. Захист економічних прав під час війни та в повоєнний період

Олександра Кологойда
Захист прав та інтересів кредиторів у разі неплатоспроможності
господарського товариства 96

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Інна Спасибо-Фатєєва
Проблеми на перетині корпоративних та спадкових правовідносин:
як і що спадкується після смерті учасника товариства
з обмеженою відповідальністю? 115

Роман Пожоджук
Поняття та правова природа вразливості споживачів 128

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 9 • 5-6

ЗМІСТ

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

RODION POLIAKOV

La Procédure de Faillite Internationale Selon le Droit Français 142

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

Діна Дрижакова

Проблеми доказування злочинів у сфері втручання
в інформаційні системи 159

Павло Іванов

До питання про поняття графічної ідентифікації учасників
цивільних правовідносин 168

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Щодо наявності безумовного права участі у товаристві учасника,
який успадкував мажоритарну частку, і неможливості
міноритарних учасників відмовити йому у реалізації такого права 179

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“LEGAL BASIS OF WAR ECONOMY
AND POST-WAR RECOVERY OF UKRAINE
(CONTINUATION)”

*I. War Economy and Post-War Recovery of Ukraine:
Challenges and Features of Legal Regulation*

VOLODYMYR USTYMENKO, RUSLAN DZHABRAILOV, TETIANA HUDIMA Priority Directions for the Formation of a Legal Framework for Post-War Economic Recovery in Ukraine	9
--	---

*II. Trends of Recovery and Development of the Main Types and Sectors
of Economic Activity of Ukraine During the War and in the Post-War Period*

VIKTORIYA RIEZNIKOVA, NINO PATSURIYA, IRYNA KRAVETS Influence of the State on the Economy in the Post-War Period: Conceptual Foundations of Prospects for Legal Regulation	24
OKSANA KASHYNTSEVA, SERGIY KONDRATYUK Use of Medical Technology in Time of War: Security Exception of the WTO Trips Agreement	48
OLEKSANDR HARAHONYCH, ANGELINA KORSHUN Corporate (Compliance) Culture of the Organization: Theoretical Legal Aspects and War Challenges	63
VESTA MALOLITNEVA, OLEKSANDR TREHUB Legal Aspects of Stimulating Bioenergy on the Basis of Sustainability	84

III. Protection of Economic Rights During the War and in the Post-War Period

OLEKSANDRA KOLOHOIDA Creditors' Interests Protection in Company Insolvency Procedure	96
---	----

CIVIL LAW AND PROCESS

INNA SPASYBO-FATYEYeva Problems Arising at the Intersection of Corporate and Hereditary Relationships: what is Inherited After the Death of a Limited Liability Company's Shareholder and How?	115
ROMAN POZHODZHUK The Concept and the Legal Nature of Consumer Vulnerability	128

TABLE OF CONTENTS

ECONOMIC LAW AND PROCESS

RODION POLIAKOV

Cross-Border Insolvency Procedure Under French Law 142

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

DINA DRYZHAKOVA

Issues of Proving Criminal Offenses Related to the Interference
with Information Systems 159

PAVLO IVANOV

On the Issue of the Concept of Graphic Identification
of Participants of Civil-law Relations 168

DOCTRINE IN CASE LAW

On Unconditional Right to Participate in Running the Company
of a Shareholder Who Inherited a Majority Share,
and the Impossibility for Minority Shareholders
to Deny His Right to Exercise 179

Актуальна тема номера:
“ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЕКОНОМІКИ ВІЙНИ
ТА ПОВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ УКРАЇНИ
(ПРОДОВЖЕННЯ)”

*І. Економіка війни та повоєнне відновлення економіки України:
виклики й особливості правового регулювання*



Володимир Устименко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАН України,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України, директор Державної установи
“Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1094-422X>
v.a.ustymenko@gmail.com

Руслан Джабраїлов

доктор юридичних наук, професор,
заступник директора з наукової роботи
Державної установи
“Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2102>
ruzaaur13@gmail.com



Тетяна Гудіма

докторка юридичних наук, старша дослідниця,
заступниця завідувача відділу
проблем модернізації господарського права
та законодавства Державної установи
“Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1509-5180>
gudima.t@ukr.net



УДК 346.5

**ПРІОРИТЕТНІ НАПРЯМИ ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОГО ПОЛЯ
ПОВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ**

АНОТАЦІЯ. У статті відзначено, що правова система України має містити адекватні вимогам часу методи та засоби регулювання, здатні у максимально короткий термін адаптувати економіку України до нової ринкової кон'юнктури та створити вигід-

ні конкурентні позиції для вітчизняних суб'єктів господарювання. Наголошено на тому, що досягнення високих показників економічного розвитку України, напевно буде унеможливлено у разі відставання правового регулювання від динамічного розвитку суспільних відносин у тих секторах економіки, які вже зазнали істотних структурних змін під впливом війни.

Мета дослідження полягає в обґрунтуванні пріоритетних напрямів формування правового поля повоєнного відновлення економіки України.

Аргументовано, що на період повоєнного відновлення, завдяки якісним правовим реформам в Україні, повинно бути закладено підґрунтя для того, щоб дотримання законів органами влади, громадянами та бізнесом не спричиняло конфлікт інтересів, нав'язування суспільству хибних цінностей, ускладнення виконання нормативних приписів, особливо в періоди революційних зрушень як форми вияву докорінних змін як у правосвідомості громадян, так і в побудові правової системи держави.

Акцентовано увагу на тому, що зрушення у соціально-економічній сфері супроводжуватимуться своєчасною реакцією держави у вигляді створення належного законодавчого поля, здатного ефективно врегулювати фактично сформовані групи суспільних відносин. Зокрема, через поширення цифровізації економіки, у полі зору держави перебуватимуть найбільш інноваційні сфери, правове регулювання яких нині залишається недостатнім та неадекватним вимогам часу, зокрема, сфера ІТ технологій, ринок віртуальних активів, штучний інтелект тощо.

Обґрунтовано, що стратегічного значення для розвитку України та подолання контрверсійних підходів до вибору моделі правового регулювання економіки набуває питання щодо істотного вдосконалення підходів до розвитку конституційних засад економічної системи України. Доводиться, що у середньо- та довгостроковій перспективі буде вирішено ключову проблему законодавчого регулювання суспільних відносин – низької ефективності правових актів.

Висловлено аргументи на користь того, що поглибити правові перетворення у країні, мінімізувавши ризики девіантної поведінки громадян та протиставлення їх власних інтересів суспільно важливим цілям державного регулювання, вбачається за можливе у разі покладення в основу ключових законодавчих змін ідеології людиноцентризму.

Наведено узагальнений висновок про те, що в основу розвитку України має бути покладено концепцію сталості та послідовності перетворень, відхід від швидких рішень із непередбачуваними ризиками, врахування досвіду Європейського Союзу у здійсненні реформ стратегічно важливих сфер діяльності держави.

Ключові слова: правове поле; повоєнне відновлення; економіка; ідеологія людиноцентризму; конституційні засади економічної системи України.

Відновлення країни після завершення війни є очікуваним етапом повоєнного процесу. Перспективи повоєнного відновлення з урахуванням низки соціально-економічних факторів, на думку Національного банку України (далі – НБУ), є позитивними. Як зазначено в Інфляційному звіті НБУ (січень 2023 р.), очікується незначне зростання реального внутрішнього валового продукту (далі – ВВП) у 2023 р. на 0,3 %. У 2024 р. реальний ВВП України зросте на 4,1 %, а в 2025 р. економічне зростання пришвидшиться до 6,4 %¹.

¹ Інфляційний звіт, січень 2023 року (Офіційне Інтернет-представництво Національного банку України) <<https://bank.gov.ua/ua/news/all/inflyatsiyniy-zvit-sichen-2023-roku>> (дата звернення: 11.04.2023).

Досягнення зазначених, а можливо, і більш високих показників економічного розвитку України, напевно, буде унеможливлено у разі відставання правового регулювання від динамічного розвитку суспільних відносин у тих секторах економіки, які вже зазнали істотних структурних змін під впливом війни. Науково-технологічний прорив, зумовлений активними дослідженнями можливостей нейронних мереж, суспільного резонансу яким додав *ChatGPT*, розроблений компанією *OpenAI*, свідчить про те, що вже зараз актуальними стануть нові та навіть не передбачувані тренди економічного розвитку, які можуть призвести до появи нових галузей економіки.

І в цьому контексті правова система України повинна містити адекватні вимогам часу методи та засоби регулювання, здатні у максимально короткий термін адаптувати економіку України до нової ринкової кон'юнктури та створити вигідні конкурентні позиції для вітчизняних суб'єктів господарювання.

Додатково статус України як країни – претендента у члени Європейського Союзу (далі – ЄС) накладає певні зобов'язання, виконуючі які, процеси з адаптації національного законодавства до права ЄС значно прискоряться, що справить значний вплив на формування нових підходів у правовому регулюванні повоєнного відновлення економіки.

Проблеми правового забезпечення економіки традиційно перебувають у полі зору науковців – представників науки господарського права. Багаторічні господарсько-правові дослідження проблем економічного розвитку України забезпечили формування науково обґрунтованих неординарних рішень, втілення яких у нормативно-правову площину здатне здійснити позитивні перетворення у моделі правового регулювання економіки країни. У зв'язку з цим слід виділити наукові розробки В. Мамотова, В. Щербини, А. Бобкової, Д. Задохайла, О. Подцерковного, О. Беяневич, Б. Дерев'янка, В. Коверзнева, В. Полюховича, В. Резнікової, В. Олюхи та інших науковців.

Про актуальність саме господарсько-правових методів та засобів у подальшому розвитку правового забезпечення економіки було наголошено під час круглого столу “Зміни в правовому регулюванні економічних відносин: перспективи та ризики”, який відбувся у Верховному Суді². У представлених доповідях науковців – учасників круглого столу, а саме О. Подцерковного “Твердження про недієвість норм ГК не відповідають дійсності та є елементом наукового хайпу”, В. Резнікової “Зміни в правовому регулюванні економічних відносин: перспективи та ризики”, Б. Дерев'янка “Про невідповідність скасування Господарського кодексу Украї-

² Вдосконалюючи правове регулювання економічних відносин, потрібно враховувати сучасні потреби та євроінтеграційні процеси (Верховний Суд, 08.04.2023) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/press-centr/news/1392581/?fbclid=IwAR1kc3dPvyQmpxscyGVeTKNKIvqqtcC39Z0Gk2dczTtSPHftGL0hBYiWrpA>> (дата звернення: 11.04.2023).

ни інтересам держави та народу України”, В. Полуховича “Щодо змісту проекту Закону України ‘Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період’ № 6013 та наслідків його прийняття для державного регулювання економіки України”, В. Олюхи “Ризики законопроекту ‘Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період’” та інших, ключовою була ідея важливості прийняття зважених рішень з урахуванням інтересів суспільства та концепцій, напрацьованих у межах науки господарського права, оскільки останні здатні вже сьогодні створити передумови для прискореного повоєнного відновлення економіки України.

Безперечно, методологічну цінність для розбудови правової системи України та формування сучасного правового інструментарію повоєнного відновлення економіки мають концептуальні підходи, які спираються на школи економічного аналізу права (Р. А. Познер³), конституційної економіки (Р. Б. Маккензі⁴, Дж. М. Бьюкенен⁵) тощо.

На важливості вдосконалення законодавства України з метою досягнення значущих соціально-економічних результатів у повоєнний період наголошено у Візії Відділення економіки Національної академії наук України щодо повоєнної розбудови України, яка була презентована громадськості наприкінці 2022 р.⁶.

Спираючись на наявний науковий доробок, вбачається за доцільне окреслити перспективи якісних трансформацій у правовому регулюванні економіки саме у повоєнний період розвитку України, що натеper є малодослідженим у науковій площині.

Мета дослідження полягає в обґрунтуванні пріоритетних напрямів формування правового поля повоєнного відновлення економіки України.

Вбачається, що на період повоєнного відновлення, завдяки якісним правовим реформам в Україні, має бути закладено підґрунтя для того, щоб дотримання законів органами влади, громадянами та бізнесом не спричиняло конфлікт інтересів, нав’язування суспільству хибних цінностей, ускладнення виконання нормативних приписів, особливо в періоди “революційних зрушень” як форми вияву докорінних змін як у правосвідомості громадян, так і побудові правової системи держави.

Ключовим у процесі формування новітнього правового поля повоєнного періоду залишатиметься саме визначення меж втручання держави у сферу економічної свободи громадянина. У зв’язку з цим критичні змі-

³ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (9th Edition, Aspen Publishing 2014) 1056.

⁴ R B McKenzie, *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government* (D.C. Heath 1984).

⁵ J M Buchanan, ‘The Domain of Constitutional Economics’ (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 1–18.

⁶ Повоєнне відродження України: Візія Відділення економіки НАН України щодо повоєнної розбудови України (НАН України) <<https://files.nas.gov.ua/PublicMessages/Documents/0/2022/12/%D0%92%D1%96%D0%B7%D1%96%D1%8F%20-%202022.12.05.pdf>> (дата звернення: 11.04.2023).

ни у законодавстві створюватимуть умови для ще більшої реалізації підприємницького потенціалу громадянина, не обмежуючи його у виборі форм здійснення суспільно значущої діяльності. Вибір організаційно-правової форми ведення бізнесу відбуватиметься під впливом об'єктивних економічних факторів, а не під впливом штучно встановлених обмежень свободи вибору форми здійснення господарювання. Традиційні для економіки України різноманітні види підприємств залишатимуться основною формою організації господарської діяльності та забезпечення дотримання соціальних і трудових прав працівників, що узгоджується з правом ЄС.

Визнаватиметься неприйнятним впровадження правових регуляторів, які суперечать за своєю метою євроінтеграційному вектору України. Закріплений нормами ст. 15 Конституції України⁷ принцип багатоманітності економічного життя отримає реальне втілення, що сприятиме викоріненню практики розробки та прийняття нормативно-правових актів, які закладають ризики національній економічній безпеці.

Практика швидких і непослідовних змін у законодавстві буде визнана економічно шкідливою та такою, що суперечить принципу верховенства права.

Досвід країн – учасниць ЄС та практика Європейського суду з прав людини доводять фундаментальний характер принципу верховенства права, який покладено в основу прийняття стратегічно важливих рішень. Нині роль принципу верховенства права не обмежується лише конституційно-правовими змінами, але і справляє вплив на розвиток правового регулювання всіх сфер суспільного життя. Ступінь інтеграції принципу верховенства права у правотворчу та правозастосовну роботу повоєнного періоду розвитку України стане для керівних органів ЄС індикатором якості перетворень у правовій системі держави. Наочним і таким, що буде мати безпосередній вплив на перспективи фінансування повоєнного відновлення України, є приклад того, як справляє вплив принцип верховенства права на можливості країн – учасниць ЄС отримувати фінансування за кошти бюджету ЄС. Зокрема, керівні органи ЄС вдаються останнім часом до призупинення, зменшення або обмеження доступу до фінансування у спосіб, пропорційний характеру, тяжкості та масштабам недоліків верховенства права⁸.

Відтак послідовні та передбачувані євроінтеграційні зусилля України на засадах верховенства права стануть чи не єдиним критерієм оцінювання якості реформ за всіма ключовими напрямками повоєнного віднов-

⁷ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

⁸ 'Єврокомісія представила новий бюджет ЄС: гроші в обмін на верховенство права' (*Європейська правда*, 03.05.2018) <<https://www.eurointegration.com.ua/news/2018/05/3/7081242>> (дата звернення: 11.04.2023).

лення України, які на сьогодні знайшли вияв у матеріалах робочих груп Національної ради з відновлення України від наслідків війни⁹.

Особливої уваги у зв'язку з цим заслуговуватимуть зміни в інвестиційному, податковому та, загалом, господарському законодавстві. Створення преференційних умов ведення бізнесу розглядатиметься не як засіб ситуативного регулювання суспільних відносин, а як послідовний і прогнозований інструмент залучення інвесторів, які будуть зацікавлені у розміщенні на території України виробничих потужностей та створенні нових робочих місць.

Відповідно, прийняття будь-яких рішень, які стосуються встановлення чи скасування преференцій як для іноземних, так і для вітчизняних інвесторів має здійснюватися з урахуванням попереднього позитивного досвіду функціонування спеціальних режимів господарювання. Невипадково реалізацію заходів Стратегії економічного розвитку Донецької та Луганської областей на період до 2030 року¹⁰ передбачалося здійснити із використанням інвестиційного потенціалу територій пріоритетного розвитку з встановленням трьох рівнів спеціальних режимів: на території громад, прилеглих до лінії розмежування з тимчасово окупованими територіями; на всій території Донецької та Луганської областей; на території окремих виробничих і рекреаційних кластерів, зокрема інноваційних та індустріальних. Згадані положення Стратегії залишаються чинними. Утім, останні зміни у законодавстві України унеможливають створення територій пріоритетного розвитку через скасування Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо засад державної регіональної політики та політики відновлення регіонів і територій"¹¹ ст. 415 Господарського кодексу України¹², яка визначала особливості здійснення господарської діяльності на території пріоритетного розвитку. Навряд чи такі законодавчі підходи свідчитимуть про послідовність дій уповноважених органів влади у формуванні системи гарантій стабільності умов провадження інвестиційної діяльності.

Динамічні зрушення у соціально-економічній сфері супроводжуватимуться своєчасною реакцією держави у вигляді створення належного законодавчого поля, здатного ефективно врегулювати фактично сформовані групи суспільних відносин. Зокрема, через поширення цифровізації еко-

⁹ Робочі групи Національної ради з відновлення України від наслідків війни <<https://www.kmu.gov.ua/diynist/nacionalna-rada-z-vidnovlennya-ukrayini-vid-naslidkiv-vijni/robochi-grupi>> (дата звернення: 11.04.2023).

¹⁰ Стратегія економічного розвитку Донецької та Луганської областей на період до 2030 року, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2021 р. № 1078-р. *Офіційний вісник України*. 2021. № 75. Ст. 4720.

¹¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо засад державної регіональної політики та політики відновлення регіонів і територій: Закон України від 9 липня 2022 р. № 2389-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2389-20#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

¹² Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/436-15#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

номіки, у полі зору держави перебуватимуть найбільш інноваційні сфери, правове регулювання яких наразі залишається недостатнім та неадекватним вимогам часу, зокрема, сфера ІТ технологій, ринок віртуальних активів, штучний інтелект тощо. До речі, перспективним для України слід визнати розвиток ринку віртуальних активів, який в умовах ухваленого, але поки що нечинного спеціального Закону “Про віртуальні активи”¹³, перебуває поза межами правового регулювання. Проте наявна практика засвідчує активне використання криптовалют як виду віртуальних активів у підприємницькій сфері, благодійницькій діяльності (зокрема отримувачем є держава), під час здійснення виплати фінансової допомоги у криптовалюті найбільш вразливим верствам населення. Хоч у воєнний час вказані порушення чинного законодавства залишаються поза увагою уповноважених органів влади, проте це буде фактором дестабілізації ринку віртуальних активів у період повоєнного відновлення країни та визнання дій громадян і бізнесу з такими активами поза законом.

У середньо- та довгостроковій перспективі буде вирішено ключову проблему законодавчого регулювання суспільних відносин – низької ефективності правових актів. Відповідно, підвищення їх ефективності та мінімізація випадків прийняття економічно та соціально необґрунтованих правових актів позитивно позначиться на стані державного регулювання економіки та, загалом, на якості державного управління різними сферами суспільного життя.

Задля цього необхідним є відхід від практики, яка останніми роками набирає поширення, у частині виключення з-під сфери дії законодавства України про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності окремих груп суспільних відносин. Зокрема, значна питома вага таких виключень припадає на податкові відносини, що, як свідчить практика правозастосування, призводить до отримання протилежного результату, відмінного від того, що був закладений у концепцію відповідного закону. У зв’язку з цим варто згадати Закон України “Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо особливостей оподаткування діяльності з торгівлі валютними цінностями у готівковій формі” у п. 5 розділу “Прикінцеві та перехідні положення” якого встановлено: “Установити, що до порядку підготовки та прийняття нормативно-правових актів, що приймаються на виконання вимог цього Закону, не застосовуються вимоги Закону України “Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності”¹⁴. І це тоді, коли цим Законом доповнено ст. 141 Податково-

¹³ Про віртуальні активи: Закон України від 17 лютого 2022 р. № 2074-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

¹⁴ Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1160-15#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

го кодексу України¹⁵ п. 141.13, окремі положення якого щонайменше є дискусійними. Зокрема, в абз. 3 пп. 141.13.3 п. 141.13 зафіксовано те, що у разі якщо сума авансового внеску, попередньо сплаченого протягом звітного (податкового) року, перевищує суму нарахованого податкового зобов'язання за такий податковий (звітний) рік, *сума такого перевищення не переноситься у зменшення податкових зобов'язань наступних податкових (звітних) періодів*. А в абз. 3 пп. 141.13.3 п. 141.13 містить положення, згідно з яким сума сплачених авансових внесків з податку на прибуток *не підлягає поверненню платнику податку як надміру та/або помилково сплачені податкові зобов'язання, не може бути зарахована в рахунок інших податків і зборів (обов'язкових платежів) та на неї не поширюються положення ст. 43 цього Кодексу* (зазначена стаття визначає умови повернення помилково та/або надміру сплачених грошових зобов'язань та пені). Напевно, такі новації потребують належного обґрунтування, а подальша їх реалізація поза межами Закону України “Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності” може створити зайві проблеми у діяльності відповідних суб'єктів господарювання.

Мінімізувати слід також певні ризики для сфери правового регулювання економіки, які закладають окремі законопроекти (наприклад, проект Закону України “Про прискорений перегляд інструментів державного регулювання господарської діяльності”¹⁶), що, маючи на меті “спрощення” регуляторного середовища, насправді закладають підґрунтя для можливих зловживань з боку органів державної влади та їхніх посадових осіб у сфері ліцензування, надання документів дозвільного характеру тощо. Неприпустимими слід визнати випадки, коли змінюється функціональне призначення засобу державного регулювання настільки, що не забезпечується досягнення таким засобом мети правового регулювання. Зокрема, така ситуація сталася з оборонними закупівлями, коли внаслідок ігнорування фундаментальних принципів публічних закупівель було створено підґрунтя для вчинення корупційних правопорушень. У підсумку з метою вирішення цієї проблеми було ухвалено Закон України “Про внесення змін до Закону України ‘Про оборонні закупівлі’ щодо запровадження прозорості в оборонних закупівлях (крім відомостей про закупівлі товарів, робіт і послуг оборонного призначення, що становлять державну таємницю) із забезпеченням захищеності держав-

¹⁵ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

¹⁶ Проект Закону про прискорений перегляд інструментів державного регулювання господарської діяльності від 19 вересня 2022 р. № 8058 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40514>> (дата звернення: 11.04.2023).

них замовників від воєнних загроз на період дії правового режиму воєнного стану в Україні”¹⁷.

Відповідно, підвищення якості правотворчої роботи у підсумку забезпечить Україні можливості для успішної конкуренції з сусідніми східноєвропейськими країнами – членами ЄС та просування у міжнародних рейтингах, таких як *Doing Business*, Індекс економічної свободи, Індекс інвестиційної привабливості, Індекс сприйняття корупції, Індекс демократії, Індекс свободи людини тощо.

Період повоєнного відновлення України має стати переламним етапом у формуванні підходів до розбудови держави та її наближення до повноправного членства у Європейському співтоваристві. Тим паче, що довоєнні темпи виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС¹⁸ продемонстрували істотні успіхи у реалізації ключових реформ. Так, у звіті про виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за 2021 р. зазначено, що динаміка прогресу у виконанні Угоди про асоціацію становить 63 %, що порівняно із 41 % у 2017 р.¹⁹, дійсно можна визнати істотним кроком вперед на зустріч євроінтеграції. За підсумками 2021 р. високими показниками характеризується виконання Угоди про асоціацію за такими напрямками, як-то “Гуманітарна політика” та “Політичний діалог, національна безпека та оборона” – по 89 % відповідно, “Юстиція, свобода, безпека, права людини” – 88 %, “Державні закупівлі” та “Технічні бар’єри у торгівлі” – по 86 % відповідно, “Підприємництво” – 85 %, “Оподаткування” і “Статистика та обмін інформацією” – по 84 % відповідно тощо.

Поглибити правові перетворення у країні, мінімізувавши ризики девіантної поведінки громадян і протиставлення їх власних інтересів суспільно важливим цілям державного регулювання, вбачається за можливе у разі покладення в основу ключових законодавчих змін ідеології людиноцентризму. Саме людина та її права і законні інтереси мають бути покладені в основу розробки післявоєнного правового поля України.

Військові події значною мірою актуалізували проблеми, які частково ще у довоєнний час закладали підґрунтя для нарощування суспільного конфлікту.

Втрата довіри до органів влади та можливості досягти матеріального благополуччя на законних засадах постають ключовими факторами виникнення неприйнятних для економіки явищ, одним із найбільш небез-

¹⁷ Про внесення змін до Закону України ‘Про оборонні закупівлі’ щодо запровадження прозорості в оборонних закупівлях (крім відомостей про закупівлі товарів, робіт і послуг оборонного призначення, що становлять державну таємницю) із забезпеченням захищеності державних замовників від воєнних загроз на період дії правового режиму воєнного стану в Україні: Закон України від 24 лютого 2023 р. № 2958-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2958-20#Text>> (дата звернення: 11.04.2023).

¹⁸ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення: 11.04.2023).

¹⁹ Звіт про виконання угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом за 2021 рік <https://eu-ua.kmu.gov.ua/sites/default/files/inline/files/euua_report_2021_ukr-2.pdf> (дата звернення: 11.04.2023).

печних з яких є “тіньова економіка”. Відповідно, одним із першочергових завдань на повоєнний період має стати вжиття заходів, спрямованих на боротьбу з корупцією, легалізацію економічних процесів, створення передумов, коли ведення бізнесу “у тіні” стає не вигідним, спрощення регуляторного навантаження на суб’єктів господарювання, оптимізацію податкового навантаження на фонд оплати праці та, як наслідок, мінімізацію неформальної зайнятості тощо.

Слід визнати, що подальша боротьба з корупцією залишатиметься однією з основних вимог українського суспільства та західних партнерів нашої країни у період повоєнної розбудови України. Адже, попри довоєнні успіхи у сфері протидії корупції, передчасним було б стверджувати про досягнення значних успіхів у боротьбі з цим соціально неприйнятним явищем. За даними *Transparency International Ukraine* (акредитований представник міжнародної організації *Transparency International*), Україна в Індексі сприйняття корупції (*Corruption Perceptions Index – CPI*) за 2021 р. отримала 32 бали зі 100 можливих. Показник знизився на один бал, і тепер Україна посідає 122 місце зі 180 країн у *CPI*. Поруч із Україною – африканська держава Есватіні (Свазіленд), яка також набрала 32 бали. На один бал нас випереджають Замбія, Непал, Єгипет, Філіппіни та Алжир – всі вони мають по 33 бали. Загальна оцінка України сформувалася з 9 досліджень. Найбільше зниження, а саме на 4 бали, відбулося за Індексом трансформації Фонду Бертельсманна, Щорічним рейтингом глобальної конкурентоздатності та за даними Опитування думки менеджерів від Світового економічного форуму²⁰.

Звісно, така загальна оцінка стану антикорупційної політики не може бути визнана задовільною. Відповідно, держава має докласти значних зусиль для зміни ситуації у найкращий бік і період повоєнної розбудови напевно стане важливим етапом для прийняття ключових рішень, здатних максимізувати позитивний ефект від розробки та реалізації дієвих заходів, спрямованих на запобігання та протидію корупції.

До речі, зарубіжні інвестори оцінюють корупцію у системі органів державної влади як один зі стримуючих факторів для здійснення інвестування в економіку України (для більшості зарубіжних інвесторів корупційний фактор залишається вирішальним під час прийняття відповідних рішень щодо реалізації бізнес-проектів).

Корупційні та інші вади суспільного розвитку вбачається можливим мінімізувати, а з часом і подолати, у разі створення передумов, коли дотримання правових приписів узгоджується з інтересами суспільства та не суперечить усталеним підходам до розуміння справедливості як іманентної якості права. Це дасть змогу виключити випадки ухвален-

²⁰ Індекс сприйняття корупції-2021 (*Трансперенсі Інтернешнл Україна*) <<https://ti-ukraine.org/research/index-spriynnyattya-koruptsiyi-2021>> (дата звернення: 11.04.2023).

ня “неправових законів”, природі яких приділено значну увагу у дослідженнях із теорії права. Якщо вигоди від прийнятих рішень отримуватиме невелика група людей, а більшість населення виступатиме лише джерелом такої вигоди, то навряд чи буде можливим забезпечити законслухняність пересічних громадян та бізнесу. Така ситуація спонукатиме пересічних громадян та бізнес вдаватися до вжиття квазізаконних заходів із метою забезпечення формального дотримання положень нормативно-правових актів. Особливо важливим є вирішення зазначених проблем в умовах формування моделі повоєнної економіки, коли більшість визнаних державою гарантій прав людини не може знайти реального забезпечення.

Держава має стати надійним партнером для громадян і бізнесу, що повинно знайти вияв у послідовності, прогнозованості та встановленні чіткого алгоритму дій, який дасть змогу розраховувати на розумну стабільність чинного законодавства і можливість передбачати наслідки застосування норм права. І саме в цьому напрямі мають відбутися чималі законодавчі зміни, особливо у сфері інвестиційного та податкового законодавства.

Неприйнятними слід визнати дії держави, коли інвестори, через зміни з боку органів влади підходів до регулювання певної сфери суспільних відносин, позбавляються раніше наданих гарантій, які забезпечували впевненість у стабільності інвестиційної діяльності. Відповідно, ведення бізнесу з дотриманням нових нормативно-правових приписів стає економічно неможливим. У повоєнній перспективі відновлення економіки держава має докласти зусиль для усунення зазначених випадків, зокрема, має бути приведена у відповідність до принципу верховенства права державна політика щодо виробників “зеленої” електроенергії, які нині перебувають на межі банкрутства через скорочення застосування “зеленого” тарифу (навіть обговорюється ініціатива скасування “зеленого” тарифу). Держава, навпаки, має створювати нові можливості для розвитку прогресивних секторів економіки, до кола яких відноситься відновлювана енергетика і яка є невід’ємною частиною Європейської зеленої угоди.

Водночас стратегічного значення для розвитку України та подолання контрверсійних підходів до вибору моделі правового регулювання економіки набуває питання щодо істотного вдосконалення підходів до розвитку конституційних засад економічної системи України. Задля його вирішення вбачається за доцільне закріпити у Конституції України модель правового регулювання економічної системи, яка має визначити основні вимоги до побудови системи управління економікою, ухвалення законів, які стосуються економіки, елементів механізму реалізації таких законів, засад відповідальності за прийняття неефективних рішень, які завдають шкоди національній економіці. Зазначений блок право-

вих норм міг би отримати вияв у розділі “Економічна система” у межах Основного Закону України. До речі, В. Мамутов, засновник Донецької школи господарського права, свого часу запропонував доповнити Конституцію України окремим розділом, який присвячений засадам економічної системи²¹. Дотепер зазначена пропозиція залишається вкрай актуальною та затребуваною.

Подальшим закономірним кроком можна вважати розробку та ухвалення закону чи низки законів, які б могли деталізувати конституційно-правові приписи. Саме такий підхід стане запобіжником на шляху окремих деструктивних дій з боку різних політичних сил, здатних завдати непоправної шкоди економіці держави, особливо у період повоєнного відновлення. Утім, вже зараз слід вжити заходів щодо недопущення прийняття поспішних та вочевидь шкідливих для країни рішень, які стосуються скасування важливої частини правової системи України, спрямованої на регулювання економічних відносин та яка може стати нормативно-правовим підґрунтям для повоєнного відновлення. Зокрема, важливим слід визнати збереження чинності Господарського кодексу України як уособлення окремої системи законодавства України, а саме господарського. Всебічна аргументація переваг Господарського кодексу України та оцінка руйнівних наслідків його скасування, у разі ухвалення законопроекту “Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період”²², вже представлені у низці науково-експертних висновків, підготовлених установами Національної академії наук України. У випадку скасування Господарського кодексу України існують достатні підстави стверджувати про витіснення бізнесу з легального простору у “тіньову” сферу, втрати Державного та місцевого бюджетів від зниження податкових надходжень, згорання та відтік інвестицій тощо.

Висновки. Отже, в основу розвитку України має бути покладено концепцію сталості та послідовності перетворень, відхід від швидких рішень із непередбачуваними ризиками, врахування досвіду ЄС у здійсненні реформ стратегічно важливих сфер діяльності держави, що сприятиме усуненню суперечностей між владою та людиною, забезпечуватиме ведення суспільного діалогу на засадах поваги до закону та дотримання принципу верховенства права.

Досягти вагомих результатів на шляху формування соціально справедливого суспільства, яке керується догматом права та вибудовує демо-

²¹ Концепція конституційного забезпечення економічної системи держави (як основи законодавчого забезпечення економічної політики): брошура (НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень, Юго-Восток, Лтд 2008) 22.

²² Проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період від 9 вересня 2021 р. № 6013 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=6013&conv=9>> (дата звернення: 11.04.2023).

кратичне майбутнє, вбачається можливим за умов, коли держава уникає прийняття рішень чи вжиття дій, які мають за мету:

- нівелювання ролі та значущості принципу верховенства права у законотворчій діяльності, судовій практиці, діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування;
- формування моделі правового регулювання економічних відносин, яка справляє демотивуючий вплив на громадян та бізнес, створює передумови для збільшення питомої ваги “тіньової економіки”, сприяє посиленню корупції тощо;
- ігнорування необхідності регулярного оцінювання ефективності застосування нормативних актів, спрямованих на реформування суспільства, економіки країни із наступним корегуванням траєкторії перетворень;
- консервування факторів, що спонукають пересічних громадян і бізнес вдаватися до вжиття квазізаконних заходів з метою забезпечення формального дотримання положень нормативно-правових актів;
- відхід від концепції людиноцентричності як засадничої ідеї перетворень у правовій системі України, що передбачає визнання людини, її прав і законних інтересів головною метою правового регулювання;
- ухвалення нормативно-правових актів у непослідовний та непрогнозований способи, що виключають можливість громадян і бізнесу розраховувати на розумну стабільність чинного законодавства;
- консервування “сірих зон” у правовому регулюванні певних сфер суспільних відносин;
- ухвалення нормативно-правових актів, що завдають шкоди інвестиційному іміджу країни, посилюють корупційні ризики, впроваджують підходи до регулювання економічних відносин всупереч праву ЄС, ігнорують рекомендації провідних міжнародних організацій, учасником яких є держава Україна;
- створення умов, за яких мета правового регулювання досягається за допомогою непропорційних втрат із боку громадян та бізнесу;
- впровадження у правову систему країни підходів, що сприяють підвищенню ризиків державному суверенітету, національній безпеці за відповідними безпековими секторами або, навпаки, утримування від вжиття дій, спрямованих на мінімізацію таких ризиків;
- маскуванню політично вмотивованих ідей під життєво необхідні інтереси країни зі здійсненням спроб їх втілення у законодавство України.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. McKenzie R B, *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government* (D.C. Heath 1984) (in English).
2. Posner R A, *Economic Analysis of Law* (9th Edition, Aspen Publishing 2014) (in English).

Edited books

3. *Kontsepsiia konstitutsiinoho zabezpechennia ekonomichnoi systemy derzhavy (iak osnovy zakonodavchoho zabezpechennia ekonomichnoi polityky)* (NAN Ukrainy, Institut ekonomiko-pravovykh doslidzhen, Yuho-Vostok Ltd 2008) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Buchanan J M, 'The Domain of Constitutional Economics' (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 1–18 (in English).

Websites

5. 'Vdoskonaliuiuchy pravove rehuliuвання ekonomichnykh vidnosyn, potribno vrakhovuvaty suchasni potreby ta yevrointehratsiini protsesy' <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1392581/?fbclid=IwAR1kc3dPvyQmpxdcyGVeTKNKIvqqtcC39ZOGk2dczTtSPHftGL0hBYiWrpA>> (accessed: 11.04.2023) (in Ukrainian).
6. 'Viziia Viddilennia ekonomiky NAN Ukrainy shchodo povoiennoi rozbudovy Ukrainy' <<https://www.nas.gov.ua/UA/Messages/Pages/View.aspx?MessageID=9717>> (accessed: 11.04.2023) (in Ukrainian).
7. 'Yevrokomisiia predstavyla novyi biudzheth YeS: hroshi v obmin na verkhovenstvo prava' <<https://www.eurointegration.com.ua/news/2018/05/3/7081242>> (accessed: 11.04.2023) (in Ukrainian).

Volodymyr Ustymenko
Ruslan Dzhabrailov
Tetiana Hudima

PRIORITY DIRECTIONS FOR THE FORMATION OF A LEGAL FRAMEWORK FOR POST-WAR ECONOMIC RECOVERY IN UKRAINE

ABSTRACT. The article highlights that the legal system of Ukraine should contain methods and means of regulation that are adequate to the demands of the time, capable of quickly adapting the economy of Ukraine to the new market conditions and creating favorable competitive positions for domestic business entities. It emphasizes that achieving high indicators of economic development in Ukraine will undoubtedly be impossible if legal regulation lags behind the dynamic development of social relations in those sectors of the economy that have already undergone significant structural changes under the influence of war.

The aim of the study is to substantiate the priority directions of forming a legal framework for post-war economic recovery in Ukraine.

It is argued that during the period of post-war recovery, thanks to qualitative legal reforms in Ukraine, the foundation should be laid for compliance with the laws by the

authorities, citizens, and business without causing conflicts of interest, imposition of erroneous values on society, complicating the implementation of normative prescriptions, especially during periods of revolutionary changes as a form of expressing fundamental changes both in the legal consciousness of citizens and in the construction of the legal system of the state.

Emphasis is placed on the fact that shifts in the socio-economic sphere will be accompanied by a timely response from the state in the form of creating appropriate legislative frameworks capable of effectively regulating the actual formation of social relations groups. In particular, with the spread of digitalization in the economy, the state will focus on the most innovative areas, the legal regulation of which currently remains insufficient and inadequate to the demands of the times, including the IT technology sphere, the market of virtual assets, artificial intelligence, and so on.

It is argued that the question of significant improvement of approaches to the development of constitutional principles of the economic system of Ukraine becomes strategically important for Ukraine's development and overcoming controversial approaches to choosing a model of legal regulation of the economy. It is argued that in the medium and long-term perspective, the key problem of legislative regulation of social relations – the low effectiveness of legal acts – will be solved.

Arguments have been made in favor of deepening legal transformations in the country by minimizing the risks of deviant behavior of citizens and opposing their interests to socially important goals of state regulation. This is seen as possible by laying the ideology of human-centeredness at the heart of key legislative changes.

A general conclusion is drawn that the development of Ukraine should be based on the concept of stability and consistency of transformations, moving away from quick decisions with unforeseeable risks, and taking into account the experience of the EU in implementing reforms in strategically important areas of state activity.

KEYWORDS: legal framework; post-war recovery; economy; ideology of human-centeredness; constitutional principles of the economic system of Ukraine.

II. Тенденції відновлення і розвитку основних видів та сфер економічної діяльності України під час війни та в повоєнний період



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка, завідувачка кафедри економічного права та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: O-4799-2018
reznikova.vv78@gmail.com

Ніно Пацурія

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри економічного права та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9974-3637>
Researcher ID: T-8391-2019
patsuriianino@gmail.com



Ірина Кравець

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри економічного права та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7523-5045>
Researcher ID: O-3908-2018
ikravets104@gmail.com



УДК 346.5+346.6

ВПЛИВ ДЕРЖАВИ НА ЕКОНОМІКУ У ПОВОЄННИЙ ПЕРІОД: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ПЕРСПЕКТИВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Для повоєнного розвитку економіки України критично важливим є забезпечення державою суб'єктам господарювання можливостей ефективного здійснення економічної діяльності, відповідно вплив держави на розвиток економіки

є питанням особливої актуальності. У повоєнний період необхідним є продовження започаткованого курсу на мінімізацію регуляторного впливу владних інституцій на операційне функціонування економіки. Викликом українських економічних реалій повоєнного періоду стане потреба у залученні інвестиційних ресурсів в економіку нашої держави. З огляду на зазначене, дослідження впливу держави на економіку у повоєнний період та його правового забезпечення є своєчасним та актуальним.

Метою статті є окреслення концептуальних засад перспектив правового регулювання впливу держави на економіку України в повоєнний період.

У статті охарактеризовано декларативний принцип набуття права на провадження господарської діяльності без необхідності отримання документів дозвільного характеру, ліцензій тощо. Визначено порядок правового забезпечення дії державної програми релокації бізнесу, яка підтвердила свою ефективність. У статті доведено, що підвищення спроможності держави проводити стабілізаційні заходи як під час війни, так і у повоєнний період можливо лише з підвищенням частки держави в економіці, що відповідно потребує й комплексного правового регулювання. Проілюстровано досвід зарубіжних країн щодо реалізації стратегії на зниження частки держави в економіці, яка мала здебільшого негативні наслідки для економічного розвитку відповідних держав. Обґрунтовано, що відновлення економіки, віддане на відкуп ринковим силам, а також виключно засобам приватноправового регулювання не дасть позитивного результату, потрібна цілеспрямована коригуюча роль держави.

Для повоєнного відновлення української економіки необхідним є створення умов для розвитку інвестиційної діяльності в нашій державі. Активний економічний розвиток сучасної держави безпосередньо пов'язаний із залученням, ефективним використанням та захистом майнових інтересів інвесторів. Накопичувальний національний або іноземний капітал всередині держави у формі інвестицій сприяє заходам макроекономічної стабільності. З огляду на це надання впевненості інвесторам у їхньому захисті стає пріоритетом держави.

У статті доведено, що реальне вдосконалення правового регулювання економічних правовідносин залежить від ефективного економічного законодавства та розробки і ухвалення Економічного кодексу України, інкорпорації до нього положень законів, які мають врегульовувати відносини у сфері економіки у повоєнний період. Виокремлено передумови, що об'єктивно склалися та доводять доцільність кодифікації економічного законодавства України.

Ключові слова: господарська діяльність; регуляторний вплив; воєнний стан; суб'єкт підприємницької діяльності; відновлення економіки.

Економісти цілком слушно пропонують задля заохочення бізнесу розробити мобілізаційно-партнерські завдання – бізнес має стати партнером держави на шляху до перемоги¹. Як свідчить досвід країн, що пережили військові конфлікти, найбільш успішною є робота за принципом державно-приватного партнерства, що дає змогу залучати бізнес до цільових проєктів стабілізації економіки та відновлення інфраструктури.

¹ Б Данилишин, 'Як держава може підтримати бізнес в умовах війни' (*Економічна правда*, 20.03.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/03/20/684363>> (дата звернення: 16.05.2023).

Водночас потрібно уникати створення монополій приватних компаній на базі договорів державно-приватної співпраці, оскільки це лише посилить олігархів, або створить нових із числа бізнесменів, близьких до влади, як це частково сталося, до прикладу, у Сирії. Відтак з урахуванням потреб воєнної економіки потребує доопрацювання та перегляду положень Закон України “Про державно-приватне партнерство”², оскільки має реальний потенціал стати для цього правовою основою. Зміни, внесені в нього за час війни Законом України “Про внесення змін до деяких законів України щодо покращення управління у сфері електронних комунікацій”³ та Законом України “Про медіа”⁴, є фрагментарними, цих потреб аж ніяк не забезпечують.

Метою дослідження є окреслення концептуальних засад перспектив правового регулювання впливу держави на економіку України в повоєнний період.

Слід зберегти та розвинути започаткований курс на мінімізацію регуляторного впливу владних інституцій на операційне функціонування економіки. Насамперед це стосується скорочення кількості контролюючих органів та їх повноважень, а також лібералізації дозвільних процедур. Так, наприклад, Постановою “Деякі питання забезпечення провадження господарської діяльності в умовах воєнного стану”⁵ Кабінет Міністрів України запровадив декларативний принцип набуття права на провадження господарської діяльності без необхідності отримання документів дозвільного характеру, ліцензій тощо. Тобто у період воєнного стану перед початком діяльності підприємцю необхідно подати декларацію встановленої форми до Міністерства економіки, а у випадках здійснення охоронної діяльності – до Міністерства внутрішніх справ. Суб’єкт господарювання може подати декларацію незалежно від місця проживання чи провадження господарської діяльності в один із таких способів: 1) *в електронній формі* – через Єдиний державний веб-портал електронних послуг, зокрема, за допомогою мобільного додатку “Порталу Дія” (у разі подання декларації фізичною особою – підприємцем); 2) *у паперовій формі* – через центр надання адміністративних послуг (далі – ЦНАП). Подана через ЦНАП інформація підлягає подальшій передачі уповноваженим суб’єктам за допомогою засобів “Порталу Дія”, після чого декларація повертається заявнику. Суб’єкти господарювання,

² Про державно-приватне партнерство: Закон України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

³ Про внесення змін до деяких законів України щодо покращення управління у сфері електронних комунікацій: Закон України від 16 серпня 2022 р. № 2529-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2529-20#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

⁴ Про медіа: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2849-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2849-20#n2859>> (дата звернення: 16.05.2023).

⁵ Деякі питання забезпечення провадження господарської діяльності в умовах воєнного стану: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 березня 2022 р. № 314 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/314-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

які набули право на провадження господарської діяльності на підставі декларації, у разі відсутності відповідних дозвільних документів (документи дозвільного характеру, ліцензії та/або інші результати надання публічних послуг), невідкладно, але не пізніше трьох місяців після припинення чи скасування воєнного стану звертаються до відповідних органів ліцензування, дозвільних органів та суб'єктів надання публічних (електронних публічних) послуг і отримують відповідні дозвільні документи в порядку, строки та на умовах, передбачених законодавством, без зупинення (припинення) їх діяльності. На період воєнного стану зупиняється перебіг строків звернення за отриманням публічних послуг, визначених законодавством. З дня припинення чи скасування воєнного стану перебіг зазначених строків продовжується з урахуванням часу, що минув до їх зупинення. Строки дії діючих строкових ліцензій та документів дозвільного характеру автоматично продовжуються на період воєнного стану та три місяці з дня його припинення чи скасування, а періодичні, чергові платежі за ними відстрочуються на той же строк. Постанова справила відчутний дерегуляційний вплив щодо господарської діяльності, зокрема, замість близько 600 різних видів ліцензій та дозволів, чинними залишаються лише близько 50.

Водночас є низка винятків, серед яких – діяльність, пов'язана з радіоактивними та іншими небезпечними речовинами, видобутком корисних копалин, виробництвом лікарських засобів, зовнішньоекономічною діяльністю, організацією та проведенням азартних ігор, оцінкою відповідності щодо технічних регламентів тощо. Для цих видів діяльності порядок отримання дозвільних документів залишається незмінним, є певні особливості здійснення зазначених видів економічної діяльності, які є чинними на період дії воєнного стану в Україні. Зокрема, такі особливості передбачені пунктом 311 Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів)⁶, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 929 (п. 311 доповнено зазначені вище Ліцензійні умови на підставі Постанови Кабінету Міністрів України від 7 травня 2022 р. № 542⁷).

Крім того, як слушно наголошують економісти, варто забезпечити подальше зниження податкового навантаження на економіку, зокрема

⁶ Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів): затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 929 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929-2016-%D0%BF#n12>> (дата звернення: 16.05.2023).

⁷ Деякі питання провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів) у період дії воєнного стану: Постанова Кабінету Міністрів України від 7 травня 2022 р. № 542 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/542-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

через диференціацію податку на додану вартість (далі – ПДВ) (передусім впровадження нульової ставки на соціально значущі групи товарів), суттєвого зменшення податків на працю: Єдиного соціального внеску (далі – ЄСВ) та Податку на доходи фізичних осіб (далі – ПДФО) (принаймні для малого бізнесу), а також нівелювання митних бар'єрів або їх цілковита ліквідація (крім випадків захисту внутрішнього ринку від субсидованого імпорту чи імпорту з недружніх країн). Зворотною стороною пропонованих змін є *суттєве обмеження соціальних видатків та мінімізація бюджетного сектору економіки*. Це має стати другим пріоритетом економічної модернізації України. Війна показала, що соціальні програми не мають жодного значення, якщо країна не здатна захистити себе від зовнішньої агресії⁸.

У бізнес-середовищі набув поширення сервіс “Бізнес в умовах війни”, що містить усі актуальні програми підтримки бізнесу як від державних, так і міжнародних донорських організацій.

Заслуговує також на підтримку практика дії державної програми релокації бізнесу, яка пори всі труднощі практичної реалізації підтвердила свою ефективність. Суб'єкти господарювання, що мають намір переміститись до безпечних регіонів, отримують допомогу з логістики щодо підбору місць для розміщення їх виробничих потужностей, перевезення і розселення фахівців та їхніх родин, а також пошуку нових співробітників для забезпечення їхніх виробництв. Головною умовою для такого переїзду є наявність логістичної можливості без надмірної загрози для водіїв та залізничників, тому в зоні безпосередніх бойових дій і через гуманітарні коридори релокація не здійснюється. Важливо, що після прибуття на нове місце уповноважені працівники обласних адміністрацій, Державної служби зайнятості та Державної служби з питань праці мають завдання максимально допомогти та сприяти релокованому бізнесу в облаштуванні. Правовою основою реалізації програми релокації бізнесу в Україні є: Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про затвердження плану невідкладних заходів з переміщення у разі потреби виробничих потужностей суб'єктів господарювання з територій, де ведуться бойові дії та/або є загроза бойових дій, на безпечну територію”¹⁰ та Постанова Кабінету Міністрів України “Про особливості роботи акціонерного то-

⁸ В Борщевський, І Куропась, О Микона, ‘Економіка війни та повоєнний економічний розвиток України: проблеми, пріоритети, завдання’ (Громадський Простір, 13.04.2022) <<https://www.prostir.ua/?news=ekonomika-vijny-ta-povojenjnyj-ekonomichnyj-rozvytok-ukrajiny-problemy-priorytety-zavdannya>> (дата звернення: 16.05.2023).

⁹ Підтримка бізнесу в умовах війни <<https://business.diia.gov.ua/wartime>> (дата звернення: 16.05.2023).

¹⁰ Про затвердження плану невідкладних заходів з переміщення у разі потреби виробничих потужностей суб'єктів господарювання з територій, де ведуться бойові дії та/або є загроза бойових дій, на безпечну територію: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 березня 2022 р. № 246-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246-2022-%D1%80#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

вариства “Укрпошта” в умовах воєнного стану”¹¹, що регламентує безоплатне перевезення майна вітчизняних підприємств, установ та організацій згідно з переліком, який формується Міністерством економіки й передається до Міністерства інфраструктури. ДП “Прозорро. Продажі” за підтримки Міністерства цифрової трансформації України та експорту “Дія. Бізнес” інсталиували платформу цифрової трансформації з метою забезпечення допомоги щодо релокації бізнесу. Важливо, що пріоритетними в отриманні державної підтримки з релокації є підприємства стратегічно важливого значення, що виготовляють продукцію першої необхідності для забезпечення потреб військових, тероборони та цивільного населення, хоча ця програма є відкритою для усього без винятку бізнесу, що перебуває у зоні ризику й активних бойових дій, зокрема й зі штатом 10–20 осіб. Зауважимо, що реалізація програми з релокації вже підтвердила свою ефективність. До прикладу, ІТ-компанії швидко адаптувалися до роботи в нових умовах, провівши масову релокацію персоналу. Як зазначають експерти, попри війну продуктивність фахівців ІТ-компаній знизилася лише на 10 %. Вже на 30 серпня 2022 р.¹² від старту програми релокації 725 підприємств перемістились у безпечні регіони, з них 484 відновили свою діяльність на новому місці. Ще 284 компанії шукали придатну локацію або спосіб транспортування. Статистика свідчить, що найчастіше (29 %) підприємці обирають переїзд із регіонів активних бойових дій до Львівської області. Також бізнес переміщується до Закарпатської (18 %), Чернівецької (13 %), Тернопільської (8 %) та Хмельницької (7,6 %) областей. Найбільшою серед релокованих підприємств, які вже відновили свою діяльність, є частка компаній гуртової та роздрібної торгівлі – понад 40 % від загальної кількості, 30 % – переробної промисловості, 7 % – інформації й телекомунікацій, 6 % – професійної, наукової й технічної діяльності, 4 % – будівництва¹³. Сучасна економіко-правова наука фактично не має напрацювань щодо принципів організації “військової економіки” у таких складних умовах, в яких нині опинилася Україна, тому оперативний пошук способів покращення ситуації в національній економіці є об’єктивною потребою сьогодення. Беззаперечно, навіть в умовах війни бізнес повинен працювати там, де це можливо, платити податки і надавати країні ресурс для продовження оборони. Відтак забезпечення ефективної організації роботи підприємств, які

¹¹ Про особливості роботи акціонерного товариства “Укрпошта” в умовах воєнного стану: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 березня 2022 р. № 305 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/305-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 16.05.2023).

¹² ‘Релокація: 725 підприємств переїхали в безпечні регіони’ (Міністерство економіки України, 30.08.2022) <<https://www.kmu.gov.ua/news/relokatsiia-725-pidpriemstv-pereikhaly-v-bezpechni-rehiony>> (дата звернення: 16.05.2023).

¹³ ‘Огляд інструментів підтримки бізнесу в період воєнного стану в Україні (серпень 2022)’ <<https://niss.gov.ua/news/komentari-ekspertiv/ohlyad-instrumentiv-pidtrymky-biznesu-v-period-voyennoho-stanu-v-1>> (дата звернення: 17.05.2023).

переводять свої виробничі потужності на захід нашої держави, вимагає особливої уваги та підтримки з боку обласних військових адміністрацій. Переміщення виробництва не лише дає змогу налагодити бізнес-процеси й сприяє поповненню регіональних бюджетів. Особливо актуальною релокація є також із тієї точки зору, що разом із підприємствами територіально переміщується частина їх працівників, які на новому місці відразу матимуть змогу працевлаштування, а відповідно – отримання джерел фінансування для забезпечення життєдіяльності власної сім'ї, знижуючи при цьому навантаження на профільні фонди із соціального захисту наших громадян¹⁴.

Особливо важливу роль відіграють НБУ та державні банки, які стали основою для кредитування переходу держави на воєнні рейки.

Виклики, з якими нині стикнулася Україна, потребують посилення спроможності держави проводити стабілізаційні заходи. А це є можливим лише з підвищенням частки держави в економіці, що відповідно потребує й комплексного правового регулювання. На це вказує й нещодавній досвід проведених націоналізацій. Чи не найяскравіший приклад, попри його неоднозначні правові оцінки, – це проведене у листопаді 2022 р. примусове відчуження у власність держави акцій публічного акціонерного товариства “Укртатнафта”, акціонерного товариства “Мотор Січ”, приватного акціонерного товариства (далі – ПрАТ) “АвтоКрАЗ” та ПрАТ “Запоріжтрансформатор”. Акції вказаних підприємств були списані з рахунків приватних осіб та передані у власність держави. Відповідні заходи держави були пояснені військовою необхідністю, а активи були передані в управління Міністерства оборони України¹⁵. Наполягають на цьому й економісти¹⁶. Емпіричні дані однозначно свідчать на користь того, що країни з низькою часткою держави є більш вразливими до екстраординарних шоків і криз суверенного боргу. Чим більш розвинутою є країна, тим вищою в ній є частка держави. За даними Міжнародного валютного фонду, середня частка державних видатків у внутрішньому валовому продукті (далі – ВВП) серед бідних країн становить 20 % ВВП, серед країн що розвиваються (*EM – Emerging Markets*) – 30 % ВВП, серед розвинених країн – 40 % ВВП¹⁷. За останні 30 років у світі зафіксовано 57 випадків

¹⁴ Т. Шматковська, ‘Релокейт підприємств у систему допомоги бізнесу в умовах воєнного стану’ (Волинський національний університет імені Лесі Українки) <<https://vnu.edu.ua/uk/news/relokeyt-pidpryyemstv-u-sistemi-dopomohy-biznesu-v-umovakh-voynnoho-stanu>> (дата звернення: 17.05.2023).

¹⁵ Т. Бондарев, В. Наконечний, ‘Найбільша націоналізація воєнного часу: а якщо власники підуть до суду? Чи може Україна зіткнутися з міжнародними позовами від колишніх акціонерів “Укрнафти”, “Мотор Січ” та “АвтоКрАЗу”?’ (Економічна правда, 08.11.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/11/8/693598>> (дата звернення: 17.05.2023).

¹⁶ Б. Данилишин, ‘Яка частка держави в економіці потрібна Україні? До яких наслідків може призвести непередбачене зниження частки держави в економіці?’ (Економічна правда, 15.07.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/07/15/689200>> (дата звернення: 17.05.2023).

¹⁷ Expenditure by Functions of Government <<https://data.imf.org/?sk=5804c5e1-0502-4672-bdcd-671bcd565a9>> (accessed: 17.05.2023).

суверенного дефолту. 72 % з них відбулося у країнах із часткою держави в економіці нижче 30 % ВВП.

Показовим може бути в контексті нашого дослідження і досвід Шрі-Ланки. З початку 90-х років ця країна розпочала реалізацію стратегії на зниження частки держави в економіці. Економіка країни перебудовувалася під розвиток суто малого бізнесу. Оскільки належно оплачуваних робочих місць не вистачало, Шрі-Ланка стала постачальником трудових ресурсів для інших країн. Останні роки значною мірою жила із грошових переказів. Частку податкових доходів держави було скорочено з 20 до 10 % ВВП, що обумовило неспроможність держави адекватно реагувати на нові загрози без порушення фіскальної стійкості. Через пандемію коронавірусу 22 млн острівна країна залишилася без туристів. Це призвело до зупинки припливу іноземної валюти, якою країна розплачується за імпорт. Валютні резерви Шрі-Ланки скоротилися на 16,1 %, до 1,93 млрд доларів, у березні 2022 р. Зовнішній борг сягнув \$ 35 млрд. Війна в Україні призвела до стрімкого зростання цін на енергоносії. Інфляція у березні становила 17 %. У тому ж 2022 р. ця стратегія закінчилася для Шрі-Ланки дефолтом і найтяжчою в її історії економічною кризою.

Стратегія зниження частки держави дискредитувала себе і в розвинених країнах світу. Після кризи 2008–2009 рр. в Європейському Союзі (далі – ЄС) застосовувалася політика фіскальних рестрикцій як інструмент подолання макроекономічних дисбалансів. Однак наслідком такої політики стало гальмування темпів зростання, посилення нерівності, загострення соціальних проблем. При цьому зниження рівня державного боргу (одна з цілей “фіскального аскетизму”) так і не відбулося. Однозначно негативну оцінку результатів такої стратегії дали як міжнародні організації, так і представники науки¹⁸.

Необхідно враховувати, що під час війни держава не тільки фінансує воєнні витрати, а й значною мірою підтримує функціонування усього реального сектора економіки. Так, видатки бюджету у воєнний 2022 р. становили 2410 млрд грн. Тобто майже на трильйон більше, ніж планували витратити в мирний час. Сам бюджет виконали з фактичним дефіцитом – 909,5 млрд грн (а мав бути 1399,5 млрд грн). Найбільші видатки очікувано були у грудні 2022 р., коли закривалися всі борги, а саме 330,5 млрд грн. Платежі з погашення державного боргу за 2022 р. становили 448,6 млрд грн, платежі з обслуговування – 156,5 млрд грн¹⁹.

Як свідчать історичні дані, частка держави в економіці Ізраїлю в період воєнного протистояння перевищувала 75 % ВВП. Так, наприклад, на піку конфлікту з арабським світом у 1970-х роках оборона коштувала

¹⁸ Данилишин (н 16).

¹⁹ Я Железняк, “Бюджет війни. Як Україна фінансувала видатки у 2022 році?” (LB. UA, 05.01.2023) <https://lb.ua/economics/2023/01/05/541454_byudzheth_viyini_yak_ukraina_finansuvala.html> (дата звернення: 17.05.2023).

Ізраїлю понад 30 % ВВП. І це було щонайменше вдвічі більше за витрати на охорону здоров'я, освіти та соціальну підтримку населення загалом. Кожна війна має крім очевидної також і приховану ціну. Війни стримують розвиток бізнесу, туризму й торгівлі, відвертають людський капітал та відлякують інвесторів. Останнє навіть не рахується за витрати на війну, хоча в бізнесі часто кажуть “втратив можливість – витратив її”. Це означає, що війна б'є по ключових секторах економіки і збільшує ризики для потенційних інвесторів²⁰. Відтак роль держави стає визначальною, ключовою. Її не можна применшити, знівелювати. Однак збільшення ролі держави не знаходить досі ефективного унормування на законодавчому рівні.

Натомість окреслилася небезпечна тенденція до тотального роздержавлення, яке може бути започатковано проектом Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період (далі – Законопроект № 6013)²¹.

У разі відмови на законодавчому рівні від похідних правових титулів (господарського відання та оперативного управління), без введення адекватних та об'єктивно необхідних обмежувачів права розпорядження щодо об'єктів державної та комунальної власності, може відбутися у доволі стислі терміни тотальний перерозподіл власності. Законопроект № 6013 передбачає запровадження права власності на майно усіх юридичних осіб публічного права. Втрата чинності Господарським кодексом України (далі – ГК України)²² означатиме скасування обмежених речових прав на майно, якими володіють усі унітарні юридичні особи публічного права, починаючи від державних органів і закінчуючи державними комерційними підприємствами, державними установами та закладами (освіта, наука, охорона здоров'я, культура, Збройні сили тощо). Для усіх державних та комунальних організацій набуватимуть прямої дії положення ст. 329 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України): ‘Юридична особа публічного права набуває право власності на майно, передане їй у власність, та на майно, набуте нею у власність на підставах, не заборонених законом’²³. Правовий режим власності надає незрівнянно більші можливості для розпорядження майном державним та комунальним установам та організаціям, що може бути частково виправдано для

²⁰ О Вишняков, ‘Скільки Ізраїль витрачає на війну і скільки вона коштуватиме нам’ (*Економічна правда*, 14.12.2021) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2021/12/14/680652>> (дата звернення: 17.05.2023).

²¹ Проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період від 6 вересня 2021 р. № 6013 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/27618>> (дата звернення: 17.05.2023).

²² Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/436-15#Text>> (дата звернення: 17.05.2023).

²³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 17.05.2023).

комерційних підприємств (крім казенних), але є неприйнятним для державних органів, установ та організацій. Це фактично означатиме перерозподіл усієї державної власності між юридичними особами публічного права, позаяк двох власників на одне майно існувати не може. Як зазначає головне Науково-експертне управління Верховної Ради у висновку до Законопроекту № 6013,

згідно з ч. 1 ст. 10 Закону України “Про приватизацію державного і комунального майна” перетворення державних підприємств у господарські товариства є елементом механізму приватизації державного майна. Таким чином, реорганізація державних підприємств у господарські товариства, передбачена у ч. 1 ст. 22 проекту, створює як ризики втрати державною контролю за підприємствами, приватизація яких заборонена, що може мати негативні наслідки, в тому числі й щодо національної безпеки України, так і корупційні ризики щодо передачі контролю за такими державними підприємствами поза механізмом їх приватизації²⁴.

Все це може створювати ризик зменшення частки держави в економіці нашої країни.

Чомусь набула поширення думка, що за економічною ефективністю державна власність значною мірою поступається недержавним формам власності. Насамперед через те, що державна власність за внутрішньою сутністю є дещо забюрократизованою, передбачає наявність обмежень щодо реалізації повноваження на розпорядження нею, а отже, найменше піддається трансформації. І це не залежить від того, в якій економічній системі вона існує. Тим часом уявлення про роль державної власності були й залишаються неоднозначними. Межа державної власності рухлива, як правило, у бік скорочення²⁵. Проте у трансформаційний період штучне форсування процесу роздержавлення може призвести до негативних наслідків. Низка галузей, таких як паливно-енергетична, оборонно-промисловий комплекс, виробнича та соціальна інфраструктура тощо, можуть та повинні залишатися об'єктами державної власності.

До того ж, подобається це комусь чи ні, усвідомлюється чи ні, але логіка історичного розвитку така, що значимість фізичних осіб як засновників та власників юридичних осіб – суб'єктів господарювання знижується. Неухильно зменшується частка індивідуальних активів у власності на ресурси, звужується їхня реальна можливість керувати цією власністю. Суспільне виробництво все більше стає “економікою юридичних осіб”, в розпорядженні яких перебувають гігантські матеріальні та фінансові

²⁴ Висновок на проект Закону України “Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період” (Головне науково-експертне управління) <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/954407>> (дата звернення: 17.05.2023).

²⁵ В Рєзнікова, “Сталий розвиток національної економіки неможливий без економічного багатоманіття” Юридичний вісник України 12 (26 березня – 1 квітня 2021) 6–7.

ресурси. Подібна “деперсоніфікація власності” посилюється фактом відносно самостійних процесів зміни як найманих працівників (зокрема вищих керівників, менеджменту підприємств), так і власників пакетів акцій або часток реально функціонуючих компаній. Яскравим прикладом економіки такого типу є сучасна Японія, де корпорації вже не тільки визначають економічне і політичне життя суспільства, а й прямо впливають на добробут і соціальний статус людей. При цьому частка фізичних осіб у капіталі становить не більше чверті. Тому недоцільно сферу підприємництва урегульовувати виключно приватноправовими засобами. Це позбавлено перспективи на майбутнє.

Окремо зупинимося на висвітленні *перспектив повоєнної відбудови економіки*. Відновлення економіки, віддане на відкуп ринковим силам, а також виключно засобами приватноправового регулювання у межах ЦК України, не дасть позитивного результату. Потрібна цілеспрямована коригуюча роль держави. Потрібен комплексний підхід. Тим паче в умовах, коли економіка ослаблена такими факторами, як: руйнування системоутворюючих виробничих зв'язків унаслідок воєнної агресії Російської Федерації (фактично війна не припинялася з 2014 р.); втрата контролю над частиною території, втрата ринків збуту, людського ресурсу, доступу до корисних копалин, виробничих потужностей; порушення логістичних зв'язків тощо; низький платоспроможний внутрішній попит країни, рівень доходів в Україні за паритетом купівельної спроможності є найнижчим в Європі тощо. Передові економіко-правові дослідження свідчать²⁶: державні видатки є основною детермінантою забезпечення інклюзивного розвитку країни. Такі виклики сьогодення, як: воєнні загрози, пандемія, нерівний доступ населення до базових послуг, енергетична криза, зміни клімату тощо не можуть бути подолані без перегляду та посилення ролі держави в економіці. Концепція низької частки держави в економіці з позицій цивілізаційних викликів сьогодення є застарілою.

Перехід до розвиненої економіки – це насамперед формування конкурентного середовища. Останнє є там і тоді, де й коли формується багатокладна економіка, є різноманіття форм власності та господарювання, що утворюють економічний фундамент суспільної системи. Натомість від цього пропонує відмовитися за Законопроект № 6013. Найперше, дивує пропонована суспільству як нерадянська та надсучасна тенденція до відмови від економічного багатоманіття, багатоманітності форм власності та множинності організаційно-правових форм господарювання (щодо останніх пропонується їх вичерпний перелік закріпити у ЦК України), водночас країни розвинутих економік працюють над удосконаленням і підвищенням ефективності менеджменту багатоманіття (економічно-

²⁶ Данилишин (н 16).

го, політичного, ідеологічного тощо). Багатоманіття є якраз передумовою розвитку економіки. Безсумнівна та визнана цивілізованим світом перевага багатоманітності форм власності полягає в тому, що вона створює умови для економічного змагання різноманітних форм власності, їхньої конкуренції в умовах рівноправності. Тим самим форми чинників розвитку продуктивних сил і доводять свою ефективність. Як переконує досвід (і не лише вітчизняний, але й світовий), нині уже не можна зводити виробничі відносини тільки до приватновласницьких чи суспільних форм власності. Цей підхід надто спрощений і не відповідає реальному стану речей. У розвинених країнах реальне усупільнення призвело до глибинних змін форм власності, передусім на основі взаємопроникнення приватної та державної форм власності, до різноманітності їхніх форм. Звичайно, це не означає, що приватна власність зникла. Навпаки, приватна власність і раніше, і на сьогодні, має значне поширення в країнах з розвинутою економікою. Характер трансформаційного процесу в Україні змушує по-новому розглянути формування відносин власності, значення тих чи інших її форм у розвитку економічної системи країни²⁷.

Важливо зауважити також, що станом на лютий 2023 р. серед усіх юридичних осіб, зареєстрованих в Україні, суб'єкти господарювання складають близько 94 %, з них близько 20 % видів суб'єктів господарювання наразі не передбачені як суб'єкти за ЦК України. На них у разі скасування ГК України чекатимуть труднощі функціонування в умовах правової невизначеності з подальшою вимушеною реорганізацією шляхом перетворення через необхідність зміни організаційно-правової форми господарювання.

До реформування економіки не можна ставитись бездумно, огульно декодифікуючи господарське (економічне) законодавство, де і без того вже давно потребує вирішення проблема множинності та невзаємозгодуєності нормативно-правових актів. У сфері господарювання за даними Київського міжнародного інституту соціології (далі – КМІС) до війни було зайнято наразі близько десяти тисяч осіб, тобто приблизно 24 % населення країни, це при тому, що 32 % працівників компаній ще пару років (до початку пандемії) не були офіційно працевлаштованими (в умовах спершу пандемії, а потім повномасштабної війни, яка все ще триває, наявної кризи у бізнес-середовищі через перманентне виникнення тих чи інших труднощів та загроз, ця цифра не мала тенденції до зменшення, а відтак могла лише зрости разом із зростанням загальних показників безробіття в Україні).

Однією з реальних причин гальмування розвитку економіки в довоєнний період та під час війни було триваюче *зростання тіньового сектору*, що може зберегти динаміку і в період повоєнного відновлення.

²⁷ Резнікова (н 25).

Найбільш тінізованими секторами економіки є на сьогодні роздрібна торгівля та будівництво, надання ремонтно-будівельних послуг, де масштаби тіньової економіки під час війни перевищують 50 %²⁸. До основних видів тіньової діяльності в Україні відносяться: проведення готівкових операцій без обліку; приховування доходів або перебільшення видатків; виплати нелегальної заробітної плати; заниження ціни акцій корпорації (при оформленні продажу контрольного пакету); хабарі, “відкати”; відмивання коштів; підпільне виробництво; незаконна господарська діяльність; шахрайство; “чорні ринки” (незаконні ринки збуту). Основними причинами високого рівня тінізації української економіки є неефективний інституціональний базис регулювання підприємництва та незадовільні умови здійснення підприємницької діяльності, зокрема: недовіра до механізмів антикорупційного законодавства; неефективне адміністрування податків; суперечливість і дублювання законодавчої та нормативно-розпорядчої бази в окремих секторах; відсутність історичної практики дотримання норм і морально-етичних стандартів законослухняної поведінки під час здійснення господарської діяльності та сплати податків у суб’єктів господарювання²⁹. Засобами цивільно-правового регулювання цих проблем не вирішити.

Для повоєнного відновлення, відбудови та відродження економіки перспективне значення матиме *спрощення інвестиційних процедур*, вжиття заходів для заохочення іноземних інвестицій в економіку країни. Уряд нині спростив реалізацію проєктів зі значними інвестиціями³⁰ – із сумою фінансування від 20 млн євро і тривалістю реалізації до 5 років. Їх утілюватимуть за підтримки так званих “інвестнянь” у сферах: переробної промисловості, видобутку корисних копалин для подальшого збагачення, поводження з відходами, транспорту, логістики, освіти, охорони здоров’я тощо. Постанова Кабінету Міністрів України “Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України щодо інвестиційних проєктів із значними інвестиціями”³¹ спрощує підготовку техніко-економічного обґрунтування інвестиційного проєкту. Щоб зменшити навантаження на ініціаторів і пришвидшити отримання фінансування, змінився підхід до відбиття юридичного, соціального, організаційного аспектів реалізації проєкту. Також ініціаторами-заявниками інвестиційних проєктів

²⁸ Катерина Красовська, ‘Рівень тіньової економіки в Україні становить 50 %’ (*I-UA.tv*, 15.06.2022) <<https://i-ua.tv/news/44267-riven-tinovo-ekonomiky-v-ukraini-stanovyit-50protsent-ekspert>> (дата звернення: 18.05.2023); Наталя Мічківська, ‘Тіньова економіка: абсолютне зло чи порятунк під час війни’ (*Кенрейт Партнерс*, 14.06.2022) <<https://kp.ua/ua/economics/a651161-tinova-ekonomika-absolutne-zlo-chi-porjatunok-pid-chas-vijni>> (дата звернення: 18.05.2023).

²⁹ І Ангелко, Тіньова діяльність у господарській системі України (Посвіт 2014). 232.

³⁰ Реалізацію проєктів зі значними інвестиціями спрощено: рішення уряду (*Міністерство економіки України*, 09.08.2022) <<http://surl.li/dbmpw>> (дата звернення: 18.05.2023).

³¹ Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України щодо інвестиційних проєктів із значними інвестиціями: Постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2022 р. № 881 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/881-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 18.05.2023).

зможуть стати інститути спільного інвестування – така форма фінансування передбачає перерозподіл вкладень інвесторів спеціалізованими фондами. Цей формат привабливий для підприємців, адже дає змогу вигідно спрямувати їхні фінансові потоки. Передбачено також зменшення термінів розгляду проєктів, що їх фінансують міжнародні фінансові організації. За умови, що кредитний договір уже підписаний, строк оцінки інвестиційних проєктів становить 45 днів. Механізм “інвестнянь” має дуже важливе значення для відновлення України, вважають у Мін-економіки³². Інвестори можуть на вигідних умовах профінансувати такі інфраструктурні проєкти, як: будівництво заводів, терміналів, нових освітніх об’єктів, рекреаційних зон тощо. Крім того, держава звільнила від сплати певних податків та зборів, оподаткування нового обладнання ввізним митом, а також забезпечує інвесторів земельними ділянками й потрібною інфраструктурою.

Політичні заяви на найвищому міжнародному рівні актуалізували питання необхідності швидкого залучення в Україну інвестицій через впровадження спеціальної Урядової програми “інвестняня”. Загалом ідея проєкту полягає у наданні індивідуального підходу та особливих державних гарантій кожному іноземному інвестору.

Світовий досвід переконує, що активний економічний розвиток сучасної держави безпосередньо пов’язаний із залученням, ефективним використанням та захистом майнових інтересів інвесторів. Накопичувальний національний або іноземний капітал всередині держави у формі інвестицій сприяє заходам макроекономічної стабільності. З огляду на це надання впевненості інвесторам у їх захисті стає пріоритетом держави.

Зрозуміло, що однією з основних проблем, яка вимагає негайного вирішення, при здійсненні інвестиційної діяльності, є виникнення інвестиційних ризиків. Як правило, вони призводять до недосягнення запланованих цілей інвестування та отримання грошових збитків суб’єктами інвестиційної діяльності. Ефективне управління інвестиційними ризиками допоможе ідентифікувати слабкі місця ще на початку реалізації інвестиційного проєкту. Тому в цілях уникнення небажаних результатів інвесторам необхідно виявити інвестиційний ризик, проаналізувати та оцінити наслідки від настання ризикової події та розробити заходи, що допоможуть мінімізувати негативний вплив від реалізації інвестиційного ризику та надати впевненості інвесторам³³.

В умовах повоєнного відновлення економіки питання впевненості інвестора при здійсненні інвестиційної діяльності виходить на перший план, адже включає у себе низку важливих елементів: незалежність су-

³² Реалізацію проєктів зі значними інвестиціями спрощено: рішення уряду (н 30).

³³ І Греськів, Н Стасюк, О Дорош, ‘Характеристика інвестиційних ризиків та особливості процесу управління ними’ (2015) 5 Ефективна економіка <<http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4052>> (дата звернення: 18.05.2023).

дової гілки влади, відповідність вітчизняного законодавства законодавству ЄС у частині регулювання захисту інвестицій, наявність законодавчо закріплених гарантій виконання інвестиційних зобов'язань з обох сторін, надання гарантій від некомерційних ризиків і надання технічної підтримки у сфері інвестиційних проєктів і, найголовніше, захист майнових інтересів інвесторів в ефективний спосіб, який можна досягти страхуванням.

У сучасному світі страхування визнається найдієвішим інструментом захисту майнових інтересів інвесторів та є особливим засобом убезпечення інвестиційної безпеки. Страхування цього виду спрямоване на убезпечення інвестиційних ризиків, які, передусім пов'язані із вкладенням капіталу. Ризики здебільшого містять у собі такі підвиди: ризик упущеної вигоди, ризик зниження прибутковості, ризики прямих фінансових втрат тощо³⁴. Отже, інструментом залучення інвестицій у повоєнну економіку України має стати страхування інвестиційних ризиків як надійний механізм їх мінімізації та надання впевненості суб'єктам, що їх здійснюють.

Перспективним, на нашу думку, є внесення змін до Господарського процесуального кодексу України³⁵ (або викладення його в новій редакції) з метою оптимізації та підвищення ефективності захисту прав суб'єктів господарювання (зокрема й інвесторів), задля пришвидшення та відповідно скорочення строків розгляду господарських спорів, що мають особливе значення для економіки. Господарські спори мають свою незаперечну специфіку, а відтак і господарський процес має всі особливості економічних відносин враховувати. Економічні за своєю природою спори повинні мати своїм пріоритетом швидкість їх розгляду, оскільки будь-яке затягування судового розгляду тягне за собою фінансові та майнові втрати суб'єктів господарювання. Як свідчать опитування, 93 % представників бізнесу вважають, що влада має провести справжню та ефективну судову реформу, гарантувати верховенство права та викоринити корупцію³⁶. Ці традиційні довоєнні проблеми, найімовірніше, знову стануть актуальними ще до закінчення війни і, звісно, після її завершення, тому важливо продемонструвати прогрес уже зараз, впроваджуючи реформи для вирішення цих питань, і навіть не чекати, поки закінчиться війна.

Так, наприклад, *Уряд анонсував запуск Програми підтримки машинобудівної промисловості* через гарантування участі виробників вітчизняної

³⁴ Т. Баланська, М. Постан, 'Сучасні методи управління інвестиційними ризиками' (2014) 4 Розвиток методів управління та господарювання на транспорті 53–66.

³⁵ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 18.05.2023).

³⁶ Є. Григоренко, М. Шніцер, 'Як після війни Україна має відновлювати економіку та бізнес. Велике дослідження' (*Forbs*, 15.12.2022) <<https://forbes.ua/money/yak-pisslya-viyni-ukraina-mae-vidnovlyuvati-ekonomiku-ta-biznes-velike-doslidzhennya-deloitte-15122022-10501>> (дата звернення: 18.05.2023).

продукції в електронних торгах³⁷. Програму реалізовуватимуть за допомогою інструмента локалізації, що передбачає вимоги до походження продукції, яку продають через систему “Prozorro”. Це, як очікується, має стимулювати попит на продукцію машинобудівної промисловості, сформувати нові робочі місця, збільшити податкові надходження до бюджету, вплинути на зростання ВВП і сприяти швидшому відновленню української економіки. З метою втілення програми ухвалено порядок підтвердження частки вітчизняних складників у продукції. До участі у публічних закупівлях допускають товари, у яких не менше 10 % внутрішнього складника вироблено на території України. Ці вимоги поширюються на такі види продукції: автомобілі швидкої допомоги, пожежні авто, електробуси, деякі деталі (як-от двигуни, турбіни, насоси та компресори тощо). Вимоги не поширено на продукцію тих країн, з якими Україна підписала Угоду про вільну торгівлю, а також на товари учасників Угоди про державні закупівлі. Це, зокрема, країни ЄС, Японія, США, Південна Корея, Сінгапур, Гонконг, Канада (вичерпний перелік країн та порогові значення публікують на офіційному сайті Міністерства економіки України). Крім того, Уряд затвердив порядок моніторингу дотримання вимог щодо ступеня локалізації виробництва³⁸. Його раз на пів року здійснює Міністерство економіки України для мінімізації ризиків³⁹.

Наведені вище ризики повоєнного періоду можна убезпечити через кодифікацію економічного законодавства, через ухвалення Економічного кодексу України, обговорення розробки і прийняття якого, не відбувається навіть на рівні проєкту. Вказане можна визначити як правову лакуну, яка потребує негайного усунення⁴⁰. Досягти належного рівня повоєнної відбудови економіки можливо лише в умовах тотальної правової (юридичної) визначеності та легітимних очікувань основних засад економіки з урахуванням сучасних (воєнних і повоєнних) реалій життєдіяльності нашої держави.

На переконливу думку фахівців (як учених, так і практиків), одним із фундаментальних національних інтересів України є сталий розвиток національної економіки, який можливо забезпечити виключно за наяв-

³⁷ Уряд запускає програму підтримки машинобудівної промисловості (Мінекономіки, 03.08.2022) <<https://www.me.gov.ua/News/Print?lang=uk-UA&id=042f6721-dd6f-4372-9781-59ea56c09d01>> (дата звернення: 18.05.2023).

³⁸ Порядок проведення моніторингу дотримання вимог щодо ступеня локалізації виробництва предметів закупівлі, внесених до переліку товарів, що є предметом закупівлі, з підтвердженням ступенем локалізації виробництва: затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 2 серпня 2022 р. № 861 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/861-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 18.05.2023).

³⁹ Щодо здійснення закупівель товарів з визначенням ступенем локалізації: лист Міністерства економіки України від 14 листопада 2022 р. № 3311-05_74721-06 <<https://infobox.prozorro.org/articles/shchodo-zdiysnennya-zakupivel-tovariv-z-viznachenim-stupenem-lokalizacii>> (дата звернення: 18.05.2023).

⁴⁰ Н. Пацурія, ‘Кодифікація господарського (економічного) законодавства з позицій економічного аналізу права: нарративний аналіз’ (Судебно-юридическая газета, 23.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/blog/157373-kodifikatsiya-gospodarskogo-ekonomichnogo-zakonodavstva-z-pozitsiy-ekonomichnogo-analizu-prava-narrativny-analiz>> (дата звернення: 18.05.2023).

ності дієвого механізму правового регулювання, орієнтованого на створення сприятливих умов для ведення бізнесу, що обумовлює наявність системоутворюючого, комплексного, сучасного кодифікованого акта⁴¹.

На переконання В. Мамутова, кодифікація створює можливість здійснення зазначеного вище синтезуючого підходу за допомогою поєднання прихильності до власного досвіду з урахуванням досягнень світової цивілізації, особливо у сфері регулювання економічних відносин. Наявність системоутворюючих кодексів створює можливість нарощування цих стрижневих, основних законів, уточнення їх положень у зв'язку з розвитком суспільства замість нескінченного видання безлічі нових законів. Велика кількість законів сама собою не дає можливості забезпечити системне несуперечливе, прозоре правове регулювання. Велика кількість переходить у негативну якість законодавства, підриває його ефективність, ступінь реалізації⁴². Здійснюючи аналіз кодифікаційної діяльності, О. Рогач наголошує, що кодифікація як найбільш досконала форма систематизації законодавства сприяє посиленню стабільності законодавства, ліквідації колізій, створенню чіткої, заснованої на науковому підґрунті системи нормативних актів. Вона є правовим фундаментом для побудови укрупнених нормативних блоків, кодифікаційних систем. У процесі здійснення кодифікаційної діяльності стає можливим вирішення таких взаємопов'язаних завдань, як удосконалення змісту і форми законодавства, а також забезпечення відносної стабільності його форми та змісту⁴³.

Враховуючи ці висновки, автор виокремлює такі функції кодифікаційної діяльності: 1) вдосконалення форми законодавства, яка полягає у пошуку оптимальних форм кодифікаційних актів, розробці класифікаційних властивостей актів кодифікаційного характеру, що, зі свого боку, надає можливість визначити особливості та дослідити шляхи їх удосконалення. Слід зауважити, що на сучасному етапі одним із визначальних завдань кодифікаційної діяльності є перш за все вирішення проблеми множинності актів та приписів, які діють за одними і тими ж питаннями; 2) вдосконалення змісту законодавства, метою якого є усунення прогалин у законодавстві, розбіжностей між окремими його нормами; ліквідація колізій, дублювань, скасування застарілих нормативно-правових приписів; удосконалення діючих інститутів права; 3) функція стабілізації законодавства виявляється у закріпленні у кодифікаційному акті як результаті кодифікації лише стабільних норм, що розраховані на досить тривалий період часу. Це, зі свого боку, надасть можливість забезпечити стабільність у регулюванні суспільних відносин, юридичну цілісність

⁴¹ В Мамутов, *Економика и право: сборник научных трудов* (Юринком Интер 2003) 544.

⁴² В Мамутов, 'Повніше використовувати техніко-юридичні засоби удосконалення законодавства' (2008) 2 *Право України* 3–9.

⁴³ О Рогач, 'Кодифікаційні акти в системі законодавства України' (автореф дис канд юрид наук, 2003) 20.

і впорядкованість законодавства, підвищити рівень ефективності реалізації правових норм; 4) фундаментальна, яка полягає у тому, що під час кодифікаційних робіт розробляються нормативні приписи, які регулюють важливу, досить широку сферу суспільних відносин. Натомість кодифікаційні акти, що містять ці приписи, зумовлюють ієрархію актів відповідної галузі, стають нормативною основою для створення внутрішньо-галузевої системи⁴⁴.

Викладене доводить доцільність кодифікації економічного законодавства України з огляду на наявність певних передумов, що об'єктивно склалися: 1) необхідність стабільності, внутрішньої єдності та максимальної відповідності економічного законодавства й економічного права; 2) необхідність узгодження практики застосування економічного законодавства з науковим підходами обґрунтування такої кодифікації; 3) обов'язковість забезпечення системного підходу до формування економічного законодавства.

У зв'язку з цим ще раз варто звернути увагу на той факт, що ініціатива законодавця щодо скасування ГК України, без подальшої кодифікації економічного законодавства, – може призвести до негативного соціально-економічного ефекту в країні в повоєнний період⁴⁵.

Сучасні наукові школи господарського права пропонували і пропонують законодавцю різні підходи до вирішення означеної проблеми: внесення змін і доповнень до чинного ГК України, викладення ГК України у новій редакції, ухвалення нового Комерційного/Економічного кодексу України.

Проте пануючою є головна ідея – кодифікації господарського/економічного законодавства, завдяки якій є можливість, зокрема: посилити правове забезпечення оптимального поєднання державного регулювання економіки і саморегуляції, наблизити господарське законодавство України з інкорпорованим господарським правом ЄС, забезпечити баланс приватних і публічних інтересів у сфері економіки. Викладене доводить, що функціонування нормального господарського обороту в повоєнний період, належного здійснення господарської діяльності різних організаційних форм, форм власності, різноманітних товарних ринків і сфер економіки, можливе лише за допомогою господарсько-правового регулювання, яке має бути у “сконцентрованому”, кодифікованому вигляді регулювати загальні і спеціальні питання здійснення господарської діяльності як такої, так і її окремих видів враховуючи їхню специфіку.

Проведення модернізації економічного законодавства сприятиме покращенню умов ведення економічної діяльності в Україні, загального соціально-економічного стану країни, підвищенню її позицій у рейтингу

⁴⁴ Рогач (н 43).

⁴⁵ Пацурія (н 40).

“Doing Business”. Зокрема, дасть змогу забезпечити: досягнення правової визначеності основних засад економічної діяльності з урахуванням сучасних економічних реалій в умовах наближення законодавства України до права ЄС у повоєнний період; упорядкованість організації і здійснення економічної діяльності на більш високому рівні; взаємоузгодженість нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері економіки, відповідність законодавства сучасним потребам суб’єктів господарювання; підвищення рівня ділової активності суб’єктів економічної діяльності, дотримання ними правил провадження цієї діяльності, розширення кола таких суб’єктів; оптимальне поєднання державного регулювання і ринкової саморегуляції економіки, збалансування публічних і приватних інтересів в економічній сфері; системне усунення корупційних ризиків в економічних відносинах у повоєнний період; розвиток добросовісної конкуренції, створення сприятливого інвестиційного клімату та утримання макроекономічної стабільності; посилення дієвості захисту прав та інтересів суб’єктів господарювання; єдність відповідної правозастосовної (зокрема судової) практики; зменшення кількості економічних правопорушень, господарських спорів, які підлягають судовому розгляду; виведення принципів господарювання на рівень дієвих інструментів вирішення господарських спорів тощо.

На доцільність модернізації та збереження кодифікації як оптимальної форми систематизації економічного законодавства вказують, зокрема:

- стійка інтегрованість базових положень ГК України у систему національного законодавства (на сьогодні понад 300 базових чинних законів оперують термінологією, що розкривається у ГК України (“суб’єкт господарювання”, “господарська діяльність” та ін.), містять норми, які безпосередньо кореспондують із положеннями цього Кодексу; більш ніж 40 базових законів містять пряме посилання на ГК України);

- необхідність забезпечення стабільності і послідовності у розвитку господарського (економічного) законодавства, збереження та подальшого вдосконалення низки раніше прийнятих норм такого законодавства, ефективність яких підтверджена практикою;

- позитивний досвід європейських країн, де прийнято економічні (комерційні, підприємницькі, торгові) кодекси;

- потреба адаптації господарського (економічного) законодавства України до права ЄС, удосконалення національного законодавства відповідно до зобов’язань, визначених Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони⁴⁶;

⁴⁶ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення).

– необхідність підвищення позицій України у рейтингу Світового банку “*Doing Business*”, серед показників якого враховуються стабільність і осучаснення господарського (економічного) законодавства у повоєнний період;

– потреба закладення стійких, розрахованих на тривале застосування моделей організації та здійснення господарської (економічної) діяльності (її регулювання), що в умовах динамічного розвитку економічних відносин певною мірою попереджуватиме виникнення прогалин у їх правовому регулюванні;

– наявність багаторічних наукових напрацювань в галузі господарського (підприємницького, комерційного, корпоративного, конкурентного, інвестиційного) права та достатньої кількості досвідчених науковців і практиків, здатних долучитися до проведення модернізації⁴⁷.

Висновки. У повоєнний період необхідним є продовження започаткованого курсу на мінімізацію регуляторного впливу владних інституцій на операційне функціонування економіки. Для повоєнного періоду критично важливим є забезпечення державою суб’єктам господарювання можливостей ефективного здійснення економічної діяльності. Держава має цілий арсенал інструментів як економічної, так і правової політики, здатних стимулювати створення нової доданої вартості та генерувати мультиплікативний ефект в економіці: інвестиції у нові робочі місця в пріоритетних сферах економіки; державно-приватне партнерство; державна допомога суб’єктам господарювання; державні гарантії за кредитами та компенсація кредитних процентних ставок; публічні закупівлі, зокрема оборонні; націоналізація системно важливого бізнесу, якому загрожує банкрутство; стимулювання імпортозаміщення та релокації бізнесу, зокрема виробництва, тощо.

Гостра потреба у залученні інвестиційних ресурсів стане актуальною проблемою українських економічних реалій повоєнного періоду. Надзвичайно важливим в умовах повоєнного відновлення економіки нашої держави є питання впевненості інвестора при здійсненні інвестиційної діяльності, яка комплексно залежить від багатьох факторів: відповідність вітчизняного законодавства законодавству ЄС у частині регулювання захисту інвестицій, незалежність судової гілки влади, наявність законодавчо закріплених гарантій виконання інвестиційних зобов’язань з обох сторін, надання гарантій від некомерційних ризиків і надання технічної підтримки у сфері інвестиційних проектів і, найголовніше, захист майнових інтересів інвесторів. В ефективний спосіб захист майнових інтересів інвесторів можна забезпечити шляхом страхування. З огляду на зазначене вище одним з інструментів залучення інвестицій у повоєнну економіку України має стати страхування інвестиційних ризиків як

⁴⁷ Пацурія (н 40).

надійний механізм їх мінімізації та надання впевненості суб'єктам, що її здійснюють.

Своєчасним і необхідним є внесення змін до Господарського процесуального кодексу України (або викладення його в новій редакції) з метою оптимізації та підвищення ефективності захисту прав суб'єктів господарювання (зокрема й інвесторів), задля пришвидшення та відповідно скорочення строків розгляду господарських спорів, що мають особливе значення для економіки.

Не викликає сумніву, що реальне вдосконалення правового регулювання економічних правовідносин залежить від вдосконалення економічного законодавства та розробки і прийняття Економічного кодексу України, інкорпорації до нього положень законів, які мають врегульовувати відносини у сфері економіки у повоєнний період. Існує доцільність кодифікації економічного законодавства України з огляду на наявність певних передумов, що об'єктивно склалися: 1) необхідність стабільності, внутрішньої єдності та максимальної відповідності економічного законодавства і економічного права; 2) необхідність узгодження практики застосування економічного законодавства з науковим підходами обґрунтування такої кодифікації; 3) обов'язковість забезпечення системного підходу до формування економічного законодавства.

Відтак, на нашу думку, необхідно:

– зберегти і поглибити (модернізувати) кодифікацію економічного законодавства, оскільки досягнути завдань та цілей, які сьогодні поставили перед Україною неможливо виключно цивільно-правовими засобами в рамках приватноправового регулювання;

– щоб інтереси країни та її економіки, економічна безпека та економічний суверенітет України, були пріоритетними в законотворчому процесі.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Anhelko I, *Tinova diialnist u hospodarskii systemi Ukrainy* (Posvit 2014) (in Ukrainian).
2. Mamutov V, *Jekonomika i pravo: sbornik nauchnyh trudov* (Jurinkom Inter 2003) (in Russian).

Journal articles

3. Balanska T, Postan M, 'Suchasni metody upravlinnia investytsiynymy ryzykamy' (2014) 4 *Rozvytok metodiv upravlinnia ta hospodariuvannia na transporti* 53–66 (in Ukrainian).
4. Hreskiv I, Stasiuk N, Dorosh O, 'Kharakterystyka investytsiinykh ryzykiv ta osoblyvosti protsesu upravlinnia nymy' (2015) 5 *Efektivna ekonomika* <<http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4052>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).

5. Mamutov V, 'Povnishe vykorystovuvaty tekhniko-iurydychni zasoby udoskonalennia zakonodavstva' (2008) 2 Pravo Ukrainy 3–9 (in Ukrainian).

Theses

6. Rohach O, 'Kodyfikatsiini akty v systemi zakonodavstva Ukrainy' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2003) (in Ukrainian).

Newspaper articles

7. Bondariev T, Nakonechnyi V, 'Naibilsha natsionalizatsiia voiennoho chasu: a yakshcho vlasnyky pidut do sudu? Chy mozhe Ukraina zitknutysia z mizhnarodnymy pozovamy vid kolyshnykh aktsioneriv "Ukrnafty", "Motor Sichi" ta "AvtoKrAZu"? (Ekonomichna pravda, 08.11.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/11/8/693598>> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).
8. Borshchevskyi V, Kuropas I, Mykono O, 'Ekonomika viiny ta povoiennyi ekonomichni rozvytok Ukrainy: problemy, priorityty, zavdannia' (Hromadskyi Prostir, 13.04.2022) <<https://www.prostir.ua/?news=ekonomika-viiny-ta-povojennyj-ekonomichnyj-rozvytok-ukrajiny-problemy-priorityty-zavdannya>> (accessed: 16.05.2023) (in Ukrainian).
9. Danylyshyn B, 'Iak derzhava mozhe pidtrymaty biznes v umovakh viiny' (Ekonomichna pravda, 20.03.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/03/20/684363>> (accessed: 16.05.2023) (in Ukrainian).
10. Danylyshyn B, 'Iaka chastka derzhavy v ekonomitsi potrebnia Ukraini? Do yakykh naslidkiv mozhe pryvesty neprodumane znyzhennia chastky derzhavy v ekonomitsi?' (Ekonomichna pravda, 15.07.2022) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2022/07/15/689200>> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).
11. Hryhorenko Ye, Shnitser M, 'Iak pislia viiny Ukraina maie vidnovliuvaty ekonomiku ta biznes. Velyke doslidzhennia' (15.12.2022) <<https://forbes.ua/money/yak-pisslya-viyni-ukraina-mae-vidnovlyuvaty-ekonomiku-ta-biznes-velike-doslidzhennya-deloitte-15122022-10501>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
12. Krasovska K, 'Riven tinovoi ekonomiky v Ukraina stanovy 50 %' (15.06.2022) <<https://i-ua.tv/news/44267-riven-tinovoi-ekonomiky-v-ukraini-stanovy-50protsent-ekspert>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
13. Michkovska N, 'Tinova ekonomika: absolutne zlo chy poriatunok pid chas viiny' (Kepreit Partners, 14.06.2022) <<https://kp.ua/ua/economics/a651161-tinova-ekonomika-absolutne-zlo-chi-porjatunok-pid-chas-vijni>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
14. Patsuriia N, 'Kodyfikatsiia hospodarskoho (ekonomichnoho) zakonodavstva z pozytsii ekonomichnoho analizu prava: narratyvnyi analiz' (23.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/blog/157373-kodifikatsiya-gospodarskogo-ekonomichnogo-zakonodavstva-z-pozitsiy-ekonomichnogo-analizu-prava-narrativnyi-analiz>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
15. Rieznikova V, 'Stalyi rozvytok natsionalnoiekonomiky nemozhlyvy bez ekonomichnoho bahatomanittia' Yurydychnyi visnyk Ukrainy 12 (26 bereznia – 1 kvitnia 2021) 6–7 (in Ukrainian).
16. Shmatkovska T, 'Relokeit pidpriemstv u systemu dopomohy biznesu v umovakh voiennoho stanu' (Volynskyi natsionalnyi universytet imeni Lesi Ukrainky) <<https://vnu.edu.ua/uk/news/relokeyt-pidpriemstv-u-systemi-dopomohy-biznesu-v-umovakh-voyennoho-stanu>> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).
17. Vyshniakov O, 'Skilky Izrail vytrachaie na viinu i skilky vona koshtuvatyme nam' (Ekonomichna pravda, 14.12.2021) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2021/12/14/680652>> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).

18. Zhelezniak Ya, 'Biudzheth viiny. Yak Ukraina finansovala vydatky u 2022 rotsi?' (LB.UA, 05.01.2023) <https://lb.ua/economics/2023/01/05/541454_byudzheth_viyni_yak_ukraina_finansovala.html> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).

Websites

19. Ohliad instrumentiv pidtrymky biznesu v period voiennoho stanu v Ukraini (serpen 2022) <<https://niss.gov.ua/news/komentari-ekspertiv/ohlyad-instrumentiv-pidtrymky-biznesu-v-period-voyennoho-stanu-v-1>> (accessed: 17.05.2023) (in Ukrainian).
20. Uriad zapuskaie prohramu pidtrymky mashynobudivnoi promyslovosti (*Minekonomiky*, 03.08.2022) <<https://www.me.gov.ua/News/Print?lang=uk-UA&id=042f6721-dd6f-4372-9781-59ea56c09d01>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
21. Realizatsiiu proektiv zi znachnymy investytsiiamy sproshcheno: rishennia uriadu (*Ministerstvo ekonomiky Ukrainy*, 09.08.2022) <<http://surl.li/dbmpw>> (accessed: 18.05.2023) (in Ukrainian).
22. Relokatsiia: 725 pidpriemstv pereikhaly v bezpechni rehiony (*Ministerstvo ekonomiky Ukrainy*, 30.08.2022) <<https://www.kmu.gov.ua/news/relokatsiia-725-pidpriemstv-pereikhaly-v-bezpechni-rehiony>> (accessed: 16.05.2023) (in Ukrainian).

Viktoriia Rieznikova
Nino Patsuriia
Iryna Kravets

INFLUENCE OF THE STATE ON THE ECONOMY
IN THE POST-WAR PERIOD:
CONCEPTUAL FOUNDATIONS OF PROSPECTS
FOR LEGAL REGULATION

ABSTRACT. For the post-war development of Ukraine's economy, it is critically important for the state to provide business entities with opportunities for effective economic activity, and therefore the state's influence on economic development is a matter of particular relevance. In the post-war period, it is necessary to continue the policy of minimizing the regulatory impact of government institutions on the operational functioning of the economy. The challenge of the Ukrainian economic realities of the post-war period will be the need to attract investment resources into the economy of our country. In view of the above, the study of the state's influence on the economy in the post-war period and its legal support is timely and relevant.

The purpose of the article is to outline the conceptual foundations of the prospects for legal regulation of the state's influence on the economy of Ukraine in the post-war period.

The article describes the declarative principle of acquiring the right to conduct economic activity without the need to obtain permits, licenses, etc. The author defines the procedure for legal support of the state program of business relocation, which has proved to be effective. The article proves that an increase in the state's ability to carry out stabilization measures both during the war and in the post-war period is possible only with an increase in the state's share in the economy, which, accordingly, requires comprehensive legal regulation. The author illustrates the experience of foreign countries in implementing a strategy to reduce the share of the state in the economy, which had mostly negative consequences for the economic development of the respective countries.

The author substantiates that economic recovery left to market forces and private law regulation alone will not yield a positive result, and that a targeted corrective role of the state is required.

For the post-war recovery of the Ukrainian economy, it is necessary to create conditions for the development of investment activity in our country. The active economic development of a modern state is directly related to the attraction, efficient use and protection of investors' property interests. The accumulation of national or foreign capital within the country in the form of investments contributes to macroeconomic stability measures, and therefore, providing investors with confidence in their protection becomes a priority for the state.

The article proves that the real improvement of the legal regulation of economic legal relations depends on effective economic legislation and the development and adoption of the Economic Code of Ukraine, incorporating the provisions of laws that should regulate relations in the field of economy in the post-war period. The author identifies the objectively existing prerequisites which prove the expediency of codification of economic legislation of Ukraine.

KEYWORDS: economic activity; regulatory impact; martial law; business entity; economic recovery.



Оксана Кашинцева

кандидатка юридичних наук, доцентка,
завідувачка відділу досліджень прав
інтелектуальної власності
та прав людини в сфері охорони здоров'я
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
НАПрН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2598-5614>
Researcher ID: Id scopus 57215503399
kashyntseva@ukr.net

Сергій Кондратюк

LL.M, проектний менеджер з інтелектуальної власності
та доступу до лікарських засобів International Treatment
Preparedness Coalition Global (ITPC)
(Київ, Україна)
ORCID-ID: <https://orcid.org/0009-0006-3950-8217>
sergiy.kondratyuk@gmail.com



УДК 347.7

ВИКОРИСТАННЯ МЕДИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ ПІД ЧАС ВІЙНИ: ВИНЯТОК ІЗ БЕЗПЕКИ УГОДИ ТРІПС СВІТОВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ТОРГІВЛІ

Анотація. Актуальність проведеного дослідження обумовлена сучасними викликами до постачання лікарських засобів та їх вартості на фоні величезних втрат загиблими та пораненими серед військових і мирного населення, зниження доходів населення та надзвичайно важкої ситуації з дефіцитом державного бюджету в Україні. Права інтелектуальної власності, обмежуючи конкуренцію на ринку, сприяють утриманню високих цін на лікарські засоби та обмеженню джерел постачання ліків. Водночас за відсутності патентних бар'єрів для доступу на ринок дешевших генеричних версій лікарських засобів можуть бути досягнуті оптимальні ціни та можливості для постачання, що дасть можливість охопити лікуванням більше пацієнтів.

Мета статті – дослідити дозволені міжнародним правом шляхи обмеження прав інтелектуальної власності у межах Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності Світової організації торгівлі (Угода ТРІПС СОТ), які є найбільш ефективними в умовах повномасштабної війни, що потенційно сприятиме формулюванню окремих пропозицій з удосконалення законодавства України в означеній сфері.

У межах статті описані основні наявні в міжнародному праві інтелектуальної власності механізми обмеження прав інтелектуальної власності, так звані “гнуч-

кі положення ТРІПС”, які здатні забезпечити оптимальний доступ населення до лікарських засобів та забезпечити баланс між приватними правами інтелектуальної власності й інтересами суспільства. Визначено, що найбільш ефективним та зручним для імплементації в умовах війни буде застосування винятку з безпеки згідно зі ст. 73 Угоди ТРІПС СОР.

Проведено аналіз практики застосування іншими країнами винятку з міркувань безпеки у межах розгляду спорів Органом врегулювання спорів СОР. Відповідно до двох справ, які розглядалися, було описано тест для обґрунтування легітимності застосування винятку з безпеки країнами – учасницями СОР, які застосував Орган врегулювання спорів, та проаналізовано потенційну відповідність поточної ситуації в Україні вимогам зазначеного тесту.

У висновках за результатами дослідження визначено напрям для подальшого удосконалення законодавства України у сфері інтелектуальної власності з урахуванням вимог Угоди ТРІПС СОР.

Ключові слова: інтелектуальна власність; гнучкі положення; ТРІПС; лікарські засоби; виняток з безпеки.

У зв’язку з війною, яка призвела до десятків тисяч загиблих і поранених серед військових¹ і мирного населення², спостерігається зростання потреби у лікарських засобах та медичних виробів для потреб Збройних Сил України (далі – ЗСУ) та мирного населення. Водночас звичайні шляхи постачання лікарських засобів та медичних виробів було порушено не тільки на окупованих і прифронтових територіях³, а й через обмеження повітряного сполучення України, яке було одним з основних шляхів імпорту лікарських засобів для потреб держави. Крім того, через бойові дії постраждали (зі збереженням подальшого ризику) складські приміщення та виробничі потужності національних фармацевтичних виробників та дистриб’юторів⁴. Через вторгнення Російської Федерації (далі – РФ) суттєво зріс дефіцит державного бюджету⁵. Все це потребує вжиття негайних заходів для підвищення як фізичної, так і економічної доступності лікарських засобів і медвиробів для населення.

Загальновідомо, що майнові права інтелектуальної власності на лікарські засоби обмежують фізичну й економічну доступність під час строку

¹ Vikram Mittal, ‘Military Casualties in Russia-Ukraine War Are Likely Less Than Commonly Stated’ (*Forbes*, 05.03.2023) <<https://www.forbes.com/sites/vikrammittal/2023/03/05/military-casualties-in-russia-ukraine-war-are-likely-less-than-commonly-stated/?sh=333693f1a5de>> (accessed: 26.03.2023).

² Ukraine: civilian casualty update 11 September 2023 (*Office of the High Commissioner for Human Rights*) <<https://www.ohchr.org/en/news/2023/09/ukraine-civilian-casualty-update-11-september-2023>> (accessed: 26.03.2023).

³ Управлінням ООН з координації гуманітарних справ (УКГС), Екстрене звернення: Україна. Серпнева редакція (березень – грудень 2022 року) 7 <<https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-flash-appeal-march-december-2022>> (дата звернення: 26.03.2023).

⁴ ‘Під Макаровим згорів склад “Фармаку”, втрати – 1,5 мільярда’ (*Економічна Правда*, 22.03.2022) <<https://www.epravda.com.ua/news/2022/03/22/684479>> (дата звернення: 26.03.2023).

⁵ ‘Україна розраховує закрити дефіцит бюджету в \$ 38 мільярдів завдяки підтримці партнерів – Шмигаль’ (*Укрінформ*, 06.12.2022) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/3628810-ukraina-rozrahovue-zakriti-deficit-budzetu-v-38-milardiv-zavdaki-pidtrimci-partneriv-smigal.html>> (дата звернення: 26.03.2023).

дії таких прав⁶, оскільки обмежується кількість потенційних виробників, постачальників такої продукції з метою отримання надприбутків компанією – власником майнових прав інтелектуальної власності на лікарський засіб або медичний виріб.

Оскільки Україна є країною – членом Світової організації торгівлі (далі – СОТ) і на стадії вступу взяла на себе не лише мінімальні, а й додаткові зобов'язання у межах Угоди про торговельні аспекти інтелектуальної власності (далі – Угода ТРІПС) – зобов'язання ТРІПС-плюс⁷, то постає питання: які існують правові шляхи у межах міжнародного права інтелектуальної власності, включаючи Угоду ТРІПС, для забезпечення на період воєнного стану та після воєнної відбудови доступу до дешевших генеричних версій лікарських засобів?

Окреслення таких механізмів дасть змогу визначити зміни до національного законодавства, які повністю відповідатимуть міжнародним зобов'язанням України. Додаткове, проте не менш важливе питання, на яке має на меті відповісти дослідження: які з дозволених міжнародним правом форм обмеження прав інтелектуальної власності для забезпечення лікарськими засобами населення матимуть потенційно найбільший ефект на економічну доступність ліків?

Проблему досліджувала низка учених, зокрема, вітчизняних: О. Кашинцева⁸, О. Пономарьова⁹, О. Гургула¹⁰, Т. Сліпачук¹¹; та деякі іноземні: К. Карреа, А. Бейлевельд¹². Однак ці вчені фокусувалися на застосуванні так званих гнучких положень Угоди ТРІПС під час мирної ситуації в країні або в ситуації пандемії COVID-19, і їх дослідження не стосувалися напряду ситуації воєнного стану в Україні, окрім дослідження О. Гургули¹³.

На відміну від зазначених вище досліджень, стаття має на меті: (i) оцінити застосовність ширшого кола стратегій для зниження цін на лікарські засоби через обмеження права інтелектуальної власності; (ii) визначити потенційно найбільш впливову стратегією з точки зору кількості

⁶ United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Access to Medicines Report: Promoting Innovation and Access to Health Technologies (September 14, 2016) 8 <<http://www.unsgaccessmeds.org/final-report>> (accessed: 26.03.2023).

⁷ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року: Додаток 1С до угоди про заснування Світової організації торгівлі <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text> (дата звернення: 26.03.2023).

⁸ О. Кашинцева, 'Досвід України з імплементації гнучких положень Угоди ТРІПС у двох контекстах: євроінтеграції та пандемії' (2021) 5 Теорія і практика інтелектуальної власності 140–5.

⁹ О. Пономарьова, 'Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування' (2019) 3 Теорія і практика інтелектуальної власності 32–8.

¹⁰ Olga Gurgula, 'Saving Ukrainian Lives during the Russian War: Ukraine Must Waive IP Rights under Article 73 TRIPS to Provide Access to Essential Medicines' [2022] 71 (8) GRUR International 719–30.

¹¹ Тетяна Сліпачук, Олександра Бровко, 'Чи може Україна захистити свою економіку від РФ, не порушуючи норм СОТ?' (*Європейська Правда*, 11.06.2015) <<https://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/06/11/7034648>> (дата звернення: 26.03.2023).

¹² Alexander Beyleveld, 'The WTO TRIPS Waiver and Essential Security Rights in 2022' (2022) 235 Southviews <<https://www.southcentre.int/southviews-no-235-10-march-2022>> (accessed: 26.03.2023).

¹³ Gurgula (n 10).

лікарських засобів, до яких вона може бути швидко застосована, і потенційного рівня зниження цін на такі лікарські засоби.

Мета дослідження – вивчити дозволені міжнародним правом шляхи обмеження прав інтелектуальної власності у межах Угоди ТРІПС, які є найбільш ефективними в умовах повномасштабної війни, що потенційно сприятиме формулюванню окремих пропозицій з удосконалення законодавства України в означеній сфері.

Відповідно до розроблених підходів щодо забезпечення доступності лікарських засобів у межах положень Угоди ТРІПС, так званих “гнучких положень ТРІПС”¹⁴, держави можуть обмежувати права інтелектуальної власності задля забезпечення доступу до генеричних дешевших лікарських засобів декількома шляхами, які включають¹⁵:

- 1) видачу примусової ліцензії урядом (дозвіл на використання без згоди володільця патенту), як це передбачено ст. 31 Угоди ТРІПС та ч. 3 ст. 30 й абзацом 5 ч. 2 ст. 31 Закону України “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі”¹⁶;
- 2) подання патентних опозицій або позовів до суду про визнання патентів, які стосуються відповідних медичних технологій, недійсними;
- 3) виключення з патентоздатності та застосування суворих критеріїв патентоздатності;
- 4) виключення Болар, виключення для наукових досліджень та експериментів;
- 5) паралельний імпорт;
- 6) прийняття рішення про призупинення захисту прав інтелектуальної власності через застосування винятку з безпеки згідно зі ст. 73 Угоди ТРІПС.

З точки зору прямого впливу на вартість лікарського засобу, примусове ліцензування є із одним найбільш впливових механізмів, як це було вже багато разів продемонстровано в низці країн, які видавали примусові ліцензії на ліки, зокрема в Тайланді¹⁷, Екваторі¹⁸, Малайзії¹⁹.

¹⁴ C M Correa, ‘Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement’ in C M Correa, R M Hilty (eds), *Access to Medicines and Vaccines* (Springer 2022) 3.

¹⁵ ‘Good practice guide: Improving Access to Treatment by Utilizing Public Health Flexibilities in the WTO TRIPS Agreement’ (UNDP, December 2010) 15 <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Good%20Practice%20Guide-Improving%20access%20to%20treatment%20by%20utilizing%20public%20health%20flexibilities%20in%20the%20WTO%20TRIPS%20agreement.pdf>> (accessed: 02.03.2023).

¹⁶ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>> (дата звернення: 26.03.2023).

¹⁷ ‘The campaign for use of compulsory licensing in Thailand’ (18.02.2015) <<https://makemedicinesaffordable.org/the-campaign-for-use-of-compulsory-licensing-in-thailand>> (accessed: 26.03.2023).

¹⁸ Good practice guide: Improving Access to Treatment by Utilizing Public Health Flexibilities in the WTO TRIPS Agreement (n 15) 15.

¹⁹ Karina Yong, ‘A hope fulfilled Malaysia’s journey to curing hepatitis C’ (2021) 348 Third World Network, Briefing Paper 17–22 <<https://www.twn.my/title2/resurgence/2021/348/health1.htm>> (accessed: 26.03.2023).

Однак, як це докладно описав О. Гургула²⁰, застосування першого шляху буде займати занадто багато часу для адміністрування кожного рішення про видачу примусової ліцензії, оскільки згідно з вимогами Угоди ТРІПС та Закону України “Про охорону прав на винаходи і корисні моделі” дозвіл на таке використання надається з огляду на конкретні обставини. Отже, щодо кожного лікарського засобу або медичного виробу повинно бути окреме рішення Кабінету Міністрів України, що є недоцільним перенавантаженням найвищого органу виконавчої влади у час воєнного стану.

Крім того, застосування примусових ліцензій в Україні має низку адміністративних перепон, серед яких: не визначений державний орган, який повинен визначати рівень винагороди власнику патенту за примусовою ліцензією; у порядку видачі дозволів²¹ встановлені дві обов’язкові умови для його легітимності: наявність безпідставної відмови у видачі добровільної ліцензії та неможливість задовольнити потребу у лікарському засобі. Наявність зазначених умов довести надзвичайно складно через оціночність і необ’єктивність. Також немає чітко встановлених строків для процедури видачі дозволу. Крім того, вже виданий дозвіл може бути оскаржений до суду, що, вочевидь, призведе до призупинення його дії у разі застосування заходів забезпечення позову. Суттєвою проблемою є також затрати часу і коштів на вичерпний патентний пошук відносно кожного лікарського засобу й медичного виробу, враховуючи те, що кожен такий продукт може захищатися багатьма патентами одночасно і такі патенти можуть не містити кінцевої назви продукту. На практиці це часто відбувається з лікарськими засобами, коли в патентах вказується лише хімічна формула речовини чи міжнародна непатентована назва (далі – МНН) діючої речовини, яка ще невідома на стадії подання заявки на винахід, який стосується активного фармацевтичного інгредієнта майбутнього лікарського засобу. Відтак шлях примусового ліцензування для швидкого і безперешкодного покращення доступності населення до дешевших генеричних версій лікарських засобів і аналогів медичних виробів під час війни не видається ефективним і таким, що може швидко задовольнити потребу.

Щодо другого шляху – подання патентних опозицій, або подання позовів про визнання патенту недійсним, то він може використовуватись у досить нечастих ситуаціях і лише тоді, коли патент відносно медичної технології не відповідає одному чи декільком критеріям патентоздатності. Останнє також є доволі суб’єктивним і оціночним і довести

²⁰ Gurgula (n 10).

²¹ Порядок надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 4 грудня 2013 р. № 877 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-2013-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

це буває досить складно. Крім того, навіть за наявності припущень, що відповідний патент не відповідає вимогам патентоздатності, шлях його оскарження вимагатиме залучення суттєвих фінансових і часових ресурсів для підготовки релевантних наукових аргументів зі сфери хімії (органічної хімії та синтезу), дорогого юридичного супроводу відповідних позовів у судах. Зазначимо, що цей шлях найчастіше використовують суб'єкти господарювання, а не державні органи. Відтак зазначений вище сценарій видається найменш доцільним для держави в умовах війни.

Щодо виключення з патентоздатності із застосуванням відповідних жорстких критеріїв її оцінки, то цей шлях може суттєво знизити кількість неякісних патентів на лікарські засоби в майбутньому, натомість цей шлях жодним чином не допоможе скасувати монополію, зумовлену вже виданими неякісними патентами на ліки. Вважаємо за необхідне зазначити, що термін “неякісний патент” використовується у цій статті у розумінні слабкості патентів, тобто патентів, виданих слабкими через відсутність у законодавстві належних критеріїв патентоздатності, розробленими, наприклад, Програмою розвитку Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН). Слід також зазначити, що відповідні запобіжники для видачі слабких патентів на лікарські засоби було закладено в результаті патентної реформи 2020 р., проте визначення і закріплення таких критеріїв є необхідним і на підзаконному рівні у правилах експертизи заявок на винаходи та відповідних методичних рекомендаціях.

Виключення Болар і виключення для наукових досліджень та експериментів лише допоможе для обмеженої кількості лікарських засобів, щодо яких добігає кінця строк дії патентного захисту, і навряд чи матиме великий вплив на зміну ситуації з доступом до ліків. Крім того, виключення Болар було впроваджено законодавчими змінами в Україні в 2020 р.²²

Паралельний імпорт теж не матиме вирішального впливу на зниження цін на лікарські засоби через обмеженість застосування механізму лише до оригінальних (брендівих) лікарських засобів, без можливості закуповувати набагато дешевші генеричні версії препаратів. Паралельний імпорт ґрунтується на міжнародному або регіональному вичерпанні патентних прав і прав на товарні знаки та дозволяє імпортувати продукцію, яка вводиться в обіг власником патенту в інших країнах. Він широко використовується в Європейському Союзі (далі – ЄС) і забезпечує значну економію для споживачів. Наприклад, тільки у чотирьох країнах ЄС заощадили близько 3,2 млрд євро²³. Однак у більшості випадків у межах паралельного імпорту буде лише можливість імпорту саме оригінальних

²² Україна запроваджує положення Болар (Європейська бізнес асоціація, 04.06.2020) <<https://eba.com.ua/ukrayina-zaprovadzhuje-polozhennya-bolar>> (дата звернення: 26.03.2023).

²³ Ernest Kasper, Aguiar Esco, ‘Savings from Parallel Imports in Europe’ (Affordable Medicines Europe, January 2020) <<https://affordablemedicines.eu/portfolio-item/savings-from-parallel-imports-in-europe>> (accessed: 02.03.2023).

(брендових) препаратів від самого власника патенту або з його дозволу, а не значно дешевших копій лікарського засобу, вироблених генеричними виробниками. Зазначена особливість суттєво обмежує можливості цього механізму для закупівлі суттєво дешевших лікарських засобів.

Стосовно останнього шляху щодо використання винятку Угоди ТРІПС щодо безпеки (ст. 73), то він видається не менш впливовим на економічну доступність ліків і набагато зручнішим, оскільки вимагатиме прийняття лише одного рішення уряду або парламенту, яке може застосовуватися до всіх лікарських засобів і медичних виробів незалежно від наявності інформації про патенти чи інші права інтелектуальної власності, які їх стосуються. Однак, на відміну від інших механізмів, недоліком цього є можливість застосування лише допоки триває війна чи діє воєнний стан і потенційно ще упродовж деякого періоду часу, необхідного для подолання наслідків війни.

Стаття 73 “Винятки щодо безпеки” Угоди ТРІПС передбачає, що

ніщо в цій Угоді не слід тлумачити так, щоб: <...> b) утримати члена від вжиття будь-яких заходів, які він вважає необхідними для захисту його основних інтересів безпеки; <...> iii) вжитих під час війни або в умовах інших надзвичайних ситуацій в міжнародних відносинах²⁴

Таке ж, дзеркальне положення міститься у статті XXI Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (далі – ГУТТ)²⁵. Враховуючи ситуацію, яка є нині у нашій країні, в Україні є всі підстави для застосування цього положення Угоди ТРІПС відносно лікарських засобів, медичних виробів і будь-яких інших товарів, в яких є нагальна потреба через війну. Це підтверджує і практика застосування цього положення групою експертів Органу врегулювання суперечок СОТ.

Є багато прикладів застосування винятку щодо безпеки для обґрунтування заходів, які не відповідають стандартам СОТ, зокрема, з боку США відносно ЄС, Канади, Китаю, Мексики, однак такі спірні ситуації досі не розглядав Орган врегулювання суперечок СОТ.

Проте є дві справи “Саудівська Аравія – Права інтелектуальної власності” (*Saudi Arabia – Intellectual Property Rights*)²⁶ та “Росія – Транзитні перевезення” (*Russia – Traffic in Transit*)²⁷, в яких Орган врегулювання спорів СОТ надав докладне тлумачення винятку щодо безпеки та розробив

²⁴ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (н 7).

²⁵ Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_264#Text> (дата звернення: 26.03.2023).

²⁶ Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights Report of The Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020 <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/567R.pdf&Open=True>> (accessed: 26.03.2023).

²⁷ Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Report of The Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019 <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512R.pdf&Open=True>> (accessed: 26.03.2023).

аналітичний тест для перевірки правильності застосування положень ст. 73(b)(iii) Угоди ТРІПС або ст. XXI(b)(iii) ГУТТ, які є ідентичними положеннями, на думку групи експертів, у справі “Саудівська Аравія – Права інтелектуальної власності”. Такий тест включає кроки:

А. Чи було встановлено існування “війни або іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах” у сенсі пп. (iii) ст. 73(b).

В. Чи були “вжиті відповідні дії під час” цієї війни чи іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах.

С. Чи член, який посилається (на виняток із безпеки), сформулював свої відповідні “основні інтереси безпеки” достатньо, щоб можна було оцінити, чи існує якийсь зв’язок між цими діями та захистом його основних інтересів безпеки.

Д. Чи відповідні дії настільки віддалені від “надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах” або не пов’язані з нею, що робить неправдоподібним те, що член, який посилається на виняток із безпеки, вважає ці дії необхідними для захисту своїх основних інтересів безпеки, які виникли в результаті надзвичайної ситуації.

Нижче більш детально розглянемо кожен із кроків цього тесту.

А. Існування “війни або іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах”. А. Бейлевельд вважає, що це найважливіший крок у цьому тесті²⁸, оскільки цей факт повинен існувати об’єктивно й наступні кроки ґрунтуються частково на встановленні факту існування “війни або іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах”. У справі “Росія – Транзитні перевезення” група експертів органу розв’язання суперечок СОТ (далі – “група експертів”) дійшла висновку, що ‘обставина в підпункті (iii) є “об’єктивним фактом”, який “піддається об’єктивному визначенню”; та що оцінка того, чи відповідач задовольнив обставину, зазначену в пп. (iii), має “здійснюватися об’єктивно, а не самим членом, який посилається”. Низка експертів також дійшла висновку, що термін “надзвичайна ситуація в міжнародних відносинах” загалом означає ‘ситуацію збройного конфлікту, або прихованого збройного конфлікту, або підвищеної напруженості чи кризи, або загальної нестабільності, що охоплює чи оточує державу’. Такі ситуації, на думку експертів, ‘породжують певні види інтересів для відповідного члена, тобто інтереси оборони чи військові інтереси, або інтереси підтримання законності та громадського порядку’²⁹.

Поняття “збройного конфлікту” міститься у міжнародному гуманітарному праві. Так, згідно зі ст. 2 Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях вона ‘застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникну-

²⁸ Beyleveld (n 12).

²⁹ Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Report of The Panel (n 27).

ти між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни³⁰.

Відповідно до Коментаря до цієї Конвенції:

<...> визначення існування збройного конфлікту у значенні статті 2(1) має ґрунтуватися виключно на переважних фактах, які демонструють фактичне існування бойових дій між воюючими сторонами, навіть без оголошення війни. Навіть якщо жодна зі Сторін не визнає існування стану війни чи збройного конфлікту, гуманітарне право все одно буде застосовуватися за умови, що збройний конфлікт фактично існує³¹.

Через занадто розмите визначення поняття “збройного конфлікту” в Конвенції, практика держав, судова практика та наукова література розробили юридичні контури поняття збройного конфлікту та дали розуміння того, як слід тлумачити ст. 2(1). Збройні конфлікти у розумінні ст. 2(1) – це ті, які протистоять Високим Договірним Сторонам (тобто державам) і виникають, коли одна або кілька держав вдаються до збройної сили проти іншої держави, незалежно від причин або інтенсивності конфронтації. У справі Тадича зазначили, що ‘збройний конфлікт існує завжди, коли держави між собою вдаються до збройної сили’. Відтоді це визначення було прийняте іншими міжнародними органами і, як правило, вважається сучасним посиланням для будь-якого тлумачення поняття збройного конфлікту відповідно до гуманітарного права³².

Незважаючи на те, що Україні офіційно війну не оголошено, і у відповідь на збройну агресію Україна лише впровадила воєнний стан та оголосила загальну мобілізацію, наявність міжнародного збройного конфлікту підтверджується активним застосуванням збройних сил РФ проти України та на території України.

І хоча не існує єдиного органу згідно з міжнародним правом, який би класифікував ситуацію як збройний конфлікт, однак, наприклад, Міжнародний Комітет Червоного Хреста (далі – МКЧХ).

здійснює самостійне визначення фактів і систематично класифікує ситуації для цілей своєї роботи. Це завдання, притаманне ролі, яку МКЧХ, як очікується, виконуватиме згідно з Женевськими конвенціями, як зазначено в Статуті Міжнародного Червоного Хреста та Червоного Півмісяця. Іншим суб’єктам, таким як Організація Об’єднаних Націй та регіональні

³⁰ Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text> (дата звернення: 26.03.2023).

³¹ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016 <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined>> 211, 213 (accessed: 26.03.2023).

³² Ibid 218.

організації, також може знадобитися класифікувати ситуації для своєї роботи³³.

Так, наявність збройного конфлікту через вторгнення РФ була підтверджена ООН³⁴, Радою Європи³⁵, Організацією з безпеки і співробітництва в Європі³⁶, МКЧХ³⁷, і є велика кількість опублікованих іноземними, українськими та російськими засобами масової інформації відеозаписів, фотографій, включаючи супутникові знімки, які підтверджують наявність активного збройного конфлікту між збройними силами України і РФ.

Таким чином, об'єктивне існування повномасштабного військового вторгнення РФ на територію України повністю задовольняє перший крок аналітичного тесту щодо існування *“війни або іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах”* під час посилення Україною на виняток ст. 73 Угоди ТРІПС.

В. Чи були *“вжиті відповідні дії під час”* війни чи іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах? Для другого кроку тесту необхідно встановити, чи застосування винятку щодо безпеки було вжито під час існування війни чи іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах.

Група експертів у справі *“Росія – Транзитні перевезення”* зазначила, що вираз *“вжито під час”* у пп. (iii) описує зв'язок між діями та подіями війни чи іншого надзвичайного стану в міжнародних відносинах у цьому підпункті. Низка експертів розуміє цей вираз як вимогу, щоб дії були вжиті під час війни чи іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах. Цей хронологічний збіг також є об'єктивним фактом, і піддається об'єктивному визначенню³⁸.

Отже, якщо рішення про застосування винятку щодо безпеки буде прийняте Україною та хоча б частково застосоване на практиці під час

³³ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention (n 31) 214.

³⁴ Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine: resolution A/RES/ES-11/2 adopted by the General Assembly 28 Mar. 2022 <<https://digitallibrary.un.org/record/3966630?ln=en>> (accessed: 26.03.2023). Поняття “збройного конфлікту” використовується по відношенню до військового вторгнення Росії на територію України.

³⁵ Russia's war against Ukraine (Council of Europe) <<https://www.coe.int/en/web/portal/war-in-ukraine>> (accessed: 26.03.2023).

³⁶ Report On Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bilková and Marco Sassòli <<https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>> (accessed: 26.03.2023).

³⁷ Інформаційні матеріали МКЧХ, в яких вживаються поняття збройного конфлікту відносно ситуації в Україні: Cordula Droegge, ‘Armed conflict in Ukraine: a recap of basic IHL rules’ (*The Humanitarian Law & Policy blog*, 17.03.2022) <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules>> (accessed: 26.03.2023); Ukraine: As humanitarian crisis deepens, parties urgently need to agree on concrete measures; misinformation risks lives (ICRC website, 29.03.2022) <<https://www.icrc.org/en/document/ukraine-humanitarian-crisis-deepens-parties-urgently-need-agree-concrete-measures>> (accessed: 26.03.2023).

³⁸ Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Report of The Panel (n 27).

збройного конфлікту з РФ, то цей крок аналітичного тесту буде задоволений для застосування ст. 73 Угоди ТРІПС.

С. Чи член, який посилається [на виняток із безпеки], сформулював свої відповідні “основні інтереси безпеки” достатньо, щоб можна було оцінити, чи існує якийсь зв’язок між цими діями та захистом його основних інтересів безпеки. Відповідно до інтерпретації групи експертів у справі “Росія – Транзитні перевезення” для третього кроку аналітичного тесту слід оцінити, чи достатньо відповідач сформулював свої “основні інтереси безпеки” у сенсі вступної частини п. “В”. Група експертів у цій справі зазначила, що “істотні інтереси безпеки”, як правило, стосуються ‘тих інтересів, що стосуються квінтесенції функцій держава, а саме захисту своєї території та населення від зовнішніх загроз, і підтримання законності та громадського порядку усередині’³⁹. Конкретні інтереси, які вважаються такими, що безпосередньо стосуються держави від зовнішніх або внутрішніх загроз, залежатимуть від конкретної ситуації та уявлень держави, про яку йдеться, і можна очікувати, що вони змінюватимуться залежно від зміни обставин. Із цих причин група експертів вважала, що це право держави самостійно визначити, що вона вважає своїми основними інтересами безпеки⁴⁰. Однак держава повинна це робити добросовісно і без мети обійти свої зобов’язання у СОТ. Держава повинна достатньою мірою сформулювати основні інтереси безпеки, що впливають із надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах, щоб продемонструвати їхню правдивість⁴¹.

Відповідно до деяких коментаторів, навіть якщо інтереси членів розглядаються із вузької точки зору військової/оборонної вразливості, здоров’я населення явно пов’язане з “основними інтересами безпеки”⁴².

Враховуючи те, що під час поточного збройного конфлікту з РФ для України важливим є захист здоров’я мирного населення та порятунк життя військових, зокрема й у спосіб забезпечення безперебійного постачання військових підрозділів, закладів охорони здоров’я, мирного населення лікарськими засобами та медичними виробами в достатніх кількостях, забезпечення надання медичної допомоги військовим і мирному населенню є одним з “основних інтересів безпеки” України під час війни.

Д. Чи відповідні дії настільки віддалені від “надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах” або не пов’язані з нею, що робить неправдоподібним те, що член, який посилається [на виняток з безпеки], вважає ці дії необхідними для захисту своїх основних інтересів безпеки, які виникли

³⁹ Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Report of The Panel (n 27) 7.130.

⁴⁰ Ibid.131.

⁴¹ Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights Report of The Panel (n 26).

⁴² Frederick Abbott, ‘The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic’ (South Centre, Research Papers, 116, August 2020) 10 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> (accessed: 26.03.2023).

в результаті надзвичайної ситуації. Щодо четвертого кроку аналітичного тесту група експертів у справі “Саудівська Аравія – Права інтелектуальної власності” зазначила, що зобов’язання добросовісності також розповсюджується і на зв’язок між основними інтересами безпеки країни та вжитими країною заходами. Вжиті заходи повинні правдоподібно відповідати озвученим країною основним інтересам безпеки, які впливають із надзвичайної ситуації.

Застосовуючи цей крок тесту, група експертів намагалася відповісти на питання:

1) чи вжиті заходи відповідають мінімальній вимозі правдоподібності щодо озвучених основних інтересів безпеки, тобто що вони не є неправдоподібними як заходи захисту цих інтересів;

2) чи вжиті заходи настільки віддалені від надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах або не стосуються її, щоб зробити неправдоподібними, що країна вжила заходи щодо захисту її основних інтересів безпеки, які виникли з надзвичайної ситуації⁴³.

Забезпечення лікарськими засобами за кошти державного та місцевих бюджетів для лікування деяких видів рідкісних захворювань, онкологічних захворювань та інших захворювань не було на достатньому рівні до 24 лютого 2022 р. через обмеженість фінансових ресурсів бюджетів. Після 24 лютого 2022 р. ця ситуація суттєво ускладнилася через зменшення надходжень до державного бюджету України у зв’язку з війною, і відповідним недофінансуванням витрат державного та місцевих бюджетів у сфері охорони здоров’я. Одночасно з’явилися непередбачувані потреби державного і місцевих бюджетів у забезпеченні медичними технологіями для лікування поранень, спричинених воєнними діями. Оскільки доступність і вартість лікарських засобів прямо залежить від обмеження конкуренції на ринку правами інтелектуальної власності, заходи з обмеження захисту прав інтелектуальної власності відносно лікарських засобів і медичних виробів в умовах збройного конфлікту підвищують фізичну й економічну доступність необхідних медичних технологій і є достатньо правдоподібно пов’язаними з основними інтересами безпеки щодо захисту здоров’я населення в умовах війни. Тому, на думку актор, потенційне застосування Україною винятку з безпеки ст. 73 Угоди ТРІПС відповідає четвертому кроку тесту.

Слід відзначити, що на думку Ф. Еббота⁴⁴, А. Бейлевельда⁴⁵, К. Карреа⁴⁶ та інших експертів, застосування ст. 73 Угоди ТРІПС для обмежен-

⁴³ Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights Report of The Panel (n 26).

⁴⁴ Abbott (n 42) 22.

⁴⁵ Beyleveld (n 12).

⁴⁶ Carlos M. Correa, ‘Expanding the production of COVID-19 vaccines to reach developing countries Lift the barriers to fight the pandemic in the Global South’ (South Centre, Policy Brief 92, April 2021) <<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/04/PB-92.pdf>> (accessed: 26.03.2023).

ня прав інтелектуальної власності на медичні технології, необхідні для відповіді пандемії *COVID-19*, є повністю обґрунтованим і відповідатиме аналітичному тесту юриспруденції органу розв'язання суперечок СОТ.

Висновки. Враховуючи те, що під час поточного збройного конфлікту з РФ, важливим є захист здоров'я мирного населення та військових від поранень, зокрема і в спосіб забезпечення безперебійного постачання військових підрозділів, закладів охорони здоров'я, мирного населення лікарськими засобами та медичними виробами в достатніх кількостях, забезпечення надання медичної допомоги військовим та мирному населенню видається одним з основних інтересів безпеки України, який може слугувати для прийняття рішення Україною про застосування винятку з безпеки ст. 73 Угоди ТРІПС для призупинення захисту прав інтелектуальної власності відносно лікарських засобів та медичних виробів першої необхідності. Таке рішення буде найбільш ефективним і зручним способом юридично не порушувати права власників інтелектуальної власності на відповідні медичні технології в умовах війни у повній відповідності до норм міжнародного права, при цьому забезпечивши максимальну фізичну й економічну доступність необхідних медичних технологій для нашої країни.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Correa C M, 'Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement' in Correa C M, Hilty R M (eds), *Access to Medicines and Vaccines* (Springer 2022) (in English).

Journal articles

2. Beyleveld A, 'The WTO TRIPS Waiver and Essential Security Rights in 2022' (2022) 235 *Southviews* <<https://www.southcentre.int/southviews-no-235-10-march-2022>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
3. Gurgula Olga, 'Saving Ukrainian Lives during the Russian War: Ukraine Must Waive IP Rights under Article 73 TRIPS to Provide Access to Essential Medicines' [2022] 71 (8) *GRUR International* 719–30 (in English).
4. Yong K, 'A hope fulfilled Malaysia's journey to curing hepatitis C' (2021) (348) *Third World Network, Briefing Paper* 17–22 <<https://www.twn.my/title2/resurgence/2021/348/health1.htm>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
5. Kashyntseva O, 'Dosvid Ukraïni z implementacii gnuchkih polozhen' Ugodi TRIPS u dvoh kontekstah: evrointegracii ta pandemii' (2021) 5 *Teorija i praktika intelektual'noi vlasnosti* 140–5 (in Ukrainian).
6. Ponomarova O, 'Primusova, vidkrita ta dobrovil'na licenzii na likars'ki zasobi: dejaki aspekti pravozastosuvannja' (2019) 3 *Teorija i praktika intelektual'noi vlasnosti* 32–8 (in Ukrainian).

Newspaper articles

7. Kasper E, Esco A, 'Savings from Parallel Imports in Europe' (*Affordable Medicines Europe*, January 2020) <<https://affordablemedicines.eu/portfolio-item/savings-from-parallel-imports-in-europe>> (accessed: 02.03.2023) (in English).
8. Mittal V, 'Military Casualties in Russia-Ukraine War Are Likely Less Than Commonly Stated' (*Forbes*, 05.03.2023) <<https://www.forbes.com/sites/vikrammittal/2023/03/05/military-casualties-in-russia-ukraine-war-are-likely-less-than-commonly-stated/?sh=333693f1a5de>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
9. 'Pid Makarovym zghoriv sklad "Farmaku", vtraty – 1,5 miliarda' (*Ekonomichna Pravda*, 22.03.2022) <<https://www.epravda.com.ua/news/2022/03/22/684479>> (accessed: 26.03.2023) (in Ukrainian).
10. Slipachuk T, Brovko O, 'Chy mozhe Ukraina zakhystyty svoiu ekonomiku vid RF, ne porushuiuchy norm SOT?' (*Ievropeiska Pravda*, 11.06.2015) <<https://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/06/11/7034648>> (accessed: 26.03.2023) (in Ukrainian).
11. 'Ukraina zaprovadzhuie polozhennia Bolar' (*Yevropeiska biznes asotsiatsiia*, 04.06.2020) <<https://eba.com.ua/ukrayina-zaprovadzhuye-polozhennya-bolar>> (accessed: 26.03.2023) (in Ukrainian).
12. 'Ukraina rozrahovue zakryty defitsyt biudzhetu v \$ 38 miliardiv zavdiaky pidtrymtsi partneriv – Shmyhal' (*Ukrinform*, 06.12.2022) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/3628810-ukraina-rozrahovue-zakriti-deficit-budzetu-v-38-milardiv-zavdaki-pidtrimci-partneriv-smigal.html>> (accessed: 26.03.2023) (in Ukrainian).

Websites

13. Abbott F, 'The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic' (*South Centre, Research Papers*, 116, August 2020) 10 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> (accessed: 26.03.2023) (in English).
14. Correa C M, 'Expanding the production of COVID-19 vaccines to reach developing countries Lift the barriers to fight the pandemic in the Global South' (*South Centre, Policy Brief* 92, April 2021) <<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/04/PB-92.pdf>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
15. Droege C, 'Armed conflict in Ukraine: a recap of basic IHL rules' (*The Humanitarian Law & Policy blog*, 17.03.2022) <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
16. 'Good practice guide: Improving Access to Treatment by Utilizing Public Health Flexibilities in the WTO TRIPS Agreement' (*UNDP*, December 2010) 15 <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Good%20Practice%20Guide-Improving%20access%20to%20treatment%20by%20utilizing%20public%20health%20flexibilities%20in%20the%20WTO%20TRIPS%20agreement.pdf>> (accessed: 02.03.2023) (in English).
17. 'ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016' <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined>> 211, 213 (accessed: 26.03.2023) (in English).
18. 'The campaign for use of compulsory licensing in Thailand' (18.02.2015) <<https://makemedicinesaffordable.org/the-campaign-for-use-of-compulsory-licensing-in-thailand>> (accessed: 26.03.2023) (in English).
19. 'Ukraine: As humanitarian crisis deepens, parties urgently need to agree on concrete measures; misinformation risks lives' (*ICRC website*, 29.03.2022) <<https://www.icrc.org/en/document/ukraine-humanitarian-crisis-deepens-parties-urgently-need-agree-concrete-measures>> (accessed: 26.03.2023) (in English).

Oksana Kashyntseva
Sergiy Kondratyuk

USE OF MEDICAL TECHNOLOGY IN TIME OF WAR: SECURITY EXCEPTION OF THE WTO TRIPS AGREEMENT

ABSTRACT. The relevance of the conducted research is related to current challenges regarding the supply of medicines and their cost against the background of huge losses in the dead and wounded among the military and the civilian population, a decrease in the income of the population and an extremely difficult situation with a deficit of the state budget in Ukraine. Intellectual property rights, by limiting competition in the market, contribute to maintaining high prices for medicinal products and limiting sources of supply. At the same time, in the absence of patent barriers to market access for cheaper generic versions of medicines, optimal pricing and supply opportunities can be achieved.

The purpose of this article is to study the ways of limiting intellectual property rights allowed by international law within the framework of the WTO TRIPS Agreement, which are the most convenient and effective in the conditions of a full-scale war, which will potentially contribute to the formulation of separate proposals for improving the legislation of Ukraine on relevant issues.

Within the scope of the article, the authors describe the main ways and approaches available within the framework of international intellectual property law to limit intellectual property rights, the so-called TRIPS flexibilities, in order to ensure optimal access of the population to medical products and create an optimal balance between private rights and public interests. It was determined that the most effective and convenient for implementation in wartime would be the application of the security exception under Article 73 of the TRIPS Agreement.

An analysis of the available legal practice on the application by other countries of the security exception in the framework of dispute settlement by the WTO Dispute Settlement Body was carried out. According to the two cases considered, the test for justifying the legitimacy of the application of the security exception by the WTO member countries, which was applied by the Dispute Settlement Body, was described and the potential compliance of the current situation in Ukraine with the requirements of the test was analyzed.

In the conclusions based on the results of the conducted research, the directions for further improvement of the legislation of Ukraine in the field of intellectual property, taking into account the requirements of the WTO TRIPS Agreement, are suggested by the authors.

KEYWORDS: intellectual property; flexible provisions; TRIPS; medicinal products; safety exception.



Олександр Гарагонич

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри економічного права
та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
Researcher ID: ABC-4279-2021
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8984-2399>
o.harahonich@gmail.com

Ангеліна Коршун

аспірантка кафедри економічного права
та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9829-9797>
angelinakorshun@ukr.net



УДК 346.5

КОРПОРАТИВНА (КОМПЛАЄНС) КУЛЬТУРА ОРГАНІЗАЦІЇ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ І ВОЄННІ ВИКЛИКИ

АНОТАЦІЯ. Актуальність дослідження обумовлена необхідністю реформування корпоративної культури, модернізації правового інструментарію організації господарської діяльності, приведення його у відповідність до міжнародних стандартів.

Метою статті є дослідження сутності корпоративної культури та її співвідношення з категорією “комплаєнс-культура”, з’ясування проблем ефективного впровадження комплаєнсу, формулювання окремих пропозицій щодо їхнього вирішення, зокрема в контексті воєнних викликів.

У статті на основі аналізу міжнародних стандартів із комплаєнсу, принципів корпоративного управління, розроблених Організацією економічного співробітництва та розвитку, актів чинного законодавства України та спеціальної наукової літератури, надано авторське визначення понять “корпоративна культура” та “комплаєнс-культура”. Досліджено співвідношення цих правових категорій.

Автори детально проаналізували джерела формування корпоративної культури, загальні та спеціальні принципи, на яких вона формується.

Значну увагу у статті приділено дослідженню такого елемента формування корпоративної культури підприємства, а, відповідно, і комплаєнсу, як воля вищого керівництва (“*tone at the top*”).

Систематизовано підходи до “прозорого” ведення господарської діяльності, необхідні для формування корпоративної (комплаєнс) культури.

Досліджено проблему комплаєнс-ризиків суб'єктів господарювання в умовах воєнного стану. Розроблено рекомендації органам корпоративного управління підприємств щодо управління зазначеними ризиками з використанням комплаєнс-процедур.

У висновках за результатами дослідження визначені поняття корпоративної культури як сукупності цінностей, принципів, етичних правил і сталої практики організації, дотримання яких очікується від її працівників, органів управління та інших стейкхолдерів, які дають можливість прогнозувати їхню професійну поведінку в критичних ситуаціях. Надано визначення поняття “комплаєнс-культура”.

Конкретизовано роль корпоративної (комплаєнс) культури у побудові ефективної комплаєнс-системи. Узагальнено основні проблеми забезпечення корпоративної культури як необхідного підсилювача комплаєнс-практик в умовах воєнного стану.

Ключові слова: корпоративна культура; комплаєнс-культура; суб'єкт господарювання; корпоративне управління; підприємство, воєнний стан; комплаєнс-ризик; комплаєнс-система.

Процес повоєнної відбудови України, а також відновлення вітчизняної економіки, висуває на перший план проблему формування високої корпоративної культури у сфері господарювання. Вона є необхідним засобом ефективної діяльності суб'єктів господарювання як в умовах воєнного стану, так і в повоєнний період.

Сьогодні перед українським бізнесом стоїть важливе завдання реформування корпоративної культури, модернізації правового інструментарію організації господарської діяльності, приведення його у відповідність до міжнародних стандартів. Від його виконання залежить рівень довіри до України іноземних інвесторів, без інвестицій яких на швидке відновлення економічного розвитку країни сподіватися марно. Підприємство не може розраховувати на довіру інвесторів та надходження зовнішнього фінансування, якщо воно не вживає заходів щодо запровадження ефективного корпоративного управління, а саме – належного захисту прав інвесторів, надійних механізмів управління та контролю, відкритості та прозорості у своїй діяльності¹. Особливу увагу іноземні інвестори звертають на рівень корпоративної культури в економіці країни, яку розглядають як об'єкт інвестування. Адже розвинену корпоративну культуру бізнесу іноземні інвестори сприймають як ознаку цивілізованої ринкової економіки, в якій забезпечується належний рівень захисту прав та інтересів учасників економічних відносин.

Загалом модель правомірної поведінки суб'єктів господарювання характеризується сталістю додержання правових принципів у процесі господарської діяльності, специфікою вирішення наріжних проблем, яка виражається в особливостях вибору варіанта правомірної поведінки в межах, визначених правовими нормами. У провідних економіках світу

¹ О. Гарагонич, ‘Поняття та принципи корпоративного управління’ (2013) 3–2 Порівняльно-аналітичне право 155.

одним з основних інструментів, який використовується для забезпечення правомірної поведінки бізнесу, є комплаєнс. Використання іноземними компаніями такого інструмента забезпечується через впровадження комплаєнс-систем (комплаєнс-програм).

Як свідчить іноземний досвід здійснення комплаєнсу, для ефективної комплаєнс-програми необхідна організаційна культура, яка заохочує до етичної поведінки та підтримує прагнення до дотримання закону, тільки у цьому випадку комплаєнс може гарантувати захист ділової репутації компанії, гарантувати цінність і довіру інвесторів та акціонерів, зменшувати невизначеність у ділових операціях і забезпечувати економічне зростання компанії². В Україні наявність корпоративної (комплаєнс) культури в підприємстві в умовах воєнного стану є, безумовно, перевагою при подоланні негативних наслідків, з якими зіткнулися такі господарські організації під час війни.

Кризовий стан економіки, відставання підприємств у використанні сучасних моделей управління, етичних принципів ведення бізнесу потребує негайного підвищення рівня своєї корпоративної культури, зокрема й через поширення у сфері господарювання комплаєнсу. Особливо актуальним це є для підприємств, які розраховують на залучення інвестицій.

Водночас відсутність в Україні спеціального правового регулювання відносин із комплаєнсу в масштабах економіки, ігнорування законодавцем такого важливого аспекту підсилення комплаєнсу в організації, як утвердження корпоративної (комплаєнс) культури у сфері господарювання, зумовило необхідність наукового дослідження питань визначення місця корпоративної (комплаєнс) культури у забезпеченні ефективного функціонування комплаєнс-систем суб'єктів господарювання та ролі корпоративної (комплаєнс) культури для суб'єкта господарювання в умовах кризових ситуацій і, зокрема, воєнної загрози.

Останніми роками різні аспекти проблематики корпоративної (комплаєнс) культури стали предметом дослідження багатьох учених – правників та економістів.

Так, зокрема, В. фон Розен у своєму дослідженні приділяє значну увагу проблемам комплаєнс і комплаєнс-ризиків у контексті питань корпоративного управління й відповідальності, співвідношення витрат і переваг від впровадження комплаєнс-системи³. В. Юрченко, Ю. Мельник та Н. Богданова у своїх працях фокусують основну увагу на сутності

² A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (November 14, 2012) 65–66 <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>> (accessed: 11.04.2023).

³ В фон Розен, 'Комплаєнс і комплаєнс-ризики в контексті питань корпоративної відповідальності та корпоративного управління (окремі аспекти зарубіжної практики)' [2020] 4 (65) Галицький економічний вісник 251.

корпоративної культури організації та визначають її окремі елементи⁴. Р. Винничук і О. Пегитяк аналізують загальні аспекти застосування корпоративної культури організації в умовах війни, а також поточний стан управління і комунікації корпоративних цінностей суб'єктами господарювання⁵. І. Петрова розглядає проблеми та способи запровадження змін у корпоративній культурі підприємств на сучасному етапі розвитку економіки України, визначає підходи до стратегічного управління процесами змін у сфері корпоративної культури⁶ та ін.

Незважаючи на значний інтерес до проблематики корпоративної (комплаєнс) культури у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі, малодослідженими, або такими, які потребують додаткового наукового обґрунтування, залишається низка проблем у цій сфері правового регулювання. Ідеться, зокрема, про визначення сутності корпоративної культури і комплаєнс-культури; узагальнення джерел формування та принципів корпоративної культури; визначення підходів до “прозорого” ведення господарської діяльності, необхідних для формування корпоративної (комплаєнс) культури; виявлення основних проблем забезпечення корпоративної культури як необхідного підсилювача комплаєнс-практик в умовах воєнного стану; дослідження значення корпоративної (комплаєнс) культури при забезпеченні безперервності і прогнозованості господарської діяльності суб'єкта господарювання в умовах кризових явищ і процесів.

Метою дослідження є вивчення сутності корпоративної культури та її співвідношення з категорією “комплаєнс-культура”, з'ясування проблем ефективного впровадження комплаєнсу, формулювання ролі та переваг наявності корпоративної (комплаєнс) культури в організації в контексті виникнення воєнної загрози.

Корпоративна культура організації є явищем, що не лише сприяє досягненню організацією встановлених нею цілей, а й при правильній її побудові є фундаментом для здійснення суб'єктом господарювання комплаєнсу – діяльності із забезпечення відповідності його функціонування вимогам законодавства, нормам міжнародно-правових актів екстериторіальної дії, локальним актам суб'єкта господарювання, стандартам саморегулювних організацій у певній сфері і найкращим практикам, через застосування певних засобів реалізації комплаєнсу⁷. У міжнарод-

⁴ В. Юрченко, Ю. Мельник, Н. Богданова, Корпоративна культура організації: навчально-методичний посібник (Центр перепідготовки та підвищення кваліфікації керівних кадрів Міністерства доходів і зборів України 2014) 7.

⁵ Р. Винничук, О. Пегитяк, ‘Роль корпоративної культури організації в час війни’ в III Міжнародна науково-практична інтернет-конференція “Імперативи економічного зростання в контексті реалізації глобальних цілей сталого розвитку” (2022) 171.

⁶ І. Петрова, ‘Зміни корпоративної культури як імператив організаційного розвитку’ (2014) 10 Вісник Прикарпатського університету. Економіка 76.

⁷ А. Коршун, ‘Щодо визначення поняття “комплаєнс” і його характерних ознак у сфері господарювання’ [2022] 5 (124) Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 59.

ному стандарті з комплаєнсу ISO 19600:2014 “*Compliance management systems – Guidelines*” (“Системи комплаєнс-управління – Настанови”) від грудня 2014 р., який втратив чинність і був замінений новою редакцією стандарту, комплаєнс визначався як діяльність із забезпечення юридичною особою дотримання обов’язкових вимог шляхом впливу на поведінку працівників і *формування корпоративної культури*⁸. Відповідно до Принципів корпоративного управління, розроблених Організацією економічного співробітництва та розвитку (*G20/OECD Principles of Corporate Governance*)

компаніям рекомендується створити та забезпечити ефективність програм внутрішнього контролю, етики та комплаєнсу або заходів для дотримання чинних законів, правил і стандартів <...> Такі комплаєнс-програми також лежатимуть в основі етичного кодексу компанії. Щоб бути ефективною, структура стимулів у бізнесі має бути узгоджена з її етичними та професійними стандартами, щоб дотримання цих цінностей винагороджувалося, а порушення закону тягнули за собою беззаперечні наслідки або покарання (принцип D(7) глави VI “Обов’язки правління”)⁹.

У вітчизняному законодавстві, наприклад при плануванні у 2018 р. реформування ринків капіталу в контексті корпоративного управління, підкреслювалась нерозривність цих двох понять. У пункті 6.5 глави 6 Концепції корпоративного управління у професійних учасниках ринків капіталу зазначалось, що

комплаєнс має бути частиною корпоративної культури професійного учасника ринків капіталу, який зможе більш ефективно керувати своїм комплаєнс-ризиком, маючи у своїй структурі відповідну комплаєнс-функцію (комплаєнс-підрозділ або комплаєнс-офіцера)¹⁰.

Як зазначається в аналітичному документі *Deloitte “New horizons: Compliance 2020 and beyond”*

комплаєнс-функція допоможе подолати організації лише півшляху та забезпечить управління передбачуваними комплаєнс-ризиками. Фокус на культурі, етиці та прозорості ведення бізнесу допоможе подолати

⁸ ISO 19600:2014 Compliance management systems – Guidelines ISO. CP 401, CH, 1214 Vernier, Geneva. 36.

⁹ G20/OECD Principles of Corporate Governance (OECD Publishing, 2015) 50.

¹⁰ Концепція корпоративного управління у професійних учасниках ринків капіталу України, затверджена рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 березня 2018 р. № 173 <<https://www.nssmc.gov.ua/en/documents/kontseptsya-korporativnogo-upravlnnya-u-profesynih-utchasnikah-rinkv-kaptalu-ukrani>> (дата звернення: 22.02.2023).

іншу половину шляху і мінімізувати комплаєнс-ризика, які неможливо передбачити¹¹.

Саме для ефективності комплаєнсу потрібна побудова культури етичного та доброчесного провадження господарської діяльності.

Слід окреслити коло питань, які постають у межах визначення такого терміна, як “корпоративна культура підприємства”. У сучасній науковій літературі налічується понад 50 визначень терміна “корпоративна культура”. На думку Д. Задихайла, корпоративна культура – це сукупність правил і сталої практики в галузі корпоративного управління, що не отримала нормативного закріплення в законодавстві та базується на загальному культурному рівні суспільства, нормах моралі, діловій практиці тощо¹². В. фон Розен зазначає, що корпоративна культура може бути визначена як набір непрописаних норм і правил, що діють у рамках одного підприємства чи групи підприємств¹³. Або ж, відповідно до іншого підходу,

корпоративна культура – це складний комплекс припущень, що бездоказово приймаються всіма членами конкретної організації, і задає загальні рамки поведінки, прийняті більшою частиною організації, що проявляється у філософії та ідеології управління, ціннісних орієнтаціях, віруваннях, очікуваннях, нормах поведінки та регламентує поведінку людини і дає можливість прогнозувати її поведінку в критичних ситуаціях¹⁴.

В основі корпоративної культури лежить філософія мислення організації, що визначає її внутрішнє життя¹⁵.

У науковій літературі виділяють такі джерела формування корпоративної культури: 1) систему особистих цінностей та індивідуально-своєрідних способів їх реалізації; 2) способи, форми та структура організації, що втілюють деякі цінності, зокрема й особисті цінності керівників підприємств; 3) уявлення про оптимальну та припустиму модель поведінки співробітника в колективі, що відображає систему внутрішньогосподарських цінностей¹⁶.

Відповідно, корпоративна культура має формуватися на основі низки принципів, тобто вихідних засад, які забезпечують її формування та розвиток. Окремий суб’єкт господарювання може самостійно розробляти принципи корпоративної культури, проте найпоширеніші принци-

¹¹ New horizons: Compliance 2020 and beyond. Deloitte 4 <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/fr/Documents/risk/deloitte_compliance-2020-and-beyond.pdf> (accessed: 28.03.2023).

¹² Д Задихайло, О Кібенко, Г Назарова, *Корпоративне управління: навчальний посібник* (Еспада 2003) 333.

¹³ Фон Розен (н 3).

¹⁴ Юрченко, Мельник, Богданова (н 4).

¹⁵ Винничук, Пегитяк (н 5).

¹⁶ Т Чернишова, Т Немченко, ‘Деякі аспекти корпоративної культури організації’ (2010) 17 Наукові праці КНТУ. Економічні науки 3.

пи, які лягають в основу корпоративної культури багатьох організацій, науковці поділяють на загальні та спеціальні.

Загальними принципами корпоративної культури є: а) принцип соціально-економічного та інтелектуального розвитку (корпоративна культура орієнтується на забезпечення економічного достатку, соціального та інтелектуального розвитку усіх працівників); б) принцип всеохопленості та системності – передбачає формування та розвиток корпоративної культури з позиції охоплення нею усіх працівників, зацікавлених сторін, явищ, елементів та процесів, що забезпечують діяльність підприємства; в) принцип корисності (корпоративна культура повинна виконувати функцію корисності як для людей, так і для підприємства); г) принцип відкритості та постійного удосконалення передбачає орієнтацію корпоративної культури на удосконалення та стабільний розвиток підприємства; г) корпоративна культура повинна бути відкритою, постійно вдосконалюватись, прагнути до нових досягнень; д) принцип координації, що полягає у забезпеченні порядку у роботі підприємства та координації поведінки співробітників підприємства; е) принцип обов'язковості (посадові особи компанії мають право здійснювати контроль за дотриманням корпоративної культури); є) принцип винагороди – корпоративна культура забезпечує однакову та справедливую винагороду працівникам, що її дотримуються; ж) принцип відповідності чинному законодавству, тощо.

До спеціальних принципів корпоративної культури можна віднести: 1) принцип узгодженості та відповідності цілей (кожне підприємство розробляє свою місію, стратегію та цілі, яким повинна відповідати та забезпечувати їх досягнення корпоративна культура); 2) принцип чіткості показує усвідомлення посадовими особами та учасниками (акціонерами, членами) підприємства значення корпоративної культури); 3) принцип відносин “керівництво – працівник”, за яким основу корпоративної культури повинні становити: чесність, порядність, вихованість, справедливність, повага, визнання влади тощо; 4) принцип еталону – корпоративна культура має бути еталоном ефективної діяльності суб'єкта господарювання¹⁷.

Побудова ефективної компласнс-культури на підприємстві є складним процесом, який включає низку елементів. У науковій літературі виділяють такі елементи успішної побудови компласнс-культури: 1) воля вищого керівництва (дієва компласнс-культура не може бути побудована лише на рівні підрозділу, який відповідальний за компласнс); 2) [про-активне] управління (відповідальність менеджменту та власний приклад дотримання принципів і процедур суб'єкта господарювання); 3) етика

¹⁷ О Бала, О Мукан, Р Бала, ‘Принципи корпоративної культури підприємств: сутність та види’ (2010) 682 Наукові праці НУ “Львівська політехніка” 11–5.

(наявність прописаних, чітких і зрозумілих для працівників і контрагентів цінностей організації, а також заохочення практики повідомлення про невідповідність); 4) щоденні практики (спостереження за виконанням процедур і дотриманням принципів організації у повсякденній роботі) 5) виконання задекларованого (застосування системи заохочень етичної поведінки та стягнень за випадки неетичної поведінки чи порушень комплаєнс-процедур); 6) навчання (включно із навчанням задекларованих організацією етичних цінностей, норм поведінки у процесі прийняття рішень)¹⁸.

З наведеного переліку особливе для формування корпоративної культури підприємства, а, відповідно, і комплаєнсу підприємства, має такий елемент, як воля вищого керівництва (*“tone at the top”*)¹⁹. Відповідно до Преамбули до Стандарту ISO 37301:2021

підхід організації до комплаєнсу формується керівництвом, яке застосовує основоположні цінності та загальноприйняті норми належного управління, етичні та громадські стандарти. Впровадження комплаєнсу в поведінку людей, які працюють в організації, залежить, перш за все, від керівництва на всіх рівнях і чітких цінностей організації, а також від визнання та впровадження заходів для сприяння поведінки дотримання норм²⁰.

Такий підхід застосовано і в структурі комплаєнс-системи, яка презентована у межах Стандарту ISO 37301:2021, а саме в такому напрямі системи управління комплаєнсом, як “Планування” визначено елементом “прихильність на всіх рівнях” (*“commitment at all levels”*)²¹. Пояснити це можна тим, що для впровадження ефективної комплаєнс-системи необхідним є забезпечення комплаєнс-культури, культури прихильності до принципів етичного провадження економічної діяльності/ведення бізнесу всіма рівнями управління організацією та, зокрема, її вищим керівництвом (*top management*). Саме воля та рішучість вищого керівництва є стартовою точкою та рушійною силою для впровадження комплаєнсу. І висока ефективність комплаєнс-процесів на підприємстві буде тоді, коли така воля базується на морально-етичних цінностях, особистих рисах і ділових якостях, знаннях і досвіді, стилі керівництва, а також усвідомленні необхідності суспільних і корпоративних трансформацій відповідно до стану внутрішнього і вимог зовнішнього середовища.

¹⁸ D Kelly, ‘Six Elements of a Compliance Culture’ (Everfi, 2018) 8 <https://info.everfi.com/rs/410-YCZ-984/images/2018_SixElements_MC_whitepaper_April24.pdf?cta=inline_cta> (accessed: 28.03.2023).

¹⁹ Tone at the top: how management can prevent fraud in the workplace. Association of Certified Fraud Examiners 12 <https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/documents/tone-at-the-top-research.pdf> (accessed: 28.03.2023).

²⁰ ISO 37301:2021 Compliance management systems – Requirements with guidance for use (1st edition, Olympic World Library 2021).

²¹ Ibid.

Відповідно до більш розгорнутого варіанта настанови в контексті лідерства, а саме відповідно до п. 5.1.2 підрозділу 5.1 розділу 5 Стандарту ISO 37301:2021

організація повинна розвивати, підтримувати та поширювати комплаєнс-культуру на всіх рівнях організації. Керівний орган управління, вище керівництво (топ-менеджмент) та менеджмент повинні демонструвати активну, видиму, послідовну та стійку відданість загальним стандартам поведінки та діяльності, які є необхідними для всієї організації. Вище керівництво (топ-менеджмент) повинно заохочувати поведінку, яка створює та підтримує комплаєнс, а також повинно запобігати та не толерувати поведінку, яка компроментує комплаєнс²².

Учасники (акціонери, члени) і посадові особи органів управління підприємства повинні чітко й однозначно засвідчити свою відданість комплаєнсу. Водночас найчастіше правління (виконавчий орган управління) несе повну відповідальність за впровадження ефективної комплаєнс-системи. Проте зазначена прихильність не має обмежуватись декларуванням принципів етичності і доброчесності, що підкріплюється лише наглядом і делегуванням завдань із підтримки комплаєнсу. Посадові особи органів управління організації повинні бути активно залучені у прийняття рішень у сфері забезпечення комплаєнсу, ознайомлюватись із комплаєнс-ризиками та методами управління ними; забезпечувати достатність ресурсів, необхідних структурним підрозділам, які реалізують комплаєнс-заходи; контролювати прогрес із впровадження комплаєнсу особисто²³.

Корпоративна культура відіграє основоположну роль у питанні ефективності комплаєнс-системи, оскільки комплаєнс як такий демонструє підкреслену зразковість у провадженні господарської діяльності, відданість найвищим етичним цінностям, доброчесність і спрямованість на вирішення гострих соціальних, економічних, демографічних та гуманітарних питань. Стандарт ISO 37301:2021 передбачає, що 'комплаєнс також сприяє соціально відповідальній поведінці [діяльності] організації'²⁴. Наприклад, локальними актами суб'єкта господарювання можуть встановлюватися норми щодо кількості представників кожної статі у складі органів управління підприємства задля просування принципів гендерної рівності, або кількості працівників – людей з інвалідністю, учасників бойових дій, іноземних фахівців тощо. Тому для дієвості комплаєнс-механізмів на підприємстві потрібен загальний "фон" просуван-

²² ISO 37301:2021 (n 20).

²³ Kelly (n 18).

²⁴ ISO 37301:2021 (n 20).

ня найкращих практик прозорого ведення бізнесу та дотримання прийнятих в організації правил здійснення господарської діяльності.

Як зазначено в Стандарті ISO 37301:2021, 'комплаєнс стає стійким завдяки впровадженню його в культуру організації, а також у поведінку та ставлення людей, які в ній працюють'. Крім того, документ вводить поняття "комплаєнс-культура", що визначається як 'цінності, етика, переконання та поведінка, які існують у всій організації і взаємодіють зі структурами та системами її контролю для вироблення норм поведінки, які сприяють комплаєнсу'²⁵. Відповідно до закордонних досліджень у цій сфері комплаєнс-культуру визначають як 'поведінку на робочому місці, яка природно відповідає етичним і правовим нормам'²⁶.

Впровадження новітніх прозорих підходів до ведення господарської діяльності, а також формування корпоративної (комплаєнс) культури може полягати у зміні: 1) мети й завдань діяльності підприємства/організації; 2) технологіях виробництва, які застосовуються; 3) організаційних структурах й управлінських процесах організації – розподіл і перерозподіл функцій, нові методи та порядок прийняття рішень, впровадження інформаційних систем; 4) організаційній культурі – цінності, традиції, неформальні відносини, мотиви ведення господарської діяльності, стиль керівництва; 5) людському ресурсі – визначення компетентності, зміни у відносинах, визначення мотивації, регламентація поведінки та продуктивності праці; 6) ефективності роботи організації використання нових можливостей розвитку персоналу; 7) престижі й діловій репутації організації, іміджі такого підприємства на ринку, у суспільстві та у відносинах з органами державної влади²⁷.

Проте нерідко впровадження комплаєнсу деякими підприємствами полягає лише у формальному прийнятті внутрішніх документів, які регламентують поведінку та способи ведення господарської діяльності та які на практиці не є загальнообов'язковими, а вище керівництво організації не дотримується вказаних принципів і не демонструє належного прагнення до їхнього просування.

Однією з проблем, що спричиняє небажання вищого керівництва до всеохоплюючого та категоричного дотримання комплаєнс-правил, є загальна тенденція до правового нігілізму як правосвідомості, що утвердилась в Україні історично під впливом комуністичної ідеології та інших явищ і процесів на повсякденному, а згодом і професійному рівні. Такий деформований стан правосвідомості суспільства, який характеризується свідомим ігноруванням вимог закону та запереченням цінності права, полягає в ототожненні права і закону, фокусуванні на владно-держав-

²⁵ ISO 37301:2021 (п 20).

²⁶ Kelly (п 18).

²⁷ Петрова (п 6).

ницькій його природі, сприйнятті права як заборони, а не можливості. Повністю подолати правовий нігілізм неможливо, але можна мінімізувати його рівень через вжиття низки комплексних заходів, консолідації суспільства, забезпечення принципу верховенства права, здійснення правового виховання громадян у напрямі патріотизму та відповідальності за свою країну²⁸. Саме цей напрям ми вбачаємо перспективним для подолання вказаної проблематики з огляду на зростання патріотичних настроїв у зв'язку із наявними воєнними загрозами. Продемонстрований рівень самоорганізації суспільства як відповідь на пряму екзистенційну загрозу при повномасштабному вторгненні Російської Федерації, волонтерська активність суспільства та, зокрема, бізнесу є сприятливим підґрунтям для зрушень у контексті правосвідомості суспільства, утвердження принципів прозорості і доброчесності у провадженні господарської діяльності.

Як впливає з дослідження *Transparency International Ukraine*, проведеного до повномасштабного вторгнення, стан справ із транспарентністю (прозорістю) вітчизняних компаній є вкрай незадовільним. Так, у середньому індекс прозорості серед суб'єктів господарювання в Україні становив 3,1 балів із 10 можливих, лише 38 компаній мали показник прозорості більший за 5 балів. При цьому під час дослідження до уваги бралися такі елементи (та методи впровадження) комплаєнс-системи, як Антикорупційні політики, Кодекси етики, регламенти та процедури підприємств, а також наявність відкритої інформації щодо структури власності (корпоративної структури)²⁹. Ба більше, у деяких випадках ідеться про провадження господарської діяльності із використанням методів обходу податкового законодавства, здійснення діяльності на межі законності або формальне дотримання законодавчих вимог, зловживання законними правами тощо.

У таких і подібних випадках слід говорити про відсутність позитивної корпоративної культури, яка є основою комплаєнсу. Організації, що дотримуються принципу правового нігілізму, зазвичай націлені на заняття оборонної позиції та постійно перебувають в очікуванні боротьби із негативними наслідками порушення або обходу чинного законодавства. Тому для подібних суб'єктів господарювання механізмом превенції таких наслідків є не корпоративна культура та комплаєнс загалом, а здійснення визначених ними заходів на межі законності. Пріоритетом у такому разі є захист (найчастіше, судовий) у випадку ініціювання процедури притягнення суб'єкта господарювання до відповідальності відповідним

²⁸ Д. Стрілко, 'Правовий нігілізм та шляхи його подолання в сучасних умовах' (2021) 3 Підприємництво, господарство і право 217–9.

²⁹ 'Прозорість корпоративної звітності: оцінка найбільших приватних та державних компаній' (*Transparency International Ukraine*, 2016) 6–11 <https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2017/02/ti-rating_ukr_final_web.pdf> (дата звернення: 28.03.2023).

регулятором, на що спрямовуються основні сили підприємства. Тому не дивно, що однією з найпоширеніших і найбільш затребуваних практик юридичних фірм-консультантів в Україні, яка протягом останніх кількох років переживає “золоті часи”, залишається практика вирішення спорів (*dispute resolution/litigation*)³⁰.

Також суттєвою проблемою в процесі формування та реалізації корпоративної культури підприємств в Україні є відсутність одностайності у підходах до управління організацією зі сторони її учасників (акціонерів, членів), які обирають посадових осіб підприємства. Особливо це проявляється у товариствах, статутний капітал яких роздроблений на дрібні частки (пакети акцій), а вплив на діяльність підприємства має велика кількість таких учасників (акціонерів). Здебільшого йдеться про товариства з обмеженою відповідальністю та акціонерні товариства, власники акцій/часток у статутному капіталі яких обирають членів наглядової ради і виконавчих органів таких підприємств, а тому хоч і безпосередньо, але визначають напрями, форми та способи управління підприємством. Специфіка ж корпоративного управління у виробничих кооперативах, до прикладу, також не сприяє формуванню єдиної сталої культури такого підприємства: особиста трудова участь власників паїв, у разі неоднакової підтримки ними принципів доброчесності та прозорих методів ведення господарської діяльності, створює умови для безпосередньої участі таких осіб у перешкоджанні формуванню корпоративної культури кооперативу.

Можливим варіантом описаних ситуацій, що особливо шкодять корпоративній культурі підприємства, є корпоративний конфлікт. Так, в організаціях корпоративного типу науковці розмежовують інтерес учасників (акціонерів), які здебільшого зацікавлені у спрямуванні прибутку на виплату дивідендів, та самого товариства, інтересом якого є не лише збереження майнової стабільності, а й у вдосконаленні виробництва як умови забезпечення конкурентоспроможності на ринку, ділової репутації тощо, що також певною мірою забезпечується завдяки прибутку такого товариства. У такому випадку постає питання пріоритетності інтересів під час прийняття стратегічно важливих рішень щодо організації³¹. До прикладу, рішення про затвердження бюджету підприємства на наступний рік, що передбачає витрати на адміністрування та впровадження комплаєнсу, можуть блокуватися тими учасниками товариства, які не поділяють ідею необхідності його здійснення. Тобто в основі корпоративного конфлікту завжди є суперечності в інтересах учасників корпоративних відносин. Для подолання суперечностей, які призводять

³⁰ ‘Лідери ринку. Рейтинг юридичних компаній України – 2017’ (Юридична газета, 2018) 29 <http://yur-gazeta.com/content/pdf/leaders_2017_lite.pdf> (дата звернення: 28.03.2023).

³¹ О. Вінник, ‘До проблеми корпоративних конфліктів’ [2012] 1 (41) Університетські наукові записки 408–9.

до конфлікту інтересів і впливають на господарську правосуб'єктність у юридичній літературі, варто запровадити у діяльність товариств корпоративну систему комплаєнсу³².

Дуже часто пересторогою суб'єктів господарювання, що сприймається не на користь побудови комплаєнс-культури, є необхідність здійснення реальних витрат на її адміністрування одночасно із досить розмитими показниками доходу від такої діяльності, а також небажання посадових осіб органів підприємства або учасників (акціонерів, членів) змінювати усталені звички та підходи до роботи. Комплаєнс не є діяльністю, що генерує прибутки, натомість він є засобом превенції правопорушень, які можуть призвести до суттєвих збитків і в подальшому до зменшення тих самих прибутків. Тому проблематичним є розрахунок “собівартості” комплаєнсу – відвернених комплаєнс-ризиків у разі, якщо вони не настали. Проте аргументом на користь комплаєнс-культури і комплаєнсу є те, що вони також підсилюють захист організації і від інших видів ризиків, окрім комплаєнс-ризиків, через те, що впроваджується цінність добросовісної та етичної поведінки. Відтак втрати від неефективних (непідкріплених комплаєнс-культурою) систем управління ризиками сягають навіть мільйонів гривень. Так, внутрішнє розслідування часто демонструє, що розмір втрат від шахрайства працівників та контрагентів у кілька разів перевищує обсяг інвестицій у розвиток комплаєнс-функції³³.

Крім того, для учасників (акціонерів, членів) суб'єктів господарювання це питання може мати не лише внутрішнє, а й зовнішнє безпекове значення. Відповідно до системного звіту Ради бізнес-омбудсмена “Боротьба з рейдерством: сучасний стан та рекомендації” запровадження стандартів доброчесності є передумовою для зменшення вразливості бізнесу до рейдерських атак³⁴. Поширеним явищем для сфери господарювання в Україні є рейдерство. При цьому на хвилі “справедливої конфіскації” російських і білоруських активів, майна колоборантів можемо очікувати на новий сплеск рейдерських захоплень.

У розрізі наведеного вбачаються актуальними та своєчасними думки щодо того, що чим прозорішими є бізнес-процеси в компанії, тим надійніше вона захищена від протиправних дій. Так, існує прямий зв'язок між рівнем доброчесності в суспільстві та безпечністю ведення бізнесу, зокрема, рівнем рейдерства в країні³⁵. Таким чином, за відсутності кор-

³² О Гарагонич, ‘Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2020) 15.

³³ Г Герасимчук, ‘Комплаєнс як конкурентна перевага вашого бізнесу’ (*Business Views*, 07.07.2019) <<https://businessviews.com.ua/ru/business/id/scho-take-komplajen-1965>> (дата звернення: 28.03.2023).

³⁴ Системний звіт “Боротьба з рейдерством: сучасний стан та рекомендації” (Рада бізнес-омбудсмена, 2017) 50 <https://boi.org.ua/media/uploads/ii_2017_sytem_ua_digital.pdf> (дата звернення: 28.03.2023).

³⁵ Г Герасимчук, ‘Прозорість бізнесу знищить рейдерство’ (*Економічна правда*, 2018) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2018/10/29/642017>> (дата звернення: 28.03.2023).

поративної культури, що передбачає пріоритет корпоративного інтересу над індивідуальним, у пріоритет може ставитися одержання прибутків будь-якими засобами, що як таке може спричинити втрату майнової стабільності підприємства, ділової репутації та місця на ринку. Крім того, ефективна комплаєнс-система є невидимим чинником збільшення продуктивності персоналу, його самовіддачі, зменшення кількості корпоративних конфліктів та збільшення відданості працівників компанії. Так, економії коштів підприємства можна досягнути завдяки наявності потужної корпоративної культури, що формує цінності, завдання, пріоритети та методи господарювання, а саме: 1) усуваються явища конфлікту інтересів у компанії, що суттєво впливає на об'єктивність рішень і виключає вплив приватних інтересів співробітників і посадових осіб підприємства; 2) завдяки регламентації процедури добору кадрів мінімізується вплив посадових осіб підприємства на такі процеси (інакше, посилюється загальний показник некомпетентності персоналу, що прямо чи опосередковано призводить до збитків чи репутаційних втрат підприємства); 3) прописується процедура проведення публічних закупівель, у результаті – зменшується імовірність придбання продукції за завищеними неринковими цінами, браку чи низької якості продукції, тощо; 4) прививається принцип належного управління ресурсами підприємства (мінімізується використання посадовими особами та персоналом ресурсів господарської організації у власних цілях та ін.)³⁶.

Іншим викликом для побудови і підтримання комплаєнс-культури суб'єктом господарювання в Україні стало повномасштабне вторгнення Російської Федерації. Компанії зіткнулись із низкою економічних і соціальних викликів: фізична загроза життю персоналу, втрата майна під час окупації, втрачений дохід (прибуток) або упущена вигода, ускладнення логістики та господарських операцій, фінансових операцій, сповільнення господарського обороту, скорочення інвестицій тощо³⁷. Необхідність подолання таких викликів і продовження господарської діяльності багатьох суб'єктів господарювання вимагало здійснення кризового управління, у процесі якого пріоритет надається життєво необхідним для організації процесам та операціям. У ситуації безвиході, відсутності інвестицій, недостатності людського ресурсу, доходів і зупинення господарської діяльності, необхідності релокації органи управління призупиняли дію певних комплаєнс-процедур і політик, фактично приймаючи комплаєнс-ризики, з якими може зіткнутись організація. Основними комплаєнс-заходами, якими, як правило, "жертвували" суб'єкти господарювання у кризовий період, є: оцінка благонадій-

³⁶ В Шульга, 'Як компанії збільшують прибутки за рахунок комплаєнсу' (*Juscutum*, 2018) <<https://juscutum.com/yak-kompanii-zbilshuyut-pributki-za-ra>> (дата звернення: 05.04.2019).

³⁷ К Сафроненко, 'Роль комплаєнсу під час війни' (*КПМГ-Україна*, 2022) <<https://kpmg.com/ua/uk/blogs/home/posts/2022/08/rol-komplayensu-pid-chas-viyny.html>> (дата звернення: 14.03.2023).

ності контрагентів, проведення внутрішнього аудиту комплаєнс-системи, проведення періодичного комплаєнс-навчання тощо. Спрощення низки процедур, пов'язаних із мінімізацією комплаєнс-ризиків, могло торкнутись процедури проведення закупівель, отримання погоджень і візувань лінійним менеджментом ризикових господарських операцій, оформлення трудової та фінансової документації, підтримання функціонування каналів повідомлення про порушення, процедури залучення комплаєнс-підрозділу при прийнятті управлінських рішень та ін. Сукупність таких кризових обставин змушують компанії переглядати також свої бюджети у бік зменшення витрат, скорочення працівників чи структурних підрозділів. Не виключено, що в деяких випадках компаніям потрібно було відмовитись від комплаєнс-підрозділу чи суттєво скоротити його чисельність. Відповідно, всі описані управлінські рішення негативно впливають не лише на функціонування комплаєнс-системи, а й на підтримку корпоративної (комплаєнс) культури організації через демонстрування опціонарності комплаєнс-функції. У працівників таким чином може утвердитись переконання, що комплаєнс-процедури не є необхідними бізнесу, операційна діяльність функціонує динамічніше без низки додаткових або подеколи "обтяжливих" процедур і саме безперервність такої діяльності є критичною у кризовій ситуації.

Проте слід зазначити, що комплаєнс-ризиків в умовах воєнного стану мають тенденцію зростати, а також з'являються нові ризики, які у мирний час не становили загрози для суб'єкта господарювання, або вірогідність виникнення яких у певній сфері господарювання була мінімальною. Як наголошують експерти, під час війни зростають невизначеність середовища та різноманітні ризики, пов'язані з діловою етикою, роботою з контрагентами, оподаткуванням, заборгованістю, законодавством, репутацією тощо³⁸. Актуальним залишається ризик корпоративного шахрайства в компаніях, тому що в будь-якій кризі є особи, які захочуть скористатися ситуацією та нажитися, відтак компаніям слід додатково перевіряти свої процеси, які, наприклад, пов'язані з благодійними внесками, наданням фінансової допомоги, закупівлями тощо³⁹. Іншою серйозною проблемою вітчизняного бізнесу, яка в період війни лише загострилася, є корупція. З огляду на воєнні реалії процес ліквідації суб'єктів господарювання, які з тих чи інших причин припинили здійснювати господарську діяльність, як зазначають практики, суттєво ускладнюється та затягується, оскільки процедура ліквідації підприємства під час війни не є спрощеною. Водночас спостерігається зростання корупційного ризику, адже в процесі аналізу фінансових результатів діяльності під-

³⁸ І Саврас, Л Томаневич, 'Проблеми та особливості застосування антикризових методів управління підприємствами в умовах війни' (2022) 69 Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Економічні науки 134–5.

³⁹ Сафроненко (н 37).

приємств очевидними стають випадки фінансового шахрайства дотичних до бізнесу осіб⁴⁰.

Слід зазначити, що кращі практики управління комплаєнс-ризиком допускають прийняття комплаєнс-ризиків, якщо шкода від можливої реалізації такого ризику є меншою, ніж шкода від застосування підходів до відмови від ризику або його мінімізації. Найменшою шкодою для корпоративної (комплаєнс) культури у такому випадку було б: попередній прорахунок дій і процедур на випадок кризової ситуації та розроблення підходів до оптимізації процедур з управління комплаєнс-ризиком у випадку повномасштабної війни. На жаль, у багатьох випадках такі процеси могли або не проводитись, або не бути завершеними на час повномасштабного вторгнення Росії в Україну. Відповідно – у таких умовах найбільш шкідливим для організації результатом по факту подолання найбільш кризового стану та переходу у відносно стабільне функціонування буде невідновлення комплаєнс-заходів, комплаєнс-системи або загалом комплаєнс-культури. Оптимальним же вирішенням буде повернення до процесів здійснення комплаєнсу при стабілізації діяльності компанії та усунення ризиків, які загрожують її існуванню. Оскільки комплаєнс може бути максимально гнучким і швидким у реагуванні на зміни, допомагати бізнесу справлятися з загрозами в часи турбулентності, не обтяжуючи його зайвими процедурами, та допомагаючи досягнути основних цілей і завдань під час війни⁴¹.

У цьому контексті рекомендаціями для органів управління будуть: 1) відновлення внутрішньої комунікації з приводу необхідності здійснення комплаєнсу, а саме чітке обґрунтування необхідності тимчасового відступу від комплаєнс-процедур на час кризової ситуації на основі порівняння розміру вигоди і шкоди від збереження довоєнних процедур, які діяли в мирний час, у період надзвичайної ситуації, та, якщо можливо; 2) перегляд і оптимізація комплаєнс-процедур на період існування воєнної загрози, з огляду на появу нових комплаєнс-ризиків під час війни, а також їхня класифікація порівняно з визначеними довоєнними ризиками. Якщо функція комплаєнсу зазнала суттєвих скорочень через війну і не може бути відновлена найближчим часом, підтримання корпоративної (комплаєнс) культури має стати пріоритетом для вищого керівництва організації через підсилення управлінського контролю у контексті ідентифікації комплаєнс-ризиків, проведення регулярних комунікацій щодо етичних цінностей компанії, реагування на випадки недоброчесної поведінки чи порушення базових цінностей компанії і заохочення практик доброчесності, підтримання соціальних ініціатив, які не потребують суттєвих для компанії витрат, тощо.

⁴⁰ Саврас, Томаневич (н 38).

⁴¹ Сафроненко (н 37).

Загалом наявність корпоративної (комплаєнс) культури в організації в умовах воєнного стану є, безумовно, суттєвою перевагою на шляху до подолання наслідків, з якими стикаються підприємства. Підприємства, для яких у довоєнний час ризик-менеджмент був невід'ємним елементом системи управління, посадові особи яких активно використовували інструменти антикризового управління для подолання проблем у період пандемії, отримали неоціненний досвід роботи та практику вирішення проблем у кризових умовах⁴². На думку науковців, у такий час корпоративна культура «відіграє надважливу роль у допомозі працівникам подолати пригнічення та відчуття самотності, а також зробити внесок у підтримку країни <...>»⁴³. Дотримання доброчесного підходу до здійснення господарської діяльності під час боротьби країни за виживання є стимулом для персоналу організації для продовження плідної праці у надзвичайних умовах попри наявні ризики і морально-психологічні нюанси усвідомлення війни та її наслідків.

Крім того, під час війни почуття ризику можна трактувати просто як почуття страху, які під час кризових ситуацій посилюють у людей відчуття вразливості та невпевненості, часто спонукаючи їх шукати чітких правил і вказівок⁴⁴. Відповідно, наявність комплаєнс-культури і чітких комплаєнс-процедур допомогло компаніям у здійсненні управління організацією попри комунікаційні, територіальні виклики тощо.

З іншого боку, з початком війни підприємства почали втрачати свій головний ресурс – персонал. Умови сьогодення диктують збільшення потреби в універсальних працівниках, які повинні знати обов'язки своїх колег та при потребі їх замінити⁴⁵. Наявність прописаних комплаєнс-процедур, загальної корпоративної культури, принципи якої є універсальними до застосування будь-яким структурним підрозділом компанії, дають чітке розуміння компетенції суб'єктів прийняття рішень та дають змогу оперативно переорієнтуватись працівникам на виконання нових для них функціональних обов'язків.

Висновки. Отже, корпоративна культура – це сукупність цінностей, принципів, етичних правил і сталої практики організації, дотримання яких очікується від її працівників, органів управління та інших її стейкхолдерів і які дають можливість прогнозувати їх професійну поведінку в критичних ситуаціях. Корпоративна культура забезпечує основу, яка формує рішення співробітників у конкретний момент природно на основі цінностей, які вона об'єднує. Комплаєнс-культура є однією із гілок корпоративної культури, яку можна визначити як сукупність цінностей,

⁴² Саврас, Томаневич (н 38).

⁴³ Винничук, Пегитяк (н 5).

⁴⁴ S Mizrahi, N Cohen, E Vigoda-Gadot, D N Krup, 'Compliance with government policies during emergencies: Trust, participation and protective actions' [2022] 2023 (36) Governance 1083–102.

⁴⁵ Саврас, Томаневич (н 38).

принципів, етичних правил і сталої практики організації, дотримання яких очікується від її працівників, органів управління та інших її стейкхолдерів для забезпечення комплаєнсу. Наявність корпоративної (комплаєнс) культури суб'єкта господарювання є необхідним інструментом побудови ефективної комплаєнс-системи. При цьому основні проблеми ефективного впровадження комплаєнсу пов'язані саме з незабезпеченням існування корпоративної (комплаєнс) культури при наявності де-юре впроваджених організацією комплаєнс-заходів. Під час дослідження виокремлено такі проблеми незабезпечення корпоративної культури, як необхідного підсилювача комплаєнс-практик: 1) домінування серед учасників (акціонерів, членів) та посадових осіб органів управління суб'єкта господарювання правового нігілізму як правосвідомості; 2) відсутність однастайності у підходах до управління організацією і корпоративні конфлікти між її учасниками (акціонерами, членами), що нерідко впливає з особливостей організаційно-правової форми суб'єкта господарювання і структури управління ним; 3) повномасштабне вторгнення Росії в Україну та пов'язаний із ним критичний стан функціонування великої кількості компаній на межі можливостей, що змушує їх відмовлятися або суттєво обмежувати ресурси для здійснення комплаєнс-практик. Встановлено, що найнесприятливішим для організації результатом по факту подолання кризового стану та переходу у відносно стабільне функціонування буде невідворотна відмова від підтримки комплаєнс-культури організації. Забезпечення функціонування корпоративної (комплаєнс) культури є тим самим мінімумом, який дасть змогу суб'єкту господарювання у критичній ситуації зберегти базові рефлекси прихильності персоналу до комплаєнсу та повноцінно впровадити всі необхідні елементи комплаєнс-системи при подоланні кризових ситуацій і стабілізації діяльності суб'єкта господарювання.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Yurchenko V, Melnyk Yu, Bohdanova N, *Korporatyvna kultura orhanizatsii' navch.-metodychnyi posibnyk* (Tsentr perepidhotovky ta pidvyshchennia kvalifikatsii kerivnykh kadriv Ministerstva dokhodiv i zboriv Ukrainy 2014) (in Ukrainian).
2. Zadykhailo D, Kibenko O, Nazarova H, *Korporatyvne upravlinnia: navchalnyi posibnyk* (Espada 2003) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Mizrahi S, Cohen N, Vigoda-Gadot E, Krup D N, 'Compliance with government policies during emergencies: Trust, participation and protective actions' [2022] 2023 (36) Governance 1083–102 (in English).

4. Bala O, Mukan O, Bala R, 'Pryntsypy korporatyvnoi kultury pidpriemstv: sutnist ta vydy' (2010) 682 Naukovi pratsi NU "Lvivska politekhnika" 11–5 (in Ukrainian)
5. Chernyshova T, Nemchenko T, 'Deiaki aspekty korporatyvnoi kultury orhanizatsii' (2010) 17 Ekonomichni nauky, Naukovi pratsi KNTU 3 (in Ukrainian).
6. Harahonych O, 'Poniattia ta pryntsypy korporatyvnoho upravlinnia' (2013) 3–2 Porivnialno-analitychne pravo 155 (in Ukrainian).
7. Korshun A, 'Shchodo vyznachennia poniattia "komplaiens" i yoho kharakternykh oznak u sferi hospodariuvannia' [2022] 5 (124) Yurydychni nauky, Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka 59 (in Ukrainian).
8. Petrova I, 'Zminy korporatyvnoi kultury yak imperatyv orhanizatsiinoho rozvytku' (2014) 10 Ekonomika, Visnyk Prykarpatskoho universytetu 76 (in Ukrainian).
9. Rozen fon V, 'Komplaiens i komplaiens-ryzyky v konteksti pytan korporatyvnoi vidpovidalnosti ta korporatyvnoho upravlinnia (okremi aspekty zarubizhnoi praktyky)' [2020] 4 (65) Halytskyi ekonomichni visnyk 251 (in Ukrainian)
10. Savras I, Tomanevych L, 'Problemy ta osoblyvosti zastosuvannia antykrizovykh metodiv upravlinnia pidpriemstvamy v umovakh viiny' (2022) 69 Ekonomichni nauky, Visnyk Lvivskoho torhovelno-ekonomichnoho universytetu 134 (in Ukrainian).
11. Strilko D, 'Pravovy nihilizm ta shliakhy yoho podolannia v suchasnykh umovakh' (2021) 3 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 217 (in Ukrainian).
12. Vinnyk O, 'Do problemy korporatyvnykh konfliktiv' [2012] 1 (41) Universytetski naukovi zapysky 408 (in Ukrainian)

Conference papers

13. Vynnychuk R, Pehytiak O, 'Rol korporatyvnoi kultury orhanizatsii v chas viiny' v *Mizhnarodna naukovo-praktychna internet-konferentsiia "Imperatyvy ekonomichnoho zrostantia v konteksti realizatsii hlobalnykh tsilei staloho rozvytku"* (2022) 171 (in Ukrainian).

Theses

14. Harahonych O, 'Hospodarska pravosub'iektivist aktsionernykh tovarystv' (avtoref dys dokt yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).

Newspaper articles

15. Herasymchuk H, 'Komplaiens yak konkurentna perevaha vashoho biznesu' (*Business Views*, 2019) <<https://businessviews.com.ua/ru/business/id/scho-take-komplajen-1965>> (accessed: 28.03.2023) (in Ukrainian).
16. Herasymchuk H, 'Prozorist biznesu znyshchyt reiderstvo' (*Ekonomichna pravda*, 2018) <<https://www.epravda.com.ua/columns/2018/10/29/642017>> (accessed: 28.03.2023) (in Ukrainian).
17. 'Lidery rynku. Reitynh yurydychnykh kompanii Ukrainy – 2017' (*Yurydychna hazeta*, 2018) <http://yur-gazeta.com/content/pdf/leaders_2017_lite.pdf> (accessed: 28.03.2023) (in Ukrainian).
18. 'V Ukraini shchoroku zrostaie kilnist reiderskykh zakhopen' (*Ekonomichna pravda*, 2018) <<https://www.epravda.com.ua/news/2018/07/2/638303>> (accessed: 08.02.2023) (in Ukrainian).

Websites

19. Kelly D, 'Six Elements of a Compliance Culture' (*Everfi*, 2018) <https://info.everfi.com/rs/410-YCZ-984/images/2018_SixElements_MC_whitepaper_April24.pdf?cta=inline_cta> accessed 28 March 2023 (in English).

20. 'New horizons: Compliance 2020 and beyond' (*Deloitte*, 2020) <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/fr/Documents/risk/deloitte_compliance-2020-and-beyond.pdf> (accessed: 28.03.2023) (in English).
21. 'Tone at the top: how management can prevent fraud in the workplace. Association of Certified Fraud Examiners' <https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/documents/tone-at-the-top-research.pdf> (in English).
22. 'Prozorist korporativnoi zvitnosti: otsinka naibilshykh pryvatnykh ta derzhavnykh kompanii' (*Transparency International Ukraina*, 2016) <https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2017/02/ti_rating_ukr_final_web.pdf> (accessed: 28.03.2023) (in Ukrainian).
23. Safronenko K, "Rol" komplaiensu pid chas viiny' (*KPMG-Ukraina*, 2022) <<https://kpmg.com/ua/uk/blogs/home/posts/2022/08/rol-komplaiensu-pid-chas-viyny.html>> (accessed: 14.03.2023) (in Ukrainian).
24. Shulha V, 'Yak kompanii zbilshuiut prybutky za rakhunok komplaiensu' (*Juscutum*, 2018) <<https://juscutum.com/yak-kompanii-zbilshuyut-pributki-za-ra>> (accessed: 05.04.2019) (in Ukrainian).
25. 'Systemnyi zvit "Borotba z reiderstvom: suchasnyi stan ta rekomendatsii"' (*Rada biznes-ombudsmena*, 2017) <https://boi.org.ua/media/uploads/ii_2017_syttem_ua_digital.pdf> (accessed: 05.04.2019) (in Ukrainian).

Oleksandr Harahonych
Angelina Korshun

CORPORATE (COMPLIANCE) CULTURE OF THE ORGANIZATION: THEORETICAL LEGAL ASPECTS AND WAR CHALLENGES

ABSTRACT. The relevance of the conducted research is determined by the need to reform the corporate culture, modernize the legal tools of organization of economic activity, and comply them with international standards.

The purpose of this article is to study the essence of corporate culture and its correlation with the category of "compliance culture", to identify the problems of effective implementation of compliance, and to formulate separate proposals for their solution, in particular, in the context of the war challenges.

The article provides the author's definition of the concepts of "corporate culture" and "compliance culture" based on the analysis of international standards on compliance, principles of corporate governance developed by the OECD, valid legislation acts of Ukraine, and special scientific literature. The article studies the correlation between these legal categories.

The authors have analysed in detail the sources of formation of corporate culture, the general and special principles on the basis of which it is formed.

The research pays considerable attention to the study of such an element of the formation of the company's corporate culture, and, accordingly, of compliance, as the will of top management ("tone at the top").

The article systematizes approaches to the "transparent" conduct of economic activity, which are necessary for the formation of corporate (compliance) culture.

The research studies the problem of compliance risks of business entities in the conditions of martial law. The authors develop the recommendations for the corporate

management bodies of enterprises regarding the management of the aforementioned risks using compliance procedures.

In the conclusions, based on the results of the conducted research, the article defines the concept of corporate culture as a set of values, principles, ethical rules and sustainable practices of the organization, the observance of which is expected from its employees, management bodies and other stakeholders and which make it possible to predict their professional behaviour in critical situations. The article provides the definition of the concept of compliance culture.

The authors specified the role of corporate (compliance) culture in building an effective compliance system. The article summarizes the main problems in ensuring corporate culture as a necessary amplifier of compliance practices in the conditions of martial law.

KEYWORDS: corporate culture; compliance culture; business entity; corporate governance; enterprise; martial law; compliance risk; compliance system.



Веста Малолітнева

докторка юридичних наук, учений секретар
Державної установи “Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”
(Київ, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9678-1750>

Web of Science: <https://www.webofscience.com/wos/author/record/D-6314-2018>

vestamalolitneva@gmail.com

Олександр Трегуб

кандидат юридичних наук, науковий співробітник
відділу господарсько-правових досліджень проблем
економічної безпеки

Державної установи “Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”
(Київ, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0660-5783>

alexandr.fispeam@gmail.com



УДК 346.7:349.6

ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТИМУЛЮВАННЯ БІОЕНЕРГЕТИКИ НА ЗАСАДАХ СТАЛОСТІ

АНОТАЦІЯ. В Україні поступово формується нова модель енергетичного простору, яка передбачає відхід від монополізації енергоринків великими виробниками, диверсифікацію джерел енергопостачання, скорочення обсягів використання викопного палива й експлуатації застарілих технологій генерації енергії, пов'язаних із підвищеними екологічними ризиками та виснаженням природних ресурсів. Натепер одним із чільних напрямів трансформації відносин в енергетичному секторі країни є розвиток виробництва енергії з відновлюваних джерел, до яких належить і біомаса. Такий розвиток означає не лише збільшення потужності відновлюваної енергетики загалом і біоенергетики зокрема, що дає можливість вирішувати суто енергетичні завдання, а й істотне покращення екологічних і соціальних характеристик енергетичного сектору. Наявні правові засоби не дають змоги комплексно підійти до цього питання, адже ступінь адаптації законодавства України у сфері відновлюваних джерел енергії до принципів і вимог сталості залишається доволі низьким. У зв'язку з цим пошук правових шляхів узгодження механізму стимулювання біоенергетики з пріоритетами сталого розвитку стає вельми важливим науковим і практичним завданням.

Метою статті є обґрунтування концептуальних підходів та науково-практичних пропозицій щодо правових шляхів підвищення ефективності стимулювання біоенергетики на засадах сталості в контексті особливостей соціально-економічної ситуації в Україні.

Обґрунтовано, що вплив чинника сталості на механізм стимулювання розвитку біоенергетичної галузі в Україні є слабким і недостатньо вираженим. Уточнено, що відсутність у країні спеціальних вимог щодо сталості біопалива унеможливило екологічну та кліматичну трансформацію “зеленого” тарифу, “зелених” аукціонів, податкових, кредитних пільг та інших форм підтримки біоенергетики. Сформульовано теоретичне положення про те, що чітко визначені в законодавстві рамки сталості необхідно одночасно розглядати як межі державної підтримки біоенергетичних проєктів, що забезпечуватиме реальну екологічну спрямованість механізму стимулювання у біоенергетичній сфері.

Аргументовано урахування критеріїв сталості та скорочення викидів парникових газів, встановлених законодавством Європейського Союзу, під час оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на використання біомаси із внесенням відповідних змін до Критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на охорону навколишнього природного середовища. Конкретизовано, що введення в дію цих критеріїв може бути повністю або частково відстрочено принаймні на період воєнного стану, зважаючи на інституційні, технічні, економічні та інші ускладнення, а також першорядні потреби забезпечення енергетичної безпеки країни. Наголошується, що такий відступ від європейського курсу “зеленої” трансформації енергетики є вимушеним, короточасним і не призведе до зміни довгострокових пріоритетів розвитку України.

Ключові слова: відновлювані джерела енергії; державна підтримка; біомаса; біопаливо; критерії сталості та скорочення викидів парникових газів.

Сьома глобальна ціль сталого розвитку на період до 2030 року, затверджена на саміті Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) у 2015 р. та визнана Указом Президента України в 2019 р.¹, передбачає забезпечення доступної та чистої енергії. Відновлювані джерела енергії (далі – ВДЕ) відіграють провідну роль в отриманні такої енергії. Тому, усвідомлюючи це, більшість країн світу прагне створити якомога сприятливіші умови для розвитку відновлюваної енергетики. Однією з найбільш значущих і перспективних її галузей є біоенергетика, яка функціонує на основі біологічно відновлюваної речовини – біомаси (сировина для виробництва твердого, рідкого та газового біопалива).

Потенціал біоенергетичної галузі у різних регіонах світу стрімко зростає. У 2021 р. світова потужність біоенергетики досягла 143,4 гігават², із яких майже третина (41,8 гігават) припадала на країни Європи³. У 2020 р. біоенергетика забезпечувала близько 19,5 % теплопостачання в Європейському Союзі (далі – ЄС)⁴. В Україні прогрес біоенергетики спостерігається здебільшого в секторі виробництва тепла, тоді як у генерації електрич-

¹ Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року: Указ Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text>> (дата звернення: 30.03.2023).

² 'Bioenergy capacity worldwide from 2009 to 2021' (Statista) <<https://www.statista.com/statistics/476338/global-capacity-of-total-bioenergy>> (accessed: 30.03.2023).

³ 'Bioenergy capacity in Europe from 2010 to 2021' (Statista) <<https://www.statista.com/statistics/568014/europe-bioenergy-capacity>> (accessed: 30.03.2023).

⁴ 'Share of bioenergy in total heat supply in the European Union from 2015 to 2020' (Statista) <<https://www.statista.com/statistics/1369208/share-of-bioenergy-use-for-heating-in-the-eu>> (accessed: 30.03.2023).

ної енергії тверде, газове та інше біопаливо поки що не відіграє помітної ролі. Зважаючи на це, проєкт Національного плану дій з розвитку відновлюваної енергетики на період до 2030 року (у редакції від 21 вересня 2022 р.) орієнтує на інтенсивне виробництво електричної енергії з біомаси та біогазу⁵, що зрештою сприятиме диверсифікації джерел енергопостачання та стабільній роботі енергосистеми. За прогнозами Міжнародного енергетичного агентства (IEA), до 2050 р. використання сучасної (сталой) біоенергії в світі зросте до 100 ексаджоулів, що дорівнюватиме 20 % загальних потреб в енергії⁶.

Російська воєнна агресія при всьому її деструктивному впливі на енергетичний сектор України слугує потужним каталізатором “зеленої” енергетичної трансформації. І це не дивно, адже будь-яка успішна формула розв’язання проблем енергетичної незалежності та безпеки країни включає масштабний перехід до сталих ВДЕ. Відмова від викопного палива дає змогу не лише мінімізувати ризики застосування проти України енергетичної зброї, а й одночасно зробити вагомий внесок у декарбонізацію та отримати інші екологічні переваги. У цьому контексті варто відзначити прогресивність проєкту Плану відновлення України (розділ “Енергетична безпека”), який пов’язує повоєнну розбудову української енергетики зі створенням конкурентного ринку твердого біопалива, зменшенням податкового навантаження на виробників біоенергії, стимулюванням використання мулових залишків як енергетичної сировини, розширенням фінансування проєктів щодо заміщення природного газу біопаливом та з багатьма іншими біоенергетичними заходами⁷. Додатковим поштовхом для прискорення “зеленої” трансформації енергетики є підписання в лютому 2023 р. Меморандуму про взаєморозуміння між Україною та ЄС щодо стратегічного партнерства у сфері біометану, водню та інших синтетичних газів. Метою Меморандуму є узгодження дій сторін для подолання залежності від імпорту енергоносіїв, а також для ефективнішої реалізації цілей Європейського зеленого курсу та Паризької кліматичної угоди⁸.

У політиці та законодавстві ЄС у сфері ВДЕ простежується чіткий поділ біоенергетики на сталий (або так званий “сучасний”) і несталий сегменти, що здійснюється за допомогою спеціально розроблених із цією метою критеріїв сталості та скорочення викидів парникових газів (далі –

⁵ Про Національний план дій з розвитку відновлюваної енергетики на період до 2030 року (у редакції від 21 вересня 2022 р.): проєкт Розпорядження Кабінету Міністрів України <<https://sae.gov.ua/uk/content/draft-ceo-npdve>> (дата звернення: 30.03.2023).

⁶ Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector (International Energy Agency) <<https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>> (accessed: 30.03.2023).

⁷ Проєкт Плану відновлення України (розділ “Енергетична безпека”) <<https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/recoveryrada/ua/energy-security.pdf>> (дата звернення: 30.03.2023).

⁸ Меморандум про взаєморозуміння між Україною та ЄС щодо стратегічного партнерства у сфері біометану, водню та інших синтетичних газів <<https://uabio.org/wp-content/uploads/2023/01/Translation-MoU-UA-EU-Ukr.pdf>> (дата звернення: 30.03.2023).

КССВПГ). Ці критерії встановлюються Директивою (ЄС) 2018/2001 про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлюваних джерел (далі – Директива (ЄС) 2018/2001)⁹, яку Україна зобов'язана імплементувати відповідно до рішення Ради Міністрів Енергетичного Співтовариства від 30 листопада 2021 р. Поява законодавчих “рамок” сталості біоенергетики відповідає загальноєвропейським та світовим тенденціям і в перспективі потребуватиме перегляду усталених підходів до стимулювання у цій сфері.

У науковій юридичній літературі зачіпаються різні проблемні аспекти стимулювання у сфері ВДЕ. Серед останніх публікацій необхідно відзначити наукові праці О. Кулика, А. Пастух, Е. Рибнікової, Т. Харитоновой, Д. Штоди та інших авторів. Особливе значення для цього дослідження мають наукові погляди та підходи Х. Григор'євої щодо закономірностей розвитку системи державного стимулювання у сфері альтернативної енергетики¹⁰. Важливими є також напрацювання О. Колосової, присвячені питанням горизонтальної державної допомоги на використання ВДЕ в ЄС¹¹. Водночас проблематика стимулювання сталого розвитку біоенергетики у вітчизняній юридичній науці предметно не розглядалася, а аспект сталості стимулюючих заходів не приділялася належна увага. Цим обумовлено актуальність і доцільність проведення дослідження за обраною темою з акцентом на нові підходи законодавства ЄС у цій сфері, умови воєнного стану та пріоритети повоєнної відбудови України.

Метою дослідження є обґрунтування концептуальних підходів та науково-практичних пропозицій щодо правових шляхів підвищення ефективності стимулювання біоенергетики на засадах сталості в контексті особливостей соціально-економічної ситуації в Україні.

Ключовими стимулами для сталого розвитку біоенергетичної галузі як у період воєнного стану, так і на етапі повоєнного відновлення залишатимуться різноманітні форми прямої державної підтримки виробників електричної та теплової енергії з біомаси, що охоплюються поняттям державної допомоги. У законодавчому розумінні державною допомогою суб'єктам господарювання є їхня підтримка у будь-якій формі завдяки державним чи місцевим ресурсам, що спотворює або загрожує спотворенню економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності. За загальним правилом, державна допомога визнається

⁹ Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.328.01.0082.01.ENG> (accessed: 30.03.2023).

¹⁰ Х. Григор'єва, ‘Державне стимулювання альтернативної енергетики: порівняльно-правовий аналіз’ (2021) 4 Юридичний вісник 109-117.

¹¹ О. Колосова, ‘Правові засоби стимулювання розвитку відновлювальних джерел енергії як один із пріоритетних напрямів горизонтальної державної допомоги в Україні’ (2016) 1 Економіка та право 67–71.

недопустимою для конкуренції, якщо інше не встановлено законом¹². Однак державна допомога на розвиток відновлюваної енергетики, що класифікується як різновид допомоги на охорону навколишнього природного середовища, є пріоритетною для держави і суспільства, тому може бути дозволена за умови виконання визначених у законодавстві критеріїв.

Критерії оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на охорону навколишнього природного середовища були затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2021 р. № 1060. У цих Критеріях поняття “охорона навколишнього природного середовища” вживається у спеціальному значенні й охоплює будь-які дії, спрямовані на усунення або запобігання завданню шкоди навколишньому середовищу або природним ресурсам унаслідок діяльності отримувача допомоги, зменшення ризику завдання такої шкоди, ефективнішого використання природних ресурсів, зокрема й інструменти енергозбереження та використання ВДЕ¹³.

Отже, використання біомаси як відновлюваного джерела енергії може бути інструментом досягнення тих чи інших екологічних цілей. Така умовність пояснюється залежністю екологічних характеристик біоенергетики від багатьох чинників, зокрема виду і кількості біомаси, місця і способів її отримання (виробництва), ефективності технологій генерації біоенергії та ін. Результати багатьох досліджень указують на те, що, попри підтверджені екологічні переваги, біоенергетика не повинна сприйматись як абсолютно “зелена” та екологічно безпечна галузь енергетики. В окремих випадках функціонування біоенергетики негативно позначається на стані вод, ґрунтів, лісів та біорозмаїтті, а також може призводити до збільшення емісії парникових газів¹⁴. Важливим питанням стає чітке окреслення рамок сталості біоенергетики, дотримання яких дає змогу вирішувати протиріччя між різними цілями сталого розвитку при здійсненні виробництва та використанні біомаси. В ідеальному варіанті *рамки сталості необхідно одночасно розглядати як межі державної підтримки біоенергетичних проєктів*, що забезпечуватиме реальну екологічну спрямованість механізму стимулювання у біоенергетичній сфері. Однак питання сталості, значення якого для біоенергетики є беззаперечним, може тимчасово відійти на другий план в умовах

¹² Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1555-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>> (дата звернення: 30.03.2023).

¹³ Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на охорону навколишнього природного середовища: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2021 р. № 1060 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1060-2021-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 30.03.2023).

¹⁴ Y Wu and others, ‘Bioenergy production and environmental impacts’ [2018] 5 (14) Geoscience Letters <https://doi.org/10.1186/s40562-018-0114-y>; SP Andersen, ‘Biomass in the EU Green Deal: Towards consensus on the use of biomass for EU bioenergy: Policy report’ (Institute for European Environmental Policy 2021) 21 <<https://ieep.eu/wp-content/uploads/2022/12/Biomass-in-the-EU-Green-Deal.pdf>> (accessed: 30.03.2023).

воєнного стану та безпрецедентних загроз енергетичній безпеці країни. Такий вимушений, непередбачуваний і, якщо схилитися до оптимістичного сценарію, відносно короткочасний відступ від європейського курсу “зеленої” трансформації енергетики не потягне зміни довгострокових пріоритетів України.

Як уже відзначалося, у законодавстві ЄС існують спеціальні вимоги сталості для біопалива у формі КССВПГ. Директива (ЄС) 2018/2001 встановлює КССВПГ для транспортного біопалива, біорідини, призначеної для виробництва електричної, теплової енергії і охолоджувача, а також частково для твердого і газового біопалива. Застосування цих критеріїв має гарантувати, що виробництво та використання біомаси не суперечитиме цілям зі збереження біорізноманіття, вразливих екосистем, сталого управління лісами, сталого землекористування, а також матиме позитивний вплив на клімат і здійснюватиметься на основі найефективніших технологій (когенерація, уловлювання вуглецю і т. д.)¹⁵.

Наприклад, біопаливо, отримане з харчових і кормових культур, вважається сталим, якщо не пов'язано з високим ризиком побічних змін у землекористуванні. Ці зміни призводять до переміщення виробництва сільськогосподарської продукції на землі, які раніше не оброблялися (торф'яники, пасовища, лісові масиви)¹⁶. Іншим прикладом є вимоги щодо збирання лісової біомаси, які ґрунтуються на правилах сталого управління лісами.

Значення КССВПГ в ЄС полягає у тому, що від їх виконання залежить: урахування енергії, виробленої з біопалива, при визначенні частки енергії з відновлюваних джерел у валовому кінцевому споживанні енергії в ЄС та його країнах-членах; оцінка виконання кожною країною – членом ЄС своїх зобов'язань щодо збільшення частки енергії з відновлюваних джерел у транспортному та інших секторах; *можливість надання фінансової підтримки для споживання біопалива* (курсів наш. – О. Т., В. М.)¹⁷. Інакше кажучи, питання про допустимість чи недопустимість державної допомоги на використання біопалива має включати перевірку виконання КССВПГ.

У своїй статті О. Колосова наголошує на тому, що нормативно-правова база ЄС у сфері державної допомоги сприяє розвитку ВДЕ та захисту навколишнього середовища. Зокрема, ‘ключова ідея полягає у тому, що допомога, направлена на охорону навколишнього середовища, має більше переваг проти її негативного впливу на конкуренцію і внутрішній ринок’¹⁸. Як впливає з настанов Європейської комісії щодо державної

¹⁵ Directive (EU) 2018/2001 (н 9).

¹⁶ ‘EU sustainability criteria for bioenergy’ (European Parliament) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608660/EPRS_BRI\(2017\)608660_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608660/EPRS_BRI(2017)608660_EN.pdf)> (accessed: 30.03.2023).

¹⁷ Directive (EU) 2018/2001 (н 9).

¹⁸ Колосова (н 11).

допомоги на охорону навколишнього природного середовища та енергетику на 2014–2020 рр., загальною метою допомоги в екологічній сфері є підвищення рівня охорони навколишнього середовища порівняно з рівнем, який був досягнутий за відсутності допомоги. Своєю чергою, допомога в енергетичному секторі спрямована на забезпечення конкурентоспроможної, *сталості* (курсив наш. – О. Т., В. М.) та надійної енергетичної системи¹⁹.

Наприклад, у рамках оцінки схеми допомоги виробникам “зеленої” електроенергії Великого Герцогства Люксембург (ця схема включала “зелений” тариф на постачання електричної енергії з відновлюваних джерел) у розділі “Сумісність із внутрішнім ринком” Європейська комісія зазначила, що державна допомога має сприяти досягненню спільного інтересу. А цілі ЄС у сфері відновлюваної енергетики охоплюються цим інтересом. Європейська комісія також дійшла висновку, що “зелений” тариф сприяє виконанню національних зобов’язань Люксембургу стосовно збільшення частки енергії з відновлюваних джерел, оскільки він підтримує виробництво “зеленої” електроенергії²⁰.

Як уже відзначалося, за законодавством ЄС відповідність біопалива КССВПГ є підставою для врахування біоенергії при визначенні національних часток енергії з відновлювальних джерел у валовому кінцевому споживанні енергії. Біопаливо, що не відповідає вказаним критеріям, не сприяє зростанню національних часток та не є внеском у досягнення спільної мети ЄС щодо споживання енергії з відновлювальних джерел.

Згідно зі ст. 3 Директиви (ЄС) 2018/2001 країни – члени ЄС повинні були колективно забезпечити збільшення частки енергії з відновлюваних джерел у валовому кінцевому споживанні енергії в ЄС щонайменше до 32 % у 2030 р.²¹ Однак для якомога швидшої відмови від російського викопного палива на тлі розв’язаної Росією війни в Україні та глобальної енергетичної кризи ЄС вирішив довести цю наднаціональну мету до 45 % (*REPowerEU Plan* – План стрімкого зниження залежності від російського викопного палива і швидкого просування “зеленого” переходу, ухвалений 18 травня 2022 р.)²². Окрім цього, 14 вересня 2022 р. Європейський Парламент схвалив зміни до Директиви (ЄС) 2018/2001, які

¹⁹ Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014–2020: Communication from the Commission (2014/C 200/01) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0628%2801%29>> (accessed: 30.03.2023).

²⁰ State aid SA.37232 2014/NN – Luxembourg. Feed-in tariffs for renewable energy production and other support measures: European Commission decision C(2014) 6433 final <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254319/254319_1613552_16_2.pdf> (accessed: 30.03.2023).

²¹ Directive (EU) 2018/2001 (н 9).

²² REPowerEU Plan: Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (COM/2022/230 final) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A230%3AFIN&qid=1653033742483>> (accessed: 30.03.2023).

мають звужити рамки сталості біоенергетики через посилення КССВПГ²³. Отже, з одного боку, ЄС всіляко заохочує до зростання частки ВДЕ в енергетичному балансі, але, з другого боку, не допускає нехтування екологічними та іншими пріоритетами сталого розвитку²⁴.

Представлені зміни необхідно розглядати у взаємозв'язку з новими Настановами щодо державної допомоги у сфері клімату, охорони навколишнього середовища і розвитку енергетики, які були прийняті Європейською комісією 27 січня 2022 р. Ці Настанови спрямовані на те, щоб правила державної допомоги не перешкоджали цілям Європейського зеленого курсу²⁵, а також на створення основи для підтримки країн – членів ЄС у реалізації цього Курсу цілеспрямованим і економічно ефективним способом²⁶. У зв'язку з цим низка положень документа стосується біоенергетики. Зокрема, у підрозділі “Допомога на відновлювану енергетику” зазначено, що підтримка транспортного біопалива, біорідини, біогазу (включаючи біометан), а також твердого і газового біопалива з біомаси може бути схвалена лише за умови, що відповідні види палива відповідають КССВПГ у Директиві (ЄС) 2018/2001, її імплементаційних або делегованих актах²⁷.

Питання сталості біоенергетики зачіпаються також у Тимчасових кризових правилах надання державної допомоги для підтримки економіки через агресію проти України з боку Росії, які прийняті Європейською комісією 23 березня 2022 р. і тимчасово встановлюють гнучкіші та спрощені правила державної допомоги в умовах важких економічних наслідків російської агресії. Ці Правила регулюють надання такого виду державної допомоги, як допомога на збільшення використання відновлюваної енергії, на її зберігання та на відновлюване тепло, що відповідає *REPowerEU*. Однією з умов надання допомоги є виробництво біогазу та біометану з відходів і залишків, що відповідають КССВПГ згідно зі ст. 29 Директиви (ЄС) 2018/2001 та з Регламентом (ЄС) 2018/841 про включення викидів і поглинання парникових газів унаслідок землекористування, змін у

²³ Amendments adopted to the European Parliament on 14 September 2022 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council, Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council and Directive 98/70/EC of the European Parliament and of the Council as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0317_EN.html#ref_2_9> (accessed: 30.03.2023).

²⁴ О Трегуб, ‘Перспективи посилення вимог щодо сталості біопалива в Європейському Союзі та їх значення для України’ (2021) 12 Юридичний науковий електронний журнал 216.

²⁵ New Environmental State Aid Guidelines (Interreg Europe) <<https://www.interregeurope.eu/news-and-events/news/new-environmental-state-aid-guidelines>> (accessed: 30.03.2023).

²⁶ State aid: Commission endorses the new Guidelines on State aid for Climate, Environmental protection and Energy (European Commission) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6982> (accessed: 30.03.2023).

²⁷ Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022: Communication from the Commission (2022/C 80/01) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.080.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2022%3A080%3ATOC> (accessed: 30.03.2023).

землекористуванні та лісівництва у кліматичну та енергетичну базу до 2030 року²⁸.

Отже, аналіз розглянутих документів та останніх змін дає змогу дійти висновку, що в політиці й законодавстві ЄС просувається принцип обмеження стимулювання у галузі відновлюваної енергетики спеціальними вимогами сталості, які постійно переглядаються та посилюються. Для визначення меж стимулювання біоенергетики такими вимогами є КССВПГ, які дають змогу оцінювати ефективність виробництва та використання біомаси з погляду охорони навколишнього середовища, декарбонізації і сталого природокористування.

Теоретичному осмисленню цього принципу сприяють наукові погляди Х. Григор'євої, яка, спираючись на зарубіжний досвід, виділяє закономірності розвитку системи державного стимулювання у сфері альтернативної енергетики. Розвиток цієї системи включає проходження трьох рівнів, а саме економічного (перший рівень), екологічного (другий рівень) та кліматоохоронного (третій рівень). Х. Григор'єва констатує той факт, що українське законодавство у сфері стимулювання альтернативної енергетики розвивається у регресивному напрямі, адже його перехід від економічного до наступного, екологічного, рівня стимулювання так і не відбувся²⁹. У продовження цієї думки можна стверджувати, що відсутність в Україні спеціальних вимог щодо сталості біопалива унеможливорює екологічну та кліматичну трансформацію “зеленого” тарифу, “зелених” аукціонів, податкових, кредитних пільг та інших форм підтримки біоенергетики.

Водночас державне стимулювання виробництва і використання біомаси, що спричиняє несприятливі екологічні та інші наслідки, суперечить узятим Україною зобов'язанням щодо досягнення Цілей сталого розвитку ООН до 2030 р., участі в реалізації Європейського зеленого курсу, виконання екологічної частини Угоди про асоціацію з ЄС та Паризької кліматичної угоди. Необхідно також відзначити, що Стратегія державної екологічної політики України на період до 2030 року розглядає розвиток ВДЕ передусім як інструмент розв'язання екологічних проблем, а не чинник погіршення екологічної ситуації³⁰. Окреслений у цій Стратегії курс є реалістичним за умови екологізації усього механізму стимулювання відновлюваної енергетики, окремим напрямом якої є підпорядкування екологічним принципам та цілям різних форм державної підтримки біоенергетичних проєктів.

²⁸ Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia: Communication from the Commission (2022/C 131 I/01) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02022XC0324%2810%29-20220720>> (accessed: 30.03.2023).

²⁹ Григор'єва (н 10).

³⁰ Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року: Закон України від 28 лютого 2019 р. № 2697-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19#Text>> (дата звернення: 30.03.2023).

Стратегічному курсу державної екологічної політики України відповідає проєкт Плану відновлення України (розділ “Енергетична безпека”), який пов’язує подальший розвиток вітчизняної біоенергетики із економічними чинниками та *відповідністю біомаси критеріям сталості* (курсив наш. – О. Т., В. М.). Цей документ передбачає заміщення природного газу сталим біопаливом і балансування енергомереж через використання когенераційних установок на сталому біопаливі³¹.

Викладене вказує на необхідність урахування КССВПГ під час оцінки допустимості державної допомоги суб’єктам господарювання на використання біомаси із внесенням відповідних змін до Критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб’єктам господарювання на охорону навколишнього природного середовища. Уведення в дію КССВПГ, однак, може бути повністю або частково відстрочено принаймні на період воєнного стану, зважаючи на інституційні, технічні, економічні та інші ускладнення, а також першорядні потреби забезпечення енергетичної безпеки країни.

Висновки. Проведене дослідження показує, що вплив чинника сталості на механізм стимулювання розвитку біоенергетичної галузі в Україні є слабким і недостатньо вираженим. На відміну від ЄС, Україна ще не запровадила спеціальних вимог сталості для біопалива у формі КССВПГ. Як впливає з Директиви (ЄС) 2018/2001, головне завдання цих критеріїв полягає у забезпеченні досягнення біоенергетичних цілей без шкоди для біорізноманіття, вразливих екосистем, сталого управління лісами, сталого землекористування, клімату а також на основі найефективніших доступних технологій.

Ключовим напрямом удосконалення механізму стимулювання розвитку біоенергетики стає встановлення оптимальних меж державної підтримки біоенергетичних проєктів, які доцільно звузити до чітко визначених рамок сталості. Реалізувати цей підхід можливо через застосування КССВПГ при здійсненні оцінки допустимості державної допомоги суб’єктам господарювання на використання біомаси.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

Journal articles

1. Wu Y, Zhao F, Liu S and others, ‘Bioenergy production and environmental impacts’ [2018] 5 (14) Geoscience Letters <<https://doi.org/10.1186/s40562-018-0114-y>> (accessed: 30.03.2023) (in English).

³¹ Проєкт Плану відновлення України (розділ “Енергетична безпека”) (п. 7).

2. Hryhorieva Kh, 'Derzhavne stymuliuvannya alternatyvnoi enerhetyky: porivnialno-pravovyi analiz' (2021) 4 Yurydychnyi visnyk 109–17 (in Ukrainian).
3. Kolosova O, 'Pravovi zasoby stymuliuvannya rozvytku vidnovliuvalnykh dzherel enerhii yak odyn iz priorytetnykh napriamiv horyzontalnoi derzhavnoi dopomohy v Ukraini' (2016) 1 Ekonomika ta pravo 67–71 (in Ukrainian).
4. Trehub O, 'Perspektyvy posylennia vymoh shchodo stalosti biopalyva v Yevropeiskomu Soiuzi ta yikh znachennia dlia Ukrainy' (2021) 12 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 216 (in Ukrainian).

Websites

5. Andersen S P, Allen B, Domingo G C, 'Biomass in the EU Green Deal: Towards consensus on the use of biomass for EU bioenergy' (IEEP, 2021) <<https://ieep.eu/wp-content/uploads/2022/12/Biomass-in-the-EU-Green-Deal.pdf>> (accessed: 30.03.2023) (in English).
6. 'Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector' (International Energy Agency) <<https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>> (accessed: 30.03.2023) (in English).

Vesta Malolitneva
Oleksandr Trehub

LEGAL ASPECTS OF STIMULATING BIOENERGY ON THE BASIS OF SUSTAINABILITY

ABSTRACT. Ukraine is gradually forming a new model of energy space, which provides for the departure from the monopolization of energy markets by large producers, diversification of energy sources, reduction of fossil fuel use and operation of outdated energy generation technologies associated with increased environmental risks and depletion of natural resources. Currently, one of the leading directions of transformation of relations in the energy sector of the country is to develop energy production from renewable sources, which includes biomass. This development means not only an increase in the capacity of renewable energy in general and bioenergy in particular, which allows solving purely energy problems, but also a significant improvement in the environmental and social characteristics of the energy sector. The available legal means do not allow a comprehensive approach to this issue, because the degree of adaptation of Ukrainian legislation in the field of renewable energy sources to the principles and requirements of sustainability remains quite low. In this regard, the search for legal ways to harmonize the mechanism for stimulating bioenergy with the priorities of sustainable development is becoming a very important scientific and practical task.

The aim of the research is to substantiate conceptual approaches and scientific and practical proposals on legal ways to increase the effectiveness of stimulating bioenergy on the basis of sustainability in the context of the peculiarities of the social and economic situation in Ukraine.

It is demonstrated that the impact of the sustainability factor on the mechanism for stimulating the development of the bioenergy sector in Ukraine is weak and insufficiently pronounced. The authors emphasized that the lack of special requirements for sustainability of biofuels in Ukraine makes impossible the environmental and climate transformation of the feed-in tariff, "green" auctions, tax, credit benefits and other forms of bioenergy support. This paper formulated a theoretical position stating that the framework of

sustainability clearly defined in the legislation should be considered as the limits of state support for bioenergy projects, which will ensure a real environmental orientation of the incentive mechanism in the bioenergy sector.

The consideration of the sustainability and the greenhouse gas emissions saving criteria established by the legislation of the European Union during the assessment of state aid admissibility for biomass use with the introduction of appropriate changes to the Criteria for assessing the admissibility of state aid to economic operators for environmental protection is argued. The authors specified that the implementation of these criteria can be fully or partially postponed at least for the period of martial law, taking into account institutional, technical, economic and other challenges, as well as the primary needs of ensuring the country's energy security. This deviation from the European course of "green" energy transformation is forced, short-term and will not lead to changes in long-term development priorities of Ukraine.

KEYWORDS: renewable energy sources; state support; biomass; biofuel; sustainability and greenhouse gas emissions saving criteria.

III. Захист економічних прав під час війни та в повоєнний період



Олександра Кологойда

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри економічного права
та економічного судочинства

Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)

ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6929-3225>

Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-5740-2017>
a.kolohoida@icloud.com

УДК 347.736

ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ КРЕДИТОРІВ У РАЗІ НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

АНОТАЦІЯ. Питання ефективних механізмів захисту прав кредиторів і балансу інтересів кредиторів та боржника постає особливо гостро у разі значної втрати капіталу та неплатоспроможності компанії. Механізми структурування бізнесу, виведення капіталу через афілійованих і пов'язаних осіб, укладання значних правочинів із заінтересованістю за неринковими цінами, зміна складу учасників та посадових осіб, визнання договорів недійсними, застосування строків позовної давності, припинення афілійованої особи-поручителя та “керованого” банкрутства активно використовуються боржниками для уникнення виконання зобов'язання перед кредиторами.

Вже понад рік триває повномасштабна війна в Україні, наслідки якої, безумовно, вплинули і на кожного з нас, і на економіку та бізнес. Руйнування інфраструктури, основних фондів, зупинення та релокація бізнесу, зменшення обсягу споживання продукції та послуг, руйнування ділових відносин зумовили кризу неплатежів та ознаки неплатоспроможності значної частини вітчизняних компаній. Попри значну підтримку Європейського Союзу (ЄС), Міжнародного валютного фонду, західних партнерів, економіка України зазнає колосальних втрат і значна кількість компаній за відсутності достатньої кількості резервів, неможливості залучення внутрішніх та зовнішніх ресурсів зазнає банкрутства.

Неплатоспроможність товариства тягне за собою персональні ризики для посадових осіб та учасників (акціонерів) товариства та додаткові обов'язки, пов'язані зі значною втратою капіталу та ризиком банкрутства.

У статті досліджуються засоби захисту інтересів кредиторів в ЄС, Україні та Німеччині у разі неплатоспроможності: обов'язки директорів та посадових осіб у разі значної втрати капіталу; неплатоспроможність, зокрема: недійсність правочинів; підстави притягнення посадових осіб товариства до солідарної відповідальності у випадку недостатності майна боржника для задоволення вимог кредиторів;

обмеження та дострокове припинення повноважень керівника; відповідальність акціонерів, пов'язаних осіб, "тіньових" директорів за доведення до банкрутства; переведення грошових зобов'язань кредиторів в акції акціонерного товариства, щодо якого введено процедуру санації через додаткову емісію акцій.

Ключові слова: корпоративне право; конкурсне право; корпоративні відносини; неплатоспроможність; захист прав кредиторів; субсидіарна та солідарна відповідальність у справах про банкрутство; доктрина "зняття корпоративної вуалі".

Основною метою конкурсного процесу та процедур банкрутства є відновлення платоспроможності боржника та якомога більш повне задоволення вимог кредиторів. Окремі питання захисту прав кредиторів у справах про банкрутство досліджували у своїх працях О. Беяневич, І. Бутирська, О. Вінник, Л. Грабован, В. Джуно, А. Захарченко, О. Зельдіна, С. Жуков, В. Крат, Є. Петров, П. Пригуза, Б. Поляков, В. Радзивілюк, Н. Саніахметова, І. Спасибо-Фатєєва, В. Щербина, О. Янкова та інші вчені.

Незважаючи на очікування, введення мораторію на банкрутство компаній у період воєнного стану не відбулося. Проект Закону України "Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства щодо застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану"¹, розроблений з метою спрощення доступу до процедур банкрутства і підвищення ефективності їх застосування в умовах воєнного та післявоєнного стану, збереження сталості економіки, запобігання банкрутству та застосування широко спектру заходів відновлення платоспроможності, прийнятий за основу 16 серпня 2022 р. Проект Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України"², який передбачає, що позовні застави щодо банкрутства зможуть розглядатися у спрощеному позовному провадженні без виклику сторін, а також створення автоматизованої інформаційної системи "Банкрутство та неплатоспроможність", що об'єднає необхідні реєстри та бази даних і до складу якої входить Електронний кабінет арбітражного керуючого, було ухвалено 20 березня 2023 р.³

Метою дослідження є вивчення питання ефективних механізмів захисту прав кредиторів та балансу інтересів кредиторів і боржника в умовах гар-

¹ Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства щодо застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану: Проект Закону України від 7 червня 2022 р. № 7442 <<https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/39710>> (дата звернення: 25.03.2023).

Закон ухвалено 13 липня 2023 р. Набрання чинності відбулося 29 липня 2023 р. Див.: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань провадження та застосування процедур банкрутства у період дії воєнного стану: Закон України від 13 липня 2023 р. № 3249-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3249-IX#Text>> (дата звернення: 25.09.2023).

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Проект Закону України від 19 листопада 2020 р. № 4409 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70493> (дата звернення: 25.09.2023).

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 20 березня 2023 р. № 2971-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2971-IX#Text>> (дата звернення: 25.09.2023).

монізації національного законодавства України та Європейського Союзу (далі – ЄС) і воєнного стану.

Стаття 58 Директиви 2017/1132/ЄС⁴ відтворила норму Другої директиви і встановлює, що у випадку значної втрати підписного капіталу необхідно скликати загальні збори акціонерів у межах строку, який визначається законодавством держав-членів, з метою вирішення питання про припинення діяльності товариства або вжиття будь-яких інших необхідних заходів. Держави-члени мають визначити, які втрати капіталу вважаються значними, але така сума не може бути вище, ніж половина підписного капіталу.

Відповідно до частин 1, 2 ст. 4 Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ)⁵ засновники (учасники, акціонери) боржника, власник майна (орган, уповноважений управляти майном боржника у межах своїх повноважень) зобов'язані своєчасно вживати заходів для запобігання банкрутству боржника. Засновники (учасники, акціонери) боржника, власники майна (орган, уповноважений управляти майном) боржника, кредитори боржника, інші особи у межах заходів щодо запобігання банкрутству боржника можуть надати боржнику фінансову допомогу в розмірі, достатньому для погашення грошових зобов'язань боржника перед кредиторами, зокрема й зобов'язань щодо сплати податків і зборів, страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та соціальне страхування і відновлення платоспроможності боржника (санация боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство).

Частина 2 ст. 16 Закону України “Про акціонерні товариства” (далі – Закон про АТ)⁶ передбачає, що якщо чисті активи акціонерного товариства, за даними останньої річної фінансової звітності, становлять менше 50 % розміру зареєстрованого статутного капіталу або знизилися більш як на 50 % порівняно з тим самим показником станом на кінець попереднього року, наглядова рада або рада директорів товариства протягом трьох місяців з дати затвердження такої фінансової звітності зобов'язана здійснити всі дії, пов'язані з підготовкою і проведенням загальних зборів, до порядку денного яких включаються питання про заходи, які мають бути вжиті для покращення фінансового стану товариства, про зменшення статутного капіталу товариства або про ліквідацію товариства, а також про розгляд звіту виконавчого органу за наслідками зменшення власного капіталу товариства та затвердження заходів за результатами розгляду зазначеного звіту.

⁴ Директива Європейського парламенту і Ради (ЄС) 2017/1132 від 14 червня 2017 року щодо деяких аспектів корпоративного права <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_014-17#Text> (дата звернення: 25.03.2023).

⁵ Кодекс України з процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>> (дата звернення: 25.03.2023).

⁶ Про акціонерні товариства: Закон України від 27 липня 2022 р. № 2465-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2465-20#Text>> (дата звернення: 25.03.2023).

Аналогічна норма передбачена ч. 3 ст. 31 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” (далі – Закон про ТОВ)⁷. Якщо вартість чистих активів товариства знизилася більш як на 50 % порівняно з цим показником станом на кінець попереднього року, виконавчий орган товариства скликає загальні збори учасників, які мають відбутися протягом 60 днів з дня такого зниження. До порядку денного таких загальних зборів учасників включаються питання про заходи, які мають бути вжиті для покращення фінансового стану товариства, про зменшення статутного капіталу товариства або про ліквідацію товариства.

Фактори виникнення неплатоспроможності боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов’язання перед кредиторами можуть бути як зовнішніми (зміна кон’юнктури ринку, кредитоспроможність, коливання курсу валют, рівень інфляції, війна, стихійне лихо тощо), так і внутрішніми (нерозумні та недобросовісні дії або бездіяльність засновників (учасників) боржника, його керівника та менеджменту).

У випадках, передбачених законом, суб’єкт підприємництва – боржник, його засновники (учасники), власник майна та інші особи несуть юридичну відповідальність за порушення вимог законодавства про банкрутство, фіктивне банкрутство, приховування банкрутства або умисне доведення до банкрутства.

У разі загрози неплатоспроможності керівник боржника зобов’язаний:

1) невідкладно надіслати засновникам (учасникам, акціонерам), власнику майна (органу уповноваженому управляти майном) боржника відомості щодо наявності ознак банкрутства – загрози неплатоспроможності (ч. 2 ст. 4 КУзПБ) та попередити їх про обов’язок своєчасного вжиття заходів для запобігання банкрутству боржника (ч. 1 ст. 4 КУзПБ);

2) якщо відсутня можливість відновлення платоспроможності через досудову санацію боржника, або в інший спосіб – ініціювати проведення зборів для отримання рішення вищого органу управління боржника, засновників (учасників, акціонерів), власника майна (органу, уповноваженому управляти майном) боржника про подання заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, уповноваження керівника боржника подати таку заяву;

3) у місячний строк звернутися до господарського суду за місцезнаходженням боржника із заявою про відкриття провадження у справі у разі, якщо задоволення вимог одного або кількох кредиторів призведе до неможливості виконання грошових зобов’язань боржника в повному

⁷ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text>> (дата звернення: 25.03.2023).

обсязі перед іншими кредиторами (загроза неплатоспроможності (ч. 6 ст. 34 КУЗПБ)).

Момент виникнення загрози неплатоспроможності є одним із ключових, які повинен встановити господарський суд для притягнення керівника боржника до солідарної відповідальності. Цим моментом є дата, коли вартість (ринкова або балансова) всіх активів боржника стала меншою, ніж сума вимог кредиторів, строк виконання яких настав.

Недійсність правочинів. Способом захисту інтересів кредиторів є норма ст. 42 КУЗПБ, яка передбачає можливість визнання недійсними правочинів боржника, вчинених за три роки до відкриття провадження у справі про банкрутство, та правочинів, вчинених боржником після відкриття провадження у справі про банкрутство, якщо вони завдали збитків боржнику або кредиторам. Таке рішення може бути прийнято судом у межах провадження у справі про банкрутство за заявою арбітражного керуючого або кредитора з таких підстав:

- боржник виконав майнові зобов'язання до встановленого строку;
- боржник до відкриття провадження у справі про банкрутство взяв на себе зобов'язання, внаслідок чого він став неплатоспроможним або виконання його грошових зобов'язань перед іншими кредиторами повністю або частково стало неможливим;
- боржник здійснив відчуження або придбав майно за цінами, відповідно нижчими або вищими від ринкових, за умови, що в момент прийняття зобов'язання або внаслідок його виконання майна боржника було (стало) недостатньо для задоволення вимог кредиторів;
- боржник оплатив кредитору або прийняв майно в рахунок виконання грошових вимог у день, коли сума вимог кредиторів до боржника перевищувала вартість майна;
- боржник узяв на себе заставні зобов'язання для забезпечення виконання грошових вимог;
- боржник безоплатно відчужив майно, взяв на себе зобов'язання без відповідних майнових дій іншої сторони, відмовився від майнових вимог;
- боржник уклав договір із заінтересованою особою;
- боржник уклав договір дарування.

У правових висновках Верховного Суду розкрито поняття правової презумпції сумнівності правочинів при дослідженні угод боржника (постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – КГС ВС) від 30 січня 2019 р. у справі № 910/6179/17)⁸ та ознаки

⁸ Постанова Верховного Суду від 30 січня 2019 р. у справі № 910/6179/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/79846005>> (дата звернення: 25.03.2023).

франдаторних правочинів (постанова КГС ВС від 24 листопада 2021 р. у справі № 905/2030/19⁹).

Право на звернення до господарського суду з вимогою про визнання правочинів (договорів) боржника недійсними на будь-якій стадії процедури банкрутства надано кредитор, арбітражному керуючому (ст. 42 КУзПБ), комітету кредиторів (п. 3 ч. 8 ст. 48 КУзПБ). Визначений ст. 42 КУзПБ трирічний строк, на думку П. Пригузи, С. Жукова, не є строком позовної давності¹⁰, а є спеціальним строком захисту прав кредиторів¹¹.

Правові наслідки полягають у тому, що у разі визнання недійсними правочинів боржника кредитор зобов'язаний повернути до складу ліквідаційної маси майно, яке він отримав від боржника, а в разі неможливості повернути майно в натурі – відшкодувати його вартість грошима за ринковими цінами, що існували на момент вчинення правочину. Водночас, як зауважує суддя С. Жуков, відповідно до ч. 1 ст. 216 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹² відшкодовується вартість того, що одержано, за цінами, які існують саме на момент відшкодування. Крім того, норма ст. 42 КУзПБ передбачає повернення майна до ліквідаційної маси, яка формується на стадії ліквідаційної процедури. Отже, якщо розуміти буквально цю норму, то існує невизначеність, як саме будуть застосовані наслідки недійсності або зобов'язання щодо повернення майна чи повернення грошей на стадії розпорядження майном або санації¹³.

Стаття 42 КУзПБ не передбачає права вибору кредитора за недійсним правочином на погашення свого боргу передусім у процедурі банкрутства або виконання зобов'язання боржником у натурі після закриття провадження у справі про банкрутство. Правові наслідки визнання недійсною угоди боржника у межах справи про банкрутство визначає Н. Камша. По-перше, оскільки грошові вимоги у сторони за недійсним правочином виникають до боржника вже після відкриття провадження у справі про банкрутство, його слід віднести до поточних кредиторів. По-друге, автоматично ця особа не стає кредитором у справі після винесення ухвали про визнання правочину недійсним, вона має повернути майно або кошти боржникові і подати заяву до суду. По-третє, якщо майно чи кошти сторона за договором поверне боржнику, він зможе

⁹ Постанова Верховного Суду від 24 листопада 2021 р. у справі № 905/2030/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/102147785>> (дата звернення: 25.03.2023).

¹⁰ П. Пригуза, 'Проблеми визнання недійсними правочинів боржника в процедурах банкрутства' (Юридичний вісник України. 25–31 травня 2013, № 21) 10.

¹¹ С. Жуков, 'Проблемні питання визнання недійсними правочинів боржника у справі про банкрутство' в Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції "Актуальні проблеми процедур банкрутства в Україні та міжнародний досвід врегулювання неплатоспроможності" (В'язовченко А, Ханик-Посполітак Р ред, 2019) 51–65.

¹² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 25.03.2023).

¹³ Жуков (н 11) 62.

розрахуватися з таким поточним кредитором на стадії розпорядження майном чи санації. По-четверте, якщо ж розрахунок із такою особою на стадіях розпорядження майном і санації не проведено, то подати заяву про грошові вимоги до банкрута сторона за недійсним правочином зможе лише в межах ліквідаційної процедури, як і всі поточні кредитори, і її вимоги підлягають включенню до четвертої черги¹⁴.

Солідарна відповідальність керівника, посадових осіб боржника у разі неплатоспроможності. Підставами такої відповідальності є:

1. Неповідомлення про ознаки банкрутства, що насувається, та порушення обов'язку ініціювати процедуру банкрутства.

Кредитори часто зазнають збитків через несвоєчасне повідомлення про неспроможність, а деякі кредитори не стали б вкладати свої кошти в товариство, дізнавшись про його неспроможність раніше.

У Німеччині керівник неспроможної компанії зобов'язаний подати заяву про неспроможність без затримки, але не пізніше трьох тижнів після настання неплатоспроможності (§ 92 Закону про акціонерні корпорації, далі – *AktG*¹⁵). У разі невиконання зазначеного обов'язку він несе відповідальність за загальними принципами деліктного права згідно із загальними нормами Цивільного кодексу Німеччини¹⁶ (§ 823 (2)), а не відповідно до *AktG* за “неправильне ведення справ” (нім. *Insolvenzverschleppungshaftung*).

В Україні, якщо керівник боржника допустив порушення вимог ініціювати процедуру банкрутства у місячний строк, він несе солідарну відповідальність із боржником перед кредиторами у разі недостатності майна боржника для задоволення вимог кредиторів (ч. 6 ст. 34 КУзПБ). Відповідальність керівника має субсидіарний характер. До пред'явлення вимоги керівнику кредитор повинен пред'явити вимогу до основного боржника (ч. 2 ст. 619 ЦК України).

Про виявлення порушення керівником боржника обов'язку ініціювати процедуру банкрутства зазначається в ухвалі господарського суду, що є підставою для подальшого звернення кредиторів (поточних, конкурсних або забезпечених) зі своїми вимогами до керівника боржника. Ці вимоги повинні бути включені до реєстру вимог кредиторів, які визнані господарським судом за результатами проведення попереднього засідання. Заява кредитора про покладення солідарної відповідальності на керівника боржника може заявлятися на будь-якій стадії провадження у справі про банкрутство і розглядається за правилами Господарського

¹⁴ Н Камша, ‘Проблемні питання наслідків визнання недійсними правочинів боржника у межах справи про банкрутство’ в Жуков С (ред), *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей* (2019) 92–3.

¹⁵ Aktiengesetz (Stock Corporation Act) vom September 6, 1965 <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/index.html> (accessed: 26.03.2023).

¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch BGB (German Civil Code) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html> (accessed: 26.03.2023).

процесуального кодексу України¹⁷ у порядку, визначеному ст. 7 КУзПБ у межах справи про банкрутство. Відсутність вини у діях керівника, причинно-наслідкового зв'язку між діями керівника і збитками та незадоволенням вимог кредиторів покладається на керівника (ч. 2 ст. 614 ЦК України).

2. Невжиття заходів щодо запобігання банкрутству. Засновники (учасники, акціонери), власник майна (орган, уповноважений управляти майном боржника в межах своїх повноважень, зобов'язані своєчасно вживати заходів для запобігання банкрутству боржника, зокрема, у разі значної втрати капіталу (ст. 4 КУзПБ, ч. 2 ст. 16 Закону про АТ, ст. 31 Закону про ТОВ).

У разі порушення наглядовою радою або радою директорів товариства обов'язку протягом трьох місяців з дати затвердження фінансової звітності, що підтверджує значну втрату капіталу, здійснити всі дії, пов'язані з підготовкою і проведенням загальних зборів, до порядку денного яких включаються питання про заходи, які мають бути вжиті для покращення фінансового стану товариства, про зменшення статутного капіталу товариства або про ліквідацію товариства, а також про розгляд звіту виконавчого органу за наслідками зменшення власного капіталу товариства та затвердження заходів за результатами розгляду зазначеного звіту, та визнання акціонерного товариства банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів, всі члени наглядової ради або ради директорів, які обіймали відповідні посади в період невиконання вказаного обов'язку, солідарно несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства.

Члени виконавчого органу, які не повідомили наглядову раду або раду директорів про зниження вартості чистих активів товариства, солідарно несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства у разі визнання його банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів. Члени наглядової ради або ради директорів, члени виконавчого органу, які доведуть, що не знали і не мали знати про таке зниження вартості чистих активів товариства або голосували за рішення про скликання загальних зборів акціонерів у зв'язку зі зниженням вартості чистих активів товариства, звільняються від відповідальності за порушення зазначеного обов'язку.

Аналогічна відповідальність передбачена ч. 4 ст. 31 Закону про ТОВ. У разі порушення обов'язку виконавчого органу скликати загальні збори у разі значної втрати капіталу та визнання товариства банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів, члени виконавчого органу солідарно несуть субсидіарну відповідаль-

¹⁷ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

ність за зобов'язаннями товариства. Члени виконавчого органу, які доведуть, що не знали і не мали знати про таке зниження вартості чистих активів або голосували за скликання загальних зборів учасників у зв'язку зі зниженням вартості чистих активів товариства, звільняються від відповідальності за порушення цього обов'язку.

3. Відповідальність за доведення до банкрутства. Посадові особи зобов'язані діяти добросовісно не тільки щодо товариства та його учасників (акціонерів), а й щодо кредиторів. Боржник, засновники (учасники), власник майна, інші особи несуть юридичну відповідальність за порушення законодавства про банкрутство, зокрема, фіктивне банкрутство, приховування банкрутства, умисне доведення до банкрутства. Закон передбачає за порушення вимог законодавства про банкрутство: кримінальну (ст. 219 Кримінального кодексу України, далі – КК України¹⁸), адміністративну (статті 164¹⁵, 166¹⁶, 166¹⁷ Кодексу України про адміністративні правопорушення, далі – КУпАП¹⁹), цивільно-правову (ст. 61 КУзПБ) та дисциплінарну відповідальність (статті 19–23 КУзПБ).

На відміну від КК України (ст. 219 “Доведення до банкрутства”) та КУпАП (ст. 164¹⁵ “Приховування стійкої фінансової неспроможності”, ст. 166¹⁶ “Незаконні дії засновника (учасника) або службової особи суб'єкта господарської діяльності у разі банкрутства”, зокрема, умисне приховування майна, відомостей про майно, передача майна в інше володіння або його відчуження чи знищення, фальсифікація, приховування, знищення документів, ст. 166¹⁷ “Фіктивне банкрутство”), де законодавець чітко визначив склади кримінального та адміністративних порушень, у нормах конкурсного права (ч. 2 ст. 61 КУзПБ) не визначено склад правопорушення “доведення до банкрутства”.

У разі банкрутства боржника з вини керівника боржника, посадових осіб та інших осіб, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки або мають право іншим чином визначати його дії, на таких осіб може бути покладена субсидіарна відповідальність за зобов'язаннями у разі недостатності майна боржника для розрахунку з кредиторами, вимоги яких визнані судом у межах провадження у справі про банкрутство (ч. 6 ст. 34 та ч. 2 ст. 61 КУзПБ).

Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства є виключним механізмом відновлення майнових прав кредиторів у випадку зловживання особами, які управляють юридичною особою або мають право приймати юридично значущі рішення, суб'єктивними цивільними правами, у разі недостатності майна товариства для задоволення вимог кредиторів. Стягнені суми включаються до складу ліквідаційної маси

¹⁸ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

¹⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

і використовуються тільки для задоволення вимог кредиторів у порядку черговості, встановленому законом.

Законодавство не пов'язує покладення субсидіарної відповідальності при банкрутстві з наявністю вироку у кримінальній справі про встановлення в їхніх діях (бездіяльності) кримінального правопорушення (постанови КГС ВС від 30 січня 2018 р. у справі № 923/862/15²⁰, від 9 жовтня 2019 р. у справі № 910/21232/16²¹). Водночас, оцінюючи будь-які дії/бездіяльність суб'єктів відповідальності на предмет покладення на них субсидіарної відповідальності у справі про банкрутство, суду слід, захищаючи правило ділового рішення (*business judgment rule*), відмежовувати дії та обставини, які належать до звичайних (ділових) ризиків підприємницької діяльності (прорахунків, помилок), від зловживання правом та умисних цілеспрямованих корисливих дій/бездіяльності власника майна або посадової особи, спрямованих на доведення товариства до банкрутства. Наприклад, відчуження майна боржника за ціною нижче ціни його придбання, не завжди свідчить про умисел заподіяння збитків, якщо така ціна відповідає ринковій вартості, а реалізація майна дала змогу боржникові погасити заборгованості, виконати інші зобов'язання, реструктуризувати виробництво тощо.

Дії щодо доведення до банкрутства залишають своє відображення у первинних документах бухгалтерського обліку, фінансовій звітності, укладених угодах, інших документах, дослідження яких є предметом судової економічної експертизи з використанням Методики проведення судово-економічних експертиз з питань банкрутства, фіктивного банкрутства та доведення до банкрутства підприємств (реєстраційний код 11.2.47)²². Відповідно до методики перевіряється рівень забезпечення зобов'язань кредиторів за показниками активів, оборотними активами і чистими активами. Якщо при розрахунку цих показників виявлено їх погіршення, встановлюються причини (ціни, обсяг реалізації, якості), що викликали ці негативні зміни і робиться висновок про наявність ознак доведення суб'єкта господарювання до банкрутства.

Пункт 3.2 Методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємства та ознак дій із приховування банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства²³ закріплює, що економічними ознаками дій із доведення до банкрутства може вважатися

²⁰ Постанова Верховного Суду від 30 січня 2018 р. у справі № 923/862/15 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/72008724>> (дата звернення: 25.03.2023).

²¹ Постанова Верховного Суду від 9 жовтня 2019 р. у справі № 910/21232/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/85211413>> (дата звернення: 25.03.2023).

²² Реєстр методик проведення судових експертиз <<http://www.rmpse.minjust.gov.ua/page/18>> (дата звернення: 26.03.2023).

²³ Про затвердження методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємства та ознак дій із приховування банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства: Наказ Міністерства економіки України від 19 січня 2006 р. № 14 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0014665-06#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

такий фінансово-економічний стан боржника, за якого виконання умов договорів призвело до погіршення показників оцінки його фінансового стану. Це може бути підписання завідомо не вигідних для підприємства (зокрема фіктивних) договорів, необґрунтована виплата грошових коштів або передача третім особам майна, ухвалення нераціональних управлінських рішень, які негативно впливають на виробничу, торговельну діяльність підприємства, призводять до збитків, заплутування звітності, знищення документів або інформації тощо.

Закон не визначає період часу, за який здійснюється оцінка дій керівника щодо доведення до банкрутства. Доцільно встановити такий період контролю в три роки до дати виникнення ознак банкрутства, а також після їх виникнення до порушення провадження у справі про банкрутство.

За наявності ознак банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, зокрема й керівника боржника, ліквідатор для забезпечення реалізації принципу безсумнівної повноти дій ліквідатора в ліквідаційній процедурі подає заяву про покладення субсидіарної відповідальності після завершення реалізації ліквідаційної маси і розрахунків із кредиторами на підставі здійснення такої реалізації в ліквідаційній процедурі за неповного погашення кредиторської заборгованості банкрута (постанова КГС ВС від 30 жовтня 2019 р. у справі № 906/904/16²⁴ та ін.).

4. Відповідальність за інші порушення законодавства про банкрутство, зокрема, ухилення посадових осіб боржника від обов'язку передати бухгалтерську та іншу документацію, печатки та штампи, матеріальні та інші цінності боржника ліквідатору, що призводить до неможливості формування ліквідаційної маси (ч. 2 ст. 59 КУЗПБ).

Особа, яка притягається до субсидіарної відповідальності, повинна доказати відсутність своєї вини.

Заходом забезпечення вимог кредиторів у процедурі банкрутства є також обмеження та дострокове припинення повноважень керівника. Це захищає кредиторів від ризиків, пов'язаних із неналежним веденням справ боржника.

Відповідальність акціонерів, пов'язаних осіб, “тіньових” директорів за доведення до банкрутства.

Акціонери (учасники) не відповідають за зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, у межах належних їм акцій (часток). Принцип обмеженої відповідальності відповідає сутності конструкції юридичної особи як “корпоративного щита”, який захищає особисте майно учасників від вимог кредиторів. Принцип обмеженої відповідальності учасників АТ історично став

²⁴ Постанова Верховного Суду від 30 жовтня 2019 р. у справі № 906/904/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/85617441>> (дата звернення: 25.03.2023).

визначальною передумовою виокремлення організаційно-правової форми АТ²⁵.

Однак в умовах обмеженої відповідальності учасники корпорації стали уникати особистої відповідальності і виконання зобов'язань, приховувати особу реального вигодонабувача під прикриттям “корпоративної вуалі”. Це призвело до порушення прав як компанії, так і кредиторів. Суди різних держав дедалі частіше відступають від принципу обмеженої відповідальності засновників (учасників) за боргами юридичної особи, застосовуючи для цього спеціальні механізми з метою встановлення справедливості. Це дає змогу притягнути до відповідальності осіб, які фактично контролюють і визначають напрями діяльності корпорації (доктрина “зняття корпоративної вуалі”).

Відступ від принципу обмеженої відповідальності акціонерів (учасників) може мати місце лише у виключних випадках, прямо передбачених законом:

1) засновники АТ несуть солідарну відповідальність перед кредиторами за пов'язаними з його заснуванням зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації товариства (ч. 1 ст. 13 Закону “Про АТ”). Акціонерне товариство відповідає за зобов'язаннями засновників лише у разі схвалення їхніх дій загальними зборами, які мають бути проведені протягом шести місяців з дня державної реєстрації АТ. Інформація про такі зобов'язання товариства має бути відображена у статуті АТ (ч. 3 ст. 13 Закону про АТ);

2) доведення до банкрутства і недостатності майна товариства для задоволення вимог кредиторів. У разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки, або мають право іншим чином визначати його дії, на таких осіб може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями у разі недостатності майна боржника для розрахунку з кредиторами, вимоги яких визнані судом у межах провадження у справі про банкрутство (ч. 6 ст. 34 та ч. 2 ст. 61 КУзПБ).

Особами, які контролюють боржника, тобто мають фактичну можливість визначати його дії, можуть бути: мажоритарний акціонер (учасник), керівник та учасники (акціонери) мажоритарного учасника (акціонера), материнська, холдингова компанія та особи, які формально не є учасниками корпорації: кінцевий бенефіціарний власник, бенефіціар трасту, управляюча компанія, в управління якої передано акції, та її керівник, член колегіального виконавчого органу або наглядової ради, номінальний керівник (“тіньовий” директор).

²⁵ Salomon v. Salomon & Co Ltd [1897] <https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-1897-ac-22/> (accessed: 25.03.2023).

Кінцевим бенефіціарним власником є для юридичних осіб будь-яка фізична особа, яка здійснює вирішальний вплив на діяльність юридичної особи (зокрема й через ланцюг контролю/володіння). Наявність формально-правової ознаки контролю відповідно до відомостей Єдиного державного реєстру (далі – ЄДР) не є вирішальною. Суб'єктом відповідності може бути керівник, посадова особа, повноваження якої на час порушення провадження у справі про банкрутство припинились.

Суд може встановити можливість особи визначати дії боржника:

- унаслідок володіння часткою в статутному капіталі, що дає можливість впливати на ухвалення рішень, обирати органи управління, погоджувати правочини тощо;
- за наявності повноважень укладення правочинів від імені боржника;
- особа займає керівну посаду (головний бухгалтер, фінансовий директор тощо), яка передбачає ухвалення обов'язкових до виконання рішень чи виконання функцій, що визначають діяльність боржника;
- родинні зв'язки, спорідненість із керівником, членами органів управління або інший вплив на керівника, членів органів управління боржника;

3) відповідальність пов'язаних осіб банку. Пов'язана з банком особа, дії або бездіяльність якої призвели до заподіяння кредиторам та/або банку шкоди, а також пов'язана з банком особа, яка внаслідок таких дій або бездіяльності прямо чи опосередковано отримала майнову вигоду, відповідають за шкоду, заподіяну банку, у разі недостатності майна банку для задоволення вимог кредиторів у процесі його ліквідації (ч. 5 ст. 52 Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб”);

4) відповідальність за умисне заподіяння шкоди кредиторам, учасникам корпоративних відносин (корпоративний делікт). За законом така відповідальність передбачена лише у випадку неплатоспроможності боржника в межах справи про банкрутство і не охоплюється інститутом похідного позову;

5) відповідальність у разі неповної оплати акцій (часток) на стадії формування статутного капіталу при створенні товариства і в межах неоплаченої частини номінальної вартості належних їм акцій (невнесеної суми вкладу).

Директива 2017/1132 передбачає можливість оплати 25 % вартості акцій на момент реєстрації, решти – протягом 5 років. Тому в державах – членах ЄС, де оплата акцій може здійснюватись протягом певного строку після розміщення акцій, солідарна відповідальність у межах неоплаченої частки вартості акцій є логічним механізмом захисту інтересів як товариства, так і кредиторів.

В Україні для АТ ця норма (ч. 2 ст. 3 Закону про АТ) є бланкетною, оскільки 100 % вартості акцій оплачується до затвердження результатів

розміщення акцій, що передує державній реєстрації АТ. Водночас учасники ТОВ/ТДВ, які не повністю внесли вклади, несуть солідарну відповідальність за його зобов'язаннями у межах вартості невнесеної частини вкладу кожного з учасників (ст. 2 Закону про ТОВ);

б) субсидіарна відповідальність холдингової компанії за зобов'язаннями корпоративного підприємства, яке через дії або бездіяльність холдингової компанії стало неплатоспроможним і визнано банкрутом (ч. 6 ст. 126 Господарського кодексу України, далі – ГК України²⁶). Водночас материнською може бути не тільки холдингова компанія, а зловживання правом корпоративного контролю не завжди має наслідком неплатоспроможність дочірнього товариства.

У законодавстві багатьох країн отримала закріплення конструкція так званих “контрольованих юридичних осіб”, “пов’язаних підприємств”. Для країн континентальної системи права характерною є концепція субсидіарної відповідальності материнської компанії за збитки дочірнього товариства, заподіяні внаслідок виконання дочірньою компанією вказівок материнської компанії, за наявності причинно-наслідкового зв’язку (*Durchgriffshaftung*).

Ця відповідальність має субсидіарний характер, застосовується незалежно від укладення між контролюючим і дочірнім товариством договору про підпорядкування і є гарантією відшкодування материнською компанією збитків як дочірньому підприємству, так і його кредиторам за виведення активів, збиткові правочини тощо.

Право акціонерів дочірнього підприємства вимагати відшкодування збитків, заподіяних із вини материнської компанії, є різновидом похідного позову. Дочірні товариства також мають право на подання таких позовів на захист своїх прав, однак законодавством України таке право не передбачено.

У Німеччині існують спеціальні правила, що регулюють групи компаній. § 291 *AktG* дозволяє товариствам укладати договори про контроль (*Beherrschungsvertrag*) з іншим товариством, що вимагає від останнього виконання стандартів підготовки звітності та аудиту, схвалення зазначеного правочину більшістю голосів у 75 % і дозволяє акціонерам контрольованого товариства вимагати від контролюючого викупу їхніх акцій. Створення групи дає право міноритарним акціонерам контрольованого товариства на отримання компенсацій від материнської компанії (§ 304 *AktG*), подати похідний позов до директорів материнської компанії про притягнення їх до відповідальності за завдані контрольованому товариству збитки (§ 309 IV *AktG*). Кредитори контрольованого товариства також мають право подати такий позов і вимагати відшкодування збит-

²⁶ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>> (дата звернення: 25.03.2023).

ків на свою користь. Якщо товариство є неспроможним, керуючий конкурсною масою може подати такий позов від імені кредиторів.

Материнська компанія має право давати вказівки контролюваному товариству, які повинні виконуватися радою директорів останнього (§ 308 II AktG). Рада директорів материнської компанії відповідає за них так само, як і за рішення, що приймаються щодо останньої (§ 309 AktG).

При відсутності договору про контроль, наприклад при створенні групи де-факто, материнська компанія не може використовувати свій вплив для примусу до укладання не вигідних договорів, якщо тільки відсутність вигоди не компенсується до закінчення того ж фінансового року (§ 311 AktG). При відсутності компенсації до закінчення року діяльності, материнська компанія відповідає перед контролюваним товариством за збитки і може нести відповідальність перед акціонерами останнього (§ 317 I AktG). Відповідальність відсутня у разі, якщо сумлінний менеджер незалежного товариства уклав би аналогічний договір на подібних умовах (§ 317 II AktG). Посадові особи материнської компанії, які є ініціаторами таких договорів, несуть солідарну відповідальність разом із материнською компанією (§ 317 III AktG).

У судовій практиці були розроблені загальні правила про “зняття корпоративного захисту (вуалі)”, які застосовуються у випадках, коли контролюване товариство має недостатній оборотний капітал або коли наявне “змішування” фінансових активів обох компаній. Федеральний Верховний Суд Німеччини розробив доктрину “втручання, що приводить до руйнування контролюваного товариства”, на яку посилаються у випадках, коли єдиний акціонер – материнська компанія використовує своє становище для виведення активів із контролюваного товариства, що призводить до неспроможності останнього. У справах, пов’язаних зі “зняттям корпоративної вуалі” у разі пред’явлення позову до материнської компанії, до її директора може бути поданий позов про компенсацію збитків, якщо його дії можуть вважатися порушенням обов’язків директора щодо дбайливості.

Оскільки юридична особа не може бути керуючим товариства, материнська компанія не несе відповідальності відповідно до доктрини керуючого де-факто (*faktischer Geschäftsführer*). Однак якщо директор материнської компанії управляє дочірнім товариством де-факто, ця особа може нести відповідальність.

8. Субсидіарна відповідальність держави як засновника створених нею юридичних осіб публічного права (ч. 7 ст. 77 ГК України, ст. 176 ЦК України), відповідальність державного партнера за зобов’язаннями підприємства або господарського товариства відповідно до договору дер-

жавно-приватного партнерства (абз. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про державно-приватне партнерство”²⁷).

9. Солідарна відповідальність акціонера і члена наглядової ради, який є його представником за дії, що призвели до заподіяння збитків товариству (ч. 8 ст. 72 Закону про АТ). Вважаємо, що таку відповідальність слід поширити і на випадки завдання збитків іншим акціонерам товариства та кредиторам у межах інституту похідного позову.

Новим способом захисту інтересів кредиторів є *переведення грошових зобов’язань кредиторів в акції* АТ щодо якого введено процедуру санації через *додаткову емісію* акцій, порядок якого регулюється главою 3 розділу IV Положення про порядок здійснення емісії акцій²⁸.

АТ здійснює емісію простих акцій існуючої номінальної вартості. Не застосовуються переважні права акціонерів при додатковій емісії акцій; акції розміщуються серед заздалегідь визначеного кола осіб – кредиторів товариства, кількість яких не обмежена.

Рішення про додаткову емісію акцій приймає керуючий санацією АТ. План санації АТ заадаки додатковій емісії акцій повинен бути схвалений кредиторами та затверджений судом. Ринкова вартість зобов’язань у грошовій формі з метою переведення їх в акції товариства має бути підтверджена документально. Результати емісії акцій та звіт про результати емісії акцій затверджуються рішенням зборів кредиторів емітента або керуючого санацією.

Етапи збільшення статутного капіталу АТ, щодо якого введено процедуру санації через розміщення акцій додаткової емісії, в які будуть переведені грошові зобов’язання товариства:

1) схвалення кредиторами та затвердження судом плану санації із зазначенням:

- порядку збільшення статутного капіталу;
- переліку осіб, серед яких передбачено розміщення акцій додаткової емісії (кредиторів), що складається на підставі реєстру вимог кредиторів;
- порядку оплати вартості акцій (погашення зобов’язань перед кредиторами);
- порядку та строків розміщення акцій, який не може бути менше ніж 45 календарних днів;
- порядку визначення розміру часток у статутному капіталі АТ осіб, серед яких передбачено розміщення акцій додаткової емісії;
- розмір зобов’язань, визначений у грошовій формі, для погашення яких здійснюється додаткова емісія акцій;

²⁷ Про державно-приватне партнерство: Закон України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

²⁸ Про затвердження Положення про порядок здійснення емісії акцій, реєстрації та скасування реєстрації випуску акцій: рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 лютого 2022 р. № 98 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0415-22#Text>> (дата звернення: 26.03.2023).

- обсягу додаткової емісії акції існуючої номінальної вартості, в які будуть переведені грошові зобов'язання товариства;
- наслідків ненадання кредиторами необхідної інформації / документів для перерахування акції додаткової емісії на їхні рахунки;
- 2) прийняття керуючим санацією рішення про:
 - збільшення статутного капіталу АТ через додаткову емісію акцій існуючої номінальної вартості, в які будуть переведені грошові зобов'язання товариства, без здійснення публічної пропозиції;
 - емісію акцій (із зазначенням учасників та строків розміщення);
 - визначення (затвердження) ціни розміщення акцій;
 - залучення до розміщення інвестиційної фірми, що здійснює андеррайтинг або діяльність із розміщення без надання гарантії (за потреби);
 - повідомлення кожного акціонера про додаткову емісію акцій та затвердження тексту такого повідомлення;
- 3) складення переліку (переліків) АТ, які мають бути повідомлені про додаткову емісію акцій через передбачений законодавством на дату затвердження плану санації;
- 4) повідомлення акціонерів про додаткову емісію акцій не пізніше 5 робочих днів з дати прийняття рішення керуючим санацією;
- 5) подання до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) офіційним каналом зв'язку заяви, рішення про емісію акцій і всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій;
- 6) реєстрація НКЦПФР випуску акцій та видача товариству тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій;
- 7) присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера (код ISIN);
- 8) оформлення та депонування тимчасового глобального сертифіката в Центральному депозитарії цінних паперів;
- 9) повідомлення кредиторів товариства, серед яких передбачено розміщення акцій, про додаткову емісію акцій через персональне повідомлення та розміщення повідомлення у базі даних;
- 10) розміщення акцій через перерахування акцій додаткової емісії на рахунки кредиторів. Оплата акцій здійснюється погашенням вимог кредиторів до товариства, у результаті чого зобов'язання товариства перед кредиторами припиняються, а акції вважаються повністю оплаченими;
- 11) затвердження результатів емісії акцій керуючим санацією;
- 12) затвердження звіту про результати емісії акцій керуючим санацією;
- 13) внесення керуючим санацією змін до статуту, пов'язаних зі збільшенням статутного капіталу, з урахуванням результатів емісії акцій;

14) реєстрація зміни розміру статутного капіталу АТ в органах державної реєстрації;

15) подання до НКЦПФР офіційним каналом зв'язку заяви і всіх необхідних документів для реєстрації звіту про результати емісії акцій;

16) реєстрація НКЦПФР звіту про результати емісії акцій, видача свідоцтва про реєстрацію випуску акцій і зареєстрованого звіту про результати емісії акцій;

17) переоформлення та депонування глобального сертифіката в Центральному депозитарії цінних паперів.

Висновки. Законодавець у нормах корпоративного та конкурсного права зробив спробу збалансувати інтереси кредитора та боржника в процедурах банкрутства, системно підійти до питання захисту прав кредиторів і відповідальності за доведення до банкрутства. У статті дістало подальший розвиток дослідження правових засобів захисту інтересів кредиторів в ЄС, Україні та Німеччині у разі неплатоспроможності товариства, зокрема: обов'язки директорів і посадових осіб у разі значної втрати капіталу; неплатоспроможність, недійсність правочинів, укладених боржником; підстави притягнення посадових осіб до солідарної субсидіарної відповідальності у випадку недостатності майна боржника для задоволення вимог кредиторів; обмеження та дострокове припинення повноважень керівника, відповідальність акціонерів, пов'язаних осіб, "тіньових" директорів за доведення до банкрутства; переведення грошових зобов'язань кредиторів в акції АТ, щодо якого введено процедуру санації через додаткову емісію акцій як спосіб погашення вимог кредиторів.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Kamsha N, 'Problemni pytannia naslidkiv vyznannia nediisnymy pravochyniv borzhnyka u mezhakh spravy pro bankrutstvo' v Zhukov S (red), *Zastosuvannia norm Kodeksu Ukrainy z protsedur bankrutstva. Zbirka naukovykh statei* (2019) 92–3 (in Ukrainian).

Newspaper articles

2. Pryhuza P, 'Problemy vyznannia nediisnymy pravochyniv borzhnyka v protsedurakh bankrutstva' (Yurydychnyi visnyk Ukrainy. 2013. № 21) 10 (in Ukrainian).

Conference papers

3. Zhukov S, 'Problemni pytannia vyznannia nediisnymy pravochyniv borzhnyka u spravi pro bankrutstvo' v *Materialy Mizhnarodnoi nauково-praktychnoi konferentsii "Aktualni problemy protsedur bankrutstva v Ukraini ta mizhnarodnyi dosvid vrehuliuvannia*

Oleksandra Kolohoida

CREDITORS' INTERESTS PROTECTION IN COMPANY INSOLVENCY PROCEDURE

ABSTRACT. Effective methods of protection of creditors' rights and balance of creditors and debtor's interests is of particular importance in case of a serious loss of the charter capital and insolvency. Mechanisms of business structuring, withdrawal of capital through affiliated and related persons, entering into material party transactions with interested parties at non-market prices, change in the participants (shareholders) and officers, invalidation of contracts, statutes of limitations, termination of affiliated guarantor and fraudulent bankruptcy are actively used by debtors to avoid fulfilling obligations towards creditors.

The war in Ukraine has been going on for more than a year, the consequences of which have definitely affected each of us, the economy and business. The destruction of infrastructure, fixed assets, the stoppage and relocation of business, the decrease in the consumption of products and services, the destruction of business relations led to the crisis of non-payments and signs of insolvency of a part of domestic companies. Despite the significant support of the European Union, the International Monetary Fund, and Western partners, the economy of Ukraine is experiencing losses, and a significant number of companies are going to insolvency due to the lack of sufficient reserves and the impossibility of attracting internal and external resources.

Insolvency entails personal risks for the officers and participants (shareholders) of the company and additional obligations associated with a significant loss of capital and the risk of insolvency. The article examines the creditors' interests protecting in the EU, Ukraine and Germany in the event of the insolvency: the directors and officials duties in the event of a significant loss of capital, insolvency, invalidity of transactions, grounds for holding company officials jointly liable in the event of insufficient assets of the debtor to satisfy creditors' requirements, limitation and early termination of the manager's powers, secondary liability of shareholders, related persons, "shadow" directors for insolvency, transfer of creditors' monetary obligations into shares of a joint-stock company through additional issuance of shares.

KEYWORDS: corporate law; insolvency law; corporate relations; insolvency; protection of creditors' rights; secondary liability in insolvency cases, doctrine "lifting the corporate veil".



Інна Спасибо-Фатеева

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри цивільного права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3447-1252>
isfateeva@gmail.com

УДК 347.662: 347.724

ПРОБЛЕМИ НА ПЕРЕТИНІ КОРПОРАТИВНИХ ТА СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН: ЯК І ЩО СПАДКУЄТЬСЯ ПІСЛЯ СМЕРТІ УЧАСНИКА ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ?

АНОТАЦІЯ. Після смерті особи відбувається спадкування майна, яке їй належало. Якщо померлий був учасником товариства з обмеженою відповідальністю, то постає питання не тільки про те, що спадкуватиметься, а й те, чи стане спадкоємець учасником товариства. Тож відповідь на це питання є важливою як для спадкоємців, так і для інших учасників товариства, адже від цього певною мірою залежить корпоративне управління, а, можливо, і стан справ у товаристві. Зміни, що відбулися у законодавстві з регулювання відносин щодо спадкування і набуття корпоративних прав спадкоємцями померлого учасника з ухваленням Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” породили численні проблеми. Насамперед вони породжені тим, чи встановлює цей Закон імперативний припис щодо набуття спадкоємцями корпоративних прав чи статутом товариства можливо встановити інший правовий механізм. Ще одним питанням стало те, яким чином припинити корпоративне право спадкоємця, якщо вважати, що він його набув, але не вчинив дій по вступу до товариства.

Ключові слова: корпоративні права; спадкування; вступ до товариства; частка в статутному капіталі.

В Україні до тематики спадкування зверталися, зокрема, Ю. Заїка, О. Кухарев, О. Печений, Є. Рябоконт, до аналізу корпоративних прав вдавалися Ю. Жорнокуй, О. Кібенко, А. Смітюх та ін. Ґрунтовних же монографічних досліджень на стику спадкового і корпоративного права взагалі не існує. Однак аналітичних статей на тематику спадкування часток у статутному капіталі явно бракує.

Теорія правовідносин є доволі складною й ускладнюється із розвитком цивільних відносин, включенням до їхнього кола тих відносин, яких

© Інна Спасибо-Фатеева, 2023

раніше не існувало, перехрещенням різних правовідносин тощо. Одним із прикладів цього є зв'язок між корпоративними та спадковими відносинами.

Корпоративне право ми зазвичай розглядаємо крізь призму корпоративного управління і захисту прав учасників/акціонерів, що є лівовою частиною судових спорів. Це пов'язано з тим, що мотивація набуття часток/акцій зазвичай полягає у доступі до корпоративного управління, завдяки чому особи, які інвестують у акції/частки, досягають своєї мети, зокрема (або передусім) майнового характеру (отримання дивідендів, оплати праці членів органів управління).

Натомість не менш важливим є оборот акцій і часток, що також дає змогу особі отримати прибуток завдяки курсовій різниці (для акцій) або зростанню вартості частки через прибуткову діяльність товариства з обмеженою/додатковою відповідальністю (далі – ТОВ/ТДВ).

Другий напрям, тобто оборот, зі свого боку, має власне розгалуження – це відчуження акцій/часток та їх успадкування. Також можна говорити й про реорганізацію господарського товариства, що припускає правонаступництво, але там перехід прав на частки/акції не відбувається у тому ж розрізі, як при продажі чи спадкуванні. Тому це окрема розмова. Причому і цей напрям часто призводить до першого русла – доступу спадкоємців до корпоративного управління, а не лише отримання майнового задоволення від сум на розрахунки за частку учасника, який помер.

Варто зосередитися на спадкуванні після смерті учасника ТОВ/ТДВ, що вміщує у собі елементи і корпоративних відносин, і спадкових, і відносин власності. При цьому слід звернути увагу на такі важливі аспекти: 1) смерть учасника як підстава припинення корпоративних правовідносин; 2) об'єкт спадкування; 3) корпоративне управління під час прийняття спадщини; 4) правовий механізм набуття корпоративних прав спадкоємцями; 5) потреба в уніфікації набуття корпоративних прав спадкоємцями акціонерів і учасників ТОВ/ТДВ.

Наслідки смерті особи для корпоративних правовідносин, в яких вона перебувала. Це питання здається начебто зрозумілим, але при першому наближенні до нього виявляється, що все не так просто. Хід міркувань має бути від ясного і зрозумілого до неясного і незрозумілого.

Ясно те, що особа помирає і її участь у ТОВ/ТДВ припиняється, власне, як і участь в інших правовідносинах. Ба більше, припиняються її права, навіть таке, як право власності (п. 11 ч. 1 ст. 346 Цивільного кодексу України, далі – ЦК України¹), хоча за всіма правовими канонами відбувається правонаступництво і право власності не припиняється,

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

а переходить до іншої особи – спадкоємця (ст. 1216 ЦК України)². Тож якщо право припинилося, то його не існує, а якщо його немає, то воно не може переходити до інших осіб. Звісно, що ми маємо вади законодавчої техніки і це треба долати при опрацюванні ЦК України. Утім, на практиці все більш-менш владналося і співвідношення зазначених норм розуміється як те, що право власності в однієї особи припинилося, але воно не припинилося зовсім, тобто воно не зникло, адже спадкування якраз і побудовано на тому, щоб права особи не зникали разом із особою, а переходили до іншої особи в порядку правонаступництва.

Якщо цей підхід застосувати до наслідків смерті учасника ТОВ/ТДВ, то виявляється така проблема: про правонаступництво може йтися лише щодо майна, яке залишилося після смерті особи. Попри те, що в ст. 1218 ЦК України йдеться про те, що до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини, немайнові права та обов'язки до складу спадщини не входять (пункти 1 та 2 ч. 1 ст. 1219 ЦК України). Зокрема, у п. 2 йдеться про право на участь у товариствах. Ще одна вада законодавчої техніки, оскільки норма про право на участь, що містилося у ст. 100 ЦК України, виключено з цього Кодексу, а текст цієї статті змінився³ і зараз стосується зовсім іншого – виходу та виключення учасника з товариства. Проте право на участь не зникло зі ст. 1219 ЦК України, а тому проблема залишилася. І якщо піддавати це право тлумаченню і приведенню у відповідність до іншої вживаної у ЦК України та Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”⁴ термінології, то вона полягає у тому, чи припиняються корпоративні права внаслідок смерті особи. А якщо розмірковувати далі, то чи може мати місце правонаступництво або ж чи спадкуються корпоративні права?

Тож постановкою цих питань ми логічно доходимо з'ясування того, що ж насправді спадкується, а якщо вужче – чи спадкуються корпоративні права (якщо прийняти тлумачення права на участь як корпоративні права).

Зі смертю особи зникає її правоздатність і тому померлий учасник не може мати корпоративних прав. Натомість його майнові права спадкуються.

Для цивілістів у принципі тут немає проблеми – *об'єктом* цивільних, а тому й корпоративних правовідносин є *частка/акція*. Ці об'єкти по-

² Див.: Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар, т 3: Право власності та інші речові права (Спасибо-Фатеева ред І, ЕКУС 2023) 184.

³ Ця стаття завжди викликала багато питань, оскільки право на участь як особисте немайнове право та його співвідношення з корпоративним правом весь час існування ст. 100 ЦК у попередній редакції залишалось не зрозумілим. Див.: І Спасибо-Фатеева, ‘Сто проблем зі статтею 100’ (Юридична газета 2004, № 10) 18.

⁴ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

свідчують корпоративні права. Про це прямо зазначається у ч. 1 ст. 22 Закону України “Про акціонерні товариства”⁵, але подібної норми немає ані в Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, ані в ЦК України. У статті 96¹ ЦК України, на відміну від ст. 167 Господарського кодексу України⁶, не вказується безпосередньо на такий зв’язок між часткою і корпоративними правами⁷, хоча опосередковано він, безумовно, простежується.

Тож корпоративні права є змістом корпоративних правовідносин, а їхнім об’єктом є частка/акція. Якщо ж частка/акція є об’єктами, то як будь-який об’єкт, вони є оборотоздатними (ст. 178 ЦК України), а тому саме вони й спадкуються. Ті, хто успадкував ці об’єкти, набувають усі права, пов’язані з цим об’єктом – корпоративні права.

Взагалі ж проблема визначення належного об’єкта спадкування на перетині корпоративних та спадкових правовідносин породжена подвійністю прав, що надаються часткою або акцією. Це відома теорія про право з акції/частки і право на акцію/частку⁸. І якщо в теорії корпоративного права вона вже є усталеною і навіть аксіоматичною, то з її екстраполяцією до сфери спадкового права стають очевидними проблеми. Це насамперед стосується того, чи спадкуються зазначені права “моноблоком”, тобто разом; чи однакові підходи застосовує законодавець при спадкуванні акцій та часток?

Слід звернути увагу на те, що законодавець застосовує різні правові механізми до спадкування часток і акцій. При цьому пануючим є підхід до бачення акцій як часток, що існують лише в акціонерних товариствах (далі – АТ), і посвідчених акціями (ч. 1 ст. 3 Закону України “Про акціонерні товариства”). Тобто розбіжностей у розумінні цих об’єктів майже немає. І акції, і частки є об’єктами; обидві вони оборотоздатні; обидві самі собою цінності як такої не мають, а засвідчують певні права, які й є цінними.

Законодавець прагне досягти єдності й у ступені оборотоздатності цих об’єктів – вже майже відсутні бар’єри і стримуючі механізми для цього, крім хіба що переважного права учасників ТОВ на придбання відчужуваних часток і акцій приватних акціонерних товариств (далі – ПрАТ). Ба більше, рух до знищення перешкод до вільного обороту акцій і часток поступово набирає сили.

⁵ Про акціонерні товариства: Закон України від 27 липня 2022 р. № 2465-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2465-20#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

⁶ Втратила чинність на підставі Закону України “Про акціонерні товариства” – п. 3 Прикінцевих та перехідних положень. Див.: Господарський кодекс України: Закон України в редакції від 27 липня 2022 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/ed20220727#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

⁷ Це чергова вада законодавчої техніки, але ст. 96¹ варто присвятити окрему статтю, оскільки зміст цієї норми не витримує жодної критики.

⁸ М Агарков, *Избранные труды по гражданскому праву*, т2: *Учение о ценных бумагах* (Статут 2012) 264; І Спасибо-Фатєєва, ‘Вчення про корпоративні права і цивілістична доктрина’ (2014) 6 *Право України* 84–92.

Так, на відміну від Закону України “Про господарські товариства”⁹, де йшлося про *відступлення* або *перехід* часток учасника ТОВ (зміни лише в 2007 р.), у ЦК України, який набрав чинності з 2004 р., стало вживатися поняття їх *продажу*. Так само і в Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”¹⁰. Якщо в Законі України “Про господарські товариства” допускалося заборона відчуження частки (ч. 2 ст. 53), то в Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” про таке не згадується.

Залишилося лише переважне право, але воно очевидно звужується.

Статутом також може бути передбачений обов’язок учасника товариства, який має намір продати частку (частину частки) третій особі, провести спершу переговори щодо її продажу з іншими учасниками товариства (ч. 6 ст. 20 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”). Можливо також у статуті ТОВ встановити, що учасники товариства не мають переважного права.

Примітно, що у Законі України “Про акціонерні товариства”, що набрав чинності в 2023 р., вже не існує переважного права для акціонерів ПрАТ на придбання відчужуваних акцій. Лише є переважне право акціонерів на придбання акцій додаткової емісії (ст. 31).

Встановлюється облік часток товариства в обліковій системі часток ТОВ/ТДВ, що ведеться Центральним депозитарієм цінних паперів (далі – облікова система часток), для чого ч. 5 ст. 11 доповнена п. 4, а також Закон України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” доповнений ст. 15¹.

Тобто все це свідчить про відкриття шляху до обороту і часток, і акцій.

До цього слід додати, що значно спрощено процедуру легалізації придбання часток – це може зробити новий учасник через звернення до реєстратора. Не вимагається ніяких змін до статуту, що залежить від прийняття рішень загальними зборами. Нарешті, Верховний Суд вказав, що право власності на частку переходить у момент укладення договору купівлі-продажу¹¹.

Отже, що стосується обороту часток та акцій через їх відчуження, то спостерігається тенденція спрощення відповідного правового механізму, скасування обтяжливих для відчужувачів та набувачів процедур. Все це

⁹ Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

¹⁰ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 4).

¹¹ Постанова Вищого господарського суду України від 21 вересня 2017 р. у справі № 905/3584/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/69151027>> (дата звернення: 17.09.2023).

Велика Палата Верховного Суду висловила за те, що право власності на акції переходить до обдарованого з моменту внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів. Див.: Постанова Верховного Суду від 24 липня 2018 р. у справі № 908/922/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75501091>> (дата звернення: 17.09.2023).

свідчить про намір законодавця допустити безмежний трансфер не тільки акцій, а й часток.

Аналогічна тенденція простежується при спадкуванні часток у статутному капіталі ТОВ. У Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” не міститься ніяких застережень щодо можливості впливу учасників ТОВ на недопущення заміни померлого учасника його спадкоємцем. Тим самим відкриті двері для всіх спадкоємців. Причому неминуче постане питання про те, якщо їх декілька і вони не поділили між собою спадщину, а також якщо серед них є неповнолітні та малолітні, можливо, і недеєздатні особи.

Натомість триває дискусія щодо можливості перебачити в статуті ТОВ обмеження для спадкоємців спадкувати. І ця дискусія дійсно небезпідставна, тому що метод диспозитивності регулювання корпоративних, спадкових та договірних відносин ніхто не скасовував. Якщо це не суперечить принципам або сутності правовідносин, то їх сторони можуть для себе передбачити інше, аніж те, що записано в законі. Це загальний підхід, властивий цивільно-правовому регулюванню. Зазвичай це стосується договору, але немає жодних перешкод для застосування диспозитивності для всіх цивільних відносин, зокрема корпоративних.

Думається, що саме так слід підходити до тлумачення ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, яку стали сприймати як карт-бланш для автоматичного заміщення спадкоємців померлого учасника ТОВ і як неможливість передбачити в статуті ТОВ інше. І дарма, оскільки в ч. 1 цієї статті вказується лише на те, що у разі смерті учасника товариства “його частка переходить до його спадкоємця чи правонаступника *без згоди учасників товариства*”.

До цього виразу слід поставитися критично, оскільки, по-перше, спадкується частка, яка входить до складу спадщини, а спадкування відбувається у будь-якому разі без згоди будь-кого не було. І це прописна істина. Тому не ясно, навіщо в ч. 1 ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” було поміщати вираз про спадкування частки *незалежно від згоди учасників товариства*. Очевидно, що це вади законодавчої техніки.

По-друге, враховуючи існування двох різних прав учасника ТОВ (“на частку” та “з частки”), безсумнівно те, що спадкується частка і до спадкоємців переходить у порядку спадкування право на частку. Натомість право з частки спадкоємці не набувають допоки не виразять свою волю стати учасниками ТОВ. Про це зазначається у ч. 2 ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”. Тобто спадкоємець, який успадкував частку, має ще “вступити” в ТОВ. Причому в цій нормі вказується, що це робиться через подання заяви про вступ до товариства.

Таким чином, наявні дві дії з боку спадкоємця – прийняття спадщини та звернення до ТОВ задля вступу в нього. Обидві ці дії вчиняються лише по волі спадкоємця, а тому є односторонніми правочинами. І саме це, ймовірно, по задуму законодавця і тих, хто тлумачить цю норму таким чином, і слід розцінювати як те, що спадкоємець без всяких перешкод може заступити місце померлого учасника ТОВ. До цього схиляє і ст. 96¹ ЦК України, яка нещодавно з'явилася у Кодексі: відповідно до ч. 2 корпоративні права набуваються особою з моменту набуття права власності на частку. І якщо її сприймати буквально, то не потрібно ніякого вступу спадкоємця до ТОВ. Однак до ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” відповідні зміни внесені не були.

Утім, тлумачення норми ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” не свідчить про можливість лише такого висновку, адже в ній ідеться про незалежне спадкування частки (нонсенс!) і про безперешкодний вступ до ТОВ спадкоємця. Її спрямованість полягає у тому, що від ТОВ, його учасників не слід чекати ніяких дій щодо прийняття спадкоємця до складу учасників ТОВ, внесення змін до статуту, їх державну реєстрацію. Всі ці дії, які були раніше, заважали спадкоємцям вступити до ТОВ.

Водночас ця норма не містить жодної заборони передбачити в статуті ТОВ того, що спадкоємцям померлого учасника товариства виплачуються кошти, що становлять вартість частки. У відсутність же в нормі права заборони вважається, що це дозволено – як це впливає із загального методу цивільно-правового регулювання. У такому разі спадкоємці померлого учасника ТОВ отримують кошти (вартість частки спадкодавця) і не вправі вступати до ТОВ.

Невдала редакція ст. 23 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” породжує і запитання про те, *кого слід виключати з товариства*, якщо учасник помер, а спадкоємці не вступили в ТОВ? Буквально в ч. 2 цієї статті зазначається:

<...> якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону, товариство може виключити учасника з товариства¹².

Тож є два варіанти: ідеться або про померлого учасника, або про спадкоємця, який не подав заяву до ТОВ про свій вступ.

Однак обидва варіанти не мають права на існування, адже померлого учасника не можна виключити з ТОВ, оскільки його немає в живих

¹² Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 4).

і тому він вже неправоздатний. Тобто його не можна позбавити прав через виключення з ТОВ. Спадкоємець же успадкував лише частку і не став учасником, тому його також виключати з товариства не можливо.

Наведене вище свідчить не просто про вади законодавчої техніки, а про концептуальне непорозуміння, породжене тим, що цією нормою врахована дихотомія прав, що надаються часткою (право на частку і право з частки), але вони штучно роз'єднуються й існують деякий час окремо. *Право на частку* спадкується у складі спадкової маси, при чому зі всіма наслідками, що випливають із цього, а *право з частки* у спадкоємців не виникає доти, доки вони не вступають у товариство.

Тож вади такої правової конструкції очевидні не лише тому, що вона містить суперечності, про які зазначалося, а й тому, що ці вади носять концептуальний характер. Так, якщо законодавець ставив би за мету безперешкодного правонаступництва спадкоємців померлого учасника не лише в спадкових, а й у корпоративних правовідносинах, то не варто було б передбачати їх вступ до ТОВ.

Аналог нерозривної єдності прав на акцію та прав з акції демонструють правові механізми спадкування акцій. Оскільки частки в статутному капіталі ТОВ за своєю правовою та економічною природою є такими ж майновими правами, як і акції, то буде коректним порівняння їх спадкування. Відмінність між частками й акціями полягає лише в тому, що акції визнаються законом цінними паперами, що впливає насамперед на їх оборот, його спрощення, облік. Для часток у статутних капіталах ТОВ це раніше не було потрібне, оскільки, як правило, кількість учасників ТОВ значно менша, ніж кількість акціонерів (у публічних АТ). Оборота часток переважаний правом їх переважної купівлі іншими учасниками, що забезпечував закрите коло учасників, якщо вони цього хотіли. Тому видавалося, що потреби у такому обліку часток як акцій немає.

Утім, якщо концептуальні засади змінилися і законодавець навмисно встановив такі правові механізми, які забезпечують вільний оборот часток (так само як акцій), зокрема, при їх спадкуванні, то такий ідеї не відповідає вимога закону про вступ до ТОВ спадкоємців. Вони мали б зі спадкуванням частки автоматично набувати й корпоративних прав. І саме в такому разі, якщо вони б ніяк не виявили свою волю до участі в ТОВ (не зареєстрували своє право в реєстрі тощо), вони могли би виключатися з ТОВ. Це було б логічно і правильно (на противагу виключенню мертвих учасників, що нелогічно і неправильно).

Слід враховувати й ситуації, коли спадкоємець прийняв спадщину пасивно, тобто без звернення до нотаріуса, а продовжуючи користуватися майном спадкодавця, як то склалося за його життя (ч. 3 ст. 1268 ЦК України). При цьому оскільки діє правило "прийняв щось із складу спадщини – прийняв усю спадщину", то продовження, наприклад, проживати

у житлі спадкодавця на підтвердження тим самим прийняття спадщини, свідчить і про прийняття права на частку в статутному капіталі ТОВ, що належала померлому учаснику. Натомість такий спадкоємець міг не знати про участь спадкодавця у ТОВ, або хоча й знав про це, але не знає, як поводитися з цією інформацією, або не виказує ніяких намірів здійснити дії задля заміщення померлого учасника в ТОВ.

Звернімо увагу ще на декілька проблем на перетині спадкового і корпоративного права, які варті аналізу.

1. Щодо складу спадщини, до якої увійшла частка у статутному капіталі або акції. Це може бути не тільки сама частка, а й зобов'язальні права, за якими цю частку набув спадкодавець. У такому разі постає питання про те, чи несуть спадкоємці відповідальність за надання продавцем за договором купівлі-продажу акцій (часток участі) недостовірних запевнень про обставини, і якщо відповідь буде позитивна, то який обсяг такої відповідальності.

За загальним правилом, у разі смерті продавця його зобов'язання за надання недостовірних запевнень включаються до складу спадкової маси, і спадкоємці несуть відповідальність щодо відшкодування збитків покупцеві часток (акцій) у розмірі спадкового майна, що перейшло кожному з них.

Положення договору купівлі-продажу часток (акцій) про те, що зобов'язання сторін за таким договором є особистими і, відповідно, не переходять у спадщину, поширюється тільки на запевнення продавця, пов'язані з учиненням ним особистих дій, і не поширюється на запевнення продавця, що надаються ним у зв'язку з укладенням договору купівлі-продажу часток (акцій).

Продемонструємо це на такому прикладі. У договорі купівлі-продажу частки (що становить 100 % статутного капіталі) містилося запевнення продавців про те, що ТОВ сплатило всі податки, які воно було зобов'язане сплатити до дати закриття договору, а також не має прострочених зобов'язань із податків і зборів і не має зобов'язань зі сплати штрафу або пені на дату закриття договору.

Після виконання договору податковий орган виніс рішення про притягнення ТОВ до відповідальності за вчинення податкового правопорушення, відповідно до якого заборгованість із податків склала значну суму. Продавець частки (учасник ТОВ) помер і покупець частки адресує свої вимоги погашення збитків до спадкоємців. Вважаємо, що такі вимоги підлягають задоволенню як такі, що впливають із загальних засад договірного права.

2. Щодо переходу прав на виконання договору купівлі-продажу частки спадкоємцями. Так, частка в статутному капіталі ТОВ була продана учасником і за умовами договору купівлі-продажу передбачалося роз-

строчення платежу покупцем. Частину ціни покупець оплатив через виставлення у банку на рахунок продавця безвідкличного акредитива. Друга частина платежу підлягала оплаті покупцем протягом одного року після виконання продавцем низки умов, передбачених договором. Продавець частки помер до виконання всіх цих умов, а його дружина як спадкоємець ці умови виконала і звернулася до покупця з вимогою про сплату відкладеного платежу. Після відмови покупця сплатити решту суми за договором спадкоємиця звернулася до суду з позовом.

Видається, що є всі підстави для задоволення судом такого позову, оскільки, як і в попередньому прикладі, договірні правовідносини не впливають на корпоративні, і відбувається спадкування всієї сукупності прав та обов'язків спадкодавця, зокрема з укладеного ним договору відчуження частки.

3. Щодо інших наслідків перебування спадкодавця у договірних зобов'язаннях із продажу своєї частки. Наприклад, якщо продавець помер після підписання договору, але до його виконання, тобто до передачі акцій, то обов'язок їх передати мають виконувати спадкоємці. Якщо продавець частки помер після укладення договору, але до його виконання і покупця частки не було внесено до держреєстру, то можливий спір між спадкоємцями й учасниками ТОВ з приводу такої частки. Учасники ТОВ, дізнавшись про цей договір після смерті продавця, вважаючи своє переважне право порушеним, можуть заявити позов про переведення на них прав покупця. Натомість якщо покупцями за договором були позначені діти померлого учасника, то підстав для задоволення позову немає, оскільки спірну частку означені в договорі особи можуть набути не як покупці, а як спадкоємці.

4. Щодо переходу при спадкуванні прав та обов'язків із корпоративного договору, укладеного між учасниками. При визначенні того, чи відбувається правонаступництво сторони такого договору після смерті учасника ТОВ як однієї з його сторін, слід виходити з того, про які його права та обов'язки йдеться. Якщо про суто майнові, зокрема не відчужувати частку, то правонаступництво спадкоємців не викликає сумнівів. Якщо ж це обов'язки немайнового характеру, то є привід для додаткового аналізу.

Так, якщо договором було передбачено, яким чином сторони домовляються голосувати, зокрема за певну кандидатуру, то це обов'язок немайновий, бо він не пов'язаний жодним чином із майновими благами. Водночас його не можна однозначно віднести до особистих немайнових обов'язків. Крім того, п. 1 ч. 1 ст. 1219 ЦК України встановлюється заборона спадкування особистих немайнових прав, а не обов'язків.

Можна ускладнити ситуацію – якщо на підставі корпоративного договору була видана довіреність, то діє загальне правило про при-

пинення представництва за довіреністю (п. 6 ч. 1 ст. 248 ЦК України). Стаття 8 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” також не передбачає інші правила щодо припинення представництва за довіреністю. Тому це питання підлягає вирішенню через внесення відповідних змін до ЦК України. Взагалі ж воно вже вкотре демонструє принципову різницю між загальноцивільним представництвом (глава 17 ЦК України) і представництвом у корпоративних правовідносинах¹³.

5. Значний резонанс серед нотаріальної спільноти отримало питання про управління спадщиною, якщо йдеться про частку в статутному капіталі. Так, зі смертю учасника ТОВ впродовж 6 місяців триває ситуація, коли замість нього ніхто не може брати участь в управлінні ТОВ, а є нагальні питання, які потребують вирішення. Нотаріуси стали застосовувати ст. 61 Закону України “Про нотаріат”¹⁴, відповідно до якої якщо у складі спадщини є корпоративні права, то для управління ними нотаріус, а в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування призначає управителя спадщини з числа спадкоємців або виконавців заповіту, а в разі їх відсутності – укладає договір на управління спадщиною з іншою особою¹⁵. У такий спосіб нотаріусам бачиться вирішення цієї проблеми. Та й законодавець, імовірно, мав намір її вирішити саме таким чином.

Однак, як то буває, цієї нормою породжена колізія, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 33 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” учасники товариства беруть участь у загальних зборах учасників *особисто або через своїх представників*. Тож у цій статті не йдеться про можливість участі в загальних зборах управителя спадщини, який, звісно, представником не є, оскільки управитель вчиняє дії від власного імені, на відміну від представника. Та й іншого бути не може, оскільки учасник вже помер і від його імені вчиняти дії не можна, а спадкоємці ще не успадкували частку, тому і від їх імені управитель не виступає. Утім, він має діяти в їхніх інтересах, але це не порушує засад представництва і не робить його представником.

За правилами формальної логіки застосовувати ст. 61 Закону України “Про нотаріат” не допустимо, оскільки це норма процедурного закону, яка не може впливати на матеріальну норму. А норма ч. 2 ст. 33 Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” залишилась без змін. Тому це питання потребує законодавчого вирішення, а не самодіяльності нотаріусів, які наражаються на пробле-

¹³ І Спасибо-Фатсєва, ‘Проблематика представництва акціонерів’ (2010) 7–8 Нотаріат для вас 15–8.

¹⁴ Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

¹⁵ Статтю 61 доповнено новою частиною згідно із Законом від 26 листопада 2015 р. № 835-VIII; у редакції Закону від 14 липня 2020 р. № 775IX.

му порушення закону, хоча норми того закону, яким вони звикли на-самперед користуватися, дозволяють укладення договору на управління спадщиною. Ба більше, цілком очевидно, що цю норму було введено саме задля того, аби зняти проблему щодо здійснення корпоративних прав до спливу шестимісячного строку після смерті учасника ТОВ. Тобто блага мета була втілена в норму не матеріального права, а закону про нотаріальні процедури, що ніяк не може змінити норму матеріального права.

Висновки. Слід також замислитися над тим, про що йшлося на початку цієї статті, – спадкування частки і набуття корпоративних прав. Якщо нотаріус посвідчує чи укладає договір на управління корпоративними правами, то в померлого учасника корпоративні права припинилися, а у спадкоємців їх просто не існує до того моменту, коли вони вступають у ТОВ. Проте в цьому разі вже не буде потреби в управлінні цими правами, адже спадкоємці набудуть корпоративних прав як учасники ТОВ.

Порушені в цій статті питання свідчать про існування численних проблем на перетині корпоративного і спадкового права. Деякі з них можна вирішити у спосіб тлумачення відповідних норм, а деякі можуть вирішуватися лише через внесення змін до закону.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Agarkov M, *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu, t 2: Uchenie o cennyh bumagah* (Statut 2012) (in Russian).

Edited books

2. *Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: naukovo-praktychnyi komentar, t 2: Pravo vlasnosti ta inshi rechovi prava* (Spasybo-Fatieieva I red, EKUS 2023) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Spasybo-Fatieieva I, 'Vchennia pro korporatyvni prava i tsyvilistychna doktryna' (2014) 6 *Pravo Ukrainy* 84–92 (in Ukrainian).
4. Spasybo-Fatieieva I, 'Problematyka predstavnytstva aktsioneriv' (2010) 7–8 *Notariat dlia vas* 15–8 (in Ukrainian).

Newspaper articles

5. Spasybo-Fatieieva I. 'Sto problem zi statteiu 100' (*Iurydychna hazeta* 2004, № 10) 18 (in Ukrainian).

Inna Spasybo-Fatyeyeva

PROBLEMS ARISING AT THE INTERSECTION OF CORPORATE
AND HEREDITARY RELATIONSHIPS:
WHAT IS INHERITED AFTER THE DEATH OF A LIMITED LIABILITY
COMPANY'S SHAREHOLDER AND HOW?

ABSTRACTS. After the death of a person, the inheritance of the property that belonged to him or her occurs. If the deceased was a shareholder of a limited liability company, the question arises not only as to what will be inherited, but also whether the heir will become a shareholder of the company. Therefore, the answer to this question is important both for the heirs and for other company shareholders, as it affects corporate governance and, possibly, the state of affairs in the company to a certain extent. Changes in the legislation regulating relations regarding inheritance and acquisition of corporate rights by heirs of a deceased shareholder with the adoption of the Law on Limited Liability Companies and Additional Liability Companies have given rise to numerous problems. First of all, they are caused by whether this law establishes a mandatory requirement for the acquisition of corporate rights by heirs or whether the company's charter may establish another legal mechanism. Another question is how to terminate the corporate right of the heir, if it is assumed that he has acquired it but has not taken any action to join the company.

KEYWORDS: corporate rights; inheritance; joining a company; share in the authorized capital.



Роман Походжук

кандидат юридичних наук, старший дослідник,
головний консультант Головного юридичного управління
Апарату Верховної Ради України,
докторант Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6414-4797>
(Київ, Україна)
lrp@ukr.net

УДК 347.7

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВРАЗЛИВОСТІ СПОЖИВАЧІВ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджуються доктринальні позиції, законодавство Європейського Союзу та вітчизняне законодавство щодо визначення феномену вразливості споживачів, конкретизується, кого саме слід вважати вразливим споживачем. Дослідження вразливості споживачів нині є актуальним з огляду на стрімкий розвиток відносин захисту прав споживачів. Водночас, незважаючи на існуючі праці науковців щодо визначення вразливості та вразливих споживачів, загалом у доктрині та на практиці відсутній єдиний підхід до розуміння концепції вразливих споживачів.

Мета статті полягає у здійсненні науково-правового аналізу підходів щодо розуміння сутності феномену вразливості споживачів та висвітлення правової природи цієї категорії.

У статті вказується на існування двох основних підходів до визначення вразливих споживачів. Відповідно до першого підходу вразливих споживачів можна класифікувати як певну групу (наприклад, діти, люди з інвалідністю). Водночас за іншим підходом всі споживачі можуть стати вразливими внаслідок об'єктивних обставин у будь-який момент. Однак також висвітлюється бачення, де перетинаються обидва підходи.

Встановлено, що вразливість споживачів може обумовлюватися певними обставинами, що мають темпоральні рамки. Тобто споживач може бути вразливим унаслідок тяжких життєвих обставин. Відтак фізична особа, яка не відноситься до законодавчо визначених категорій вразливих споживачів, може бути вразливою у певний момент часу. За таких обставин слід говорити про вразливість споживачів унаслідок стану фізичної особи, який триває у певний період часу (зазвичай має нетривалий характер). У цьому випадку доцільно поширювати норми щодо захисту вразливих категорій споживачів і на цих осіб.

Як підсумок дослідження автор зазначає, що вразливість як явище може бути притаманна будь-якому споживачу. Відтак пропонується розглядати вразливих споживачів крізь призму вразливих категорій споживачів та споживачів із вразливістю. Окремо запропоновано дефініцію вразливості споживачів.

Ключові слова: споживач; вразливий споживач; вразливість споживачів; захист прав споживачів.

Інститут захисту прав споживачів покликаний захистити будь-якого споживача від негативного впливу на нього суб'єкта господарювання, що може завдати шкоди його економічним інтересам. Загальновідомо, що фізична особа – споживач є слабкою стороною споживчого договору, незважаючи на те, що споживчі відносини мають цивільну природу. Водночас наведена слабкість проявляється внаслідок сутності споживчих відносин та їх суб'єктного складу. Відповідно, для зрівняння переговорних позицій сторін споживчого договору законодавець передбачив окремий статус споживача та відповідні механізми захисту його прав.

При цьому слід враховувати, що поняття “споживач” не є однорідним, а охоплює певних осіб, які можуть бути більш сприйнятливими, тобто мати схильність до різного ступеня вразливості споживачів. Така підвищена вразливість споживачів об'єктивно вимагає окремого підходу до захисту цих осіб, які зазвичай іменуються вразливими споживачами.

Метою дослідження є науково-правовий аналіз підходів щодо розуміння сутності феномену вразливості споживачів та висвітлення правової природи цієї категорії.

Поняття вразливого споживача є доволі відомим, вживається у низці нормативно-правових актів різних країн світу та досліджується у доктрині, і не тільки права. Однак єдиного підходу щодо визначення вразливого споживача досягти натепер не вдалося.

За початковим задумом, ідея особливо вразливого споживача базувалася на алергічних реакціях на різні продукти. Пізніше визначення вразливих споживачів було розширено й охопило інші умови чи ситуації¹. Із розвитком суспільства виникають нові умови й обставини, за яких фізична особа може бути вразливою. Водночас, як слушно відзначила К. Ріфа, ‘у будь-якому випадку вразливість є складним поняттям для боротьби з юридичної точки зору, оскільки воно є певною мірою еластичною’². Дійсно, вразливість є доволі оціночним поняттям, однак у споживчих відносинах законодавець прагне визначити певне коло осіб задля надання їм належного захисту, дотримуючись балансу інтересів вразливого споживача та суб'єкта господарювання. У зв'язку з цим доцільно розглянути конкретні визначення вразливості.

Так, Д. Рінголд вважає, що вразливість, принаймні в контексті комерційної інформації, означає, що цільові групи демонструють знижену здатність розуміти роль реклами, ефектів продукту або обох разом³. У цьому визначенні охарактеризовано негативний вплив реклами та/або

¹ F W Morgan, D K Schuler, J J Stoltman, ‘A Framework for Examining the Legal Status of Vulnerable Consumers’ [1995] 14 (2) Journal of Public Policy & Marketing 267–77. <https://doi.org/10.1177/074391569501400208>.

Тут і далі переклад автора.

² C Riefa, ‘Protecting vulnerable consumers in the digital single market’ [2022] 33 (4) European Business Law Review 607–34. <https://doi.org/10.54648/eulr2022028>.

³ D J Ringold, ‘Social Criticisms of Target Marketing: Process or Product?’ [1995] 38 (4) American Behavioral Scientist 578–92. <https://doi.org/10.1177/0002764295038004008>.

продукції на певну групу осіб, без конкретизації її особливостей. Водночас Н. К. Сміт та Е. Купер-Мартін визначили вразливих споживачів як тих, хто більш сприйнятливий до економічної, фізичної чи психологічної шкоди під час або в результаті економічних операцій через характеристики, які обмежують їхню здатність максимізувати свою корисність і добробут. На їхнє переконання, обмежувальні характеристики серед дорослих споживачів можуть включати низький рівень освіти або доходу. Ці характеристики, крім того, можуть бути пов'язані з етнічною приналежністю та місцем проживання. Окрім цих демографічних факторів, низка інших змінних також може обмежувати споживача, наприклад, низькі когнітивні здібності, асиметрія інформації та обмежена мобільність⁴. Зазначене бачення вразливих споживачів покликано охопити саме ту категорію споживачів, які є більш сприйнятливі порівняно з іншими споживачами у звичайному їх розумінні. При цьому автори вказують на сприйнятливість до економічної, фізичної чи психологічної шкоди під час або в результаті економічних операцій, що свідчить про те, що така вразливість цих осіб проявляється саме у правовідносинах.

Про сприйнятливість споживачів до шкоди також ідеться у Керівництві для фірм щодо справедливого ставлення до вразливих клієнтів (FG21/1), виданому Управлінням з фінансової поведінки Великої Британії (*The Financial Conduct Authority*), де вказано, що 'вразливий клієнт – це той, хто через свої особисті обставини особливо сприйнятливий до шкоди, особливо коли фірма не діє належним чином'⁵. Отже, відповідно до наведеного, вразливість більшою мірою розкривається через особливу сприйнятливість споживача.

У дослідницькому документі під назвою "Вразливі групи споживачів: кількісна оцінка та аналіз" Р. Бьорден вказав:

Споживачі можуть бути вразливими з двох причин. По-перше, деякі можуть мати більші труднощі, ніж інші, в отриманні або засвоєнні інформації, необхідної для прийняття рішень про те, які товари та послуги купувати, якщо такі є. По-друге, вони можуть бути піддані більшій втраті добробуту, ніж інші споживачі, внаслідок купівлі невідповідних товарів чи послуг або відмови від покупки, коли це було б у їхніх інтересах. Обидві форми вразливості може відчувати одна й та сама особа⁶.

⁴ Smith N C, Cooper-Martin E, 'Ethics and Target Marketing: The Role of Product Harm and Consumer Vulnerability' [1997] 61 (3) Journal of Marketing 1–20. <https://doi.org/10.2307/1251786>.

⁵ FG21/1 Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers. 2021 <<https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg21-1.pdf>> (accessed: 09.06.2023).

⁶ Ramil Burden, Vulnerable consumer groups: quantification and analysis (The Office for National Statistics 1998) 5. Цит. за: Consumer Affairs Victoria, 'What do we mean by 'vulnerable' and 'disadvantaged' consumers?' (*Consumer Affairs Victoria*, Melbourne 2004) <<https://www.consumer.vic.gov.au/library/publications/resources-and-education/research/what-do-we-mean-by-vulnerable-and-disadvantaged-consumers-discussion-paper-2004.pdf>> (accessed: 21.04.2023).

Такий підхід відображає бачення вразливості з огляду на причини, що можуть її спровокувати, тобто йдеться де-факто про широке визначення вразливості споживачів. Водночас цей підхід дає змогу віднести до вразливих споживачів і тих, хто є вразливим лише тимчасово, внаслідок, наприклад, певних життєвих обставин.

А. Р. Андреасен і Дж. Меннінг зазначають, що 'вразливі споживачі – ті, хто перебувають у не вигідному становищі у відносинах обміну, де це не вигідне становище пояснюється характеристиками, які вони в основному не можуть контролювати під час угоди'⁷. У цьому визначенні, знову ж таки, відображено нерівність споживачів, а також характеристики фізичних осіб, які роблять їх вразливішими, ніж інших фізичних осіб в одних і тих же відносинах. Водночас автори наголошують на певних об'єктивних обставинах, які не залежать від їхньої волі, що таким чином і повинно обумовлювати вразливість.

С. М. Бейкер, Дж. У. Джентрі та Т. Л. Ріттенбург зазначили, що вразливість споживача – це стан безсилля, який виникає через дисбаланс у взаємодії на ринку або через споживання маркетингових повідомлень і продуктів. Це відбувається, коли контроль не в руках фізичної особи, що створює залежність від зовнішніх факторів (наприклад, маркетологів) для створення справедливості на ринку. При цьому вони вважають, що справжня вразливість виникає через взаємодію окремих станів, індивідуальних характеристик і зовнішніх умов у контексті, де цілі споживання можуть перешкоджати, а досвід впливає на особисті та соціальні уявлення про себе⁸.

Своєю чергою Дж. Бренкерт, у контексті вразливих груп населення, говорить, що саме поєднання їхніх особливих характеристик і засобів або прийомів, які використовують маркетологи, робить їх особливо вразливими. Це підкреслює відносну природу вразливості⁹. Відповідно до зазначеного автор фактично обумовлює вразливість не тільки характеристиками фізичної особи, а й засобами або прийомами, які використовують маркетологи. У цьому контексті слід зауважити, що, на наше переконання, вразливість фізичної особи як стан може існувати і без застосування певних засобів чи прийомів. Водночас застосування згаданих засобів чи прийомів вже може слугувати тим визначальним фактором, що запустить механізм захисту для таких вразливих осіб. Відтак, вважаємо, що першочерговим є стан фізичної особи, а другорядним – засоби та методи впливу на таку особу. Автор цілком слушно відзначає

⁷ A R Andreasen, J Manning, 'The Dissatisfaction and Complaining Behaviour of Vulnerable Consumers' (1990) 3 Journal of Consumer Satisfaction, Dissatisfaction and Complaining Behaviour 12–20.

⁸ S M Baker, J W Gentry, T L Rittenburg, 'Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability' [2005] 25 (2) Journal of Macromarketing 128–39. <https://doi.org/10.1177/0276146705280622>.

⁹ G G Brenkert, 'Marketing and the Vulnerable' [1998] 8 (S1) Business Ethics Quarterly 7–20.

відносну природу вразливості, що, на нашу думку, зокрема, підтверджує необхідність диференціації споживачів.

Крім того, слід також зазначити, що хоча найбільш очевидні елементи вразливості пов'язані з індивідуальними характеристиками, саме взаємодія цих характеристик із зовнішніми або ринковими факторами може спричинити та посилити вразливість¹⁰. Подібний підхід відображено і у Звіті “Спеціальний Євробарометр 342: Розширення прав і можливостей споживачів”, де вказується, що ‘ступінь вразливості окремого споживача залежить від взаємодії між індивідуальною комбінацією характеристик споживача, з одного боку, і маркетинговими практиками, з другого’¹¹. Таким чином, цілком очевидно, що вразливість більшою мірою виникає у взаємодії суб’єктів, проте як точки відліку саме для вразливих категорій споживачів мають бути їхні характеристики (наприклад, для дітей, людей з інвалідністю). Це дасть змогу спрямувати суб’єкта господарювання на прийняття більш виважених рішень щодо таких категорій осіб. Водночас для споживачів, які є тимчасово вразливими, наприклад, унаслідок тяжкої життєвої обставини, точкою відліку має бути їхня взаємодія із суб’єктом господарювання.

Дж. Стерн говорить про динамічну та відносну природу вразливості. У цьому контексті він визначає споживачів у вразливому становищі таким чином: ‘Люди, які не можуть вибрати або отримати доступ до основних продуктів і послуг, які відповідають їхнім потребам, або не можуть зробити це без непропорційних зусиль/витрат/часу’¹². Наведений автор доволі слушно підкреслює відносну природу вразливості, а також той факт, що сама вразливість є динамічною. Він говорить фактично не про притаманні характеристики особи, а про певний стан. При цьому слід враховувати, що вразливість споживачів – це не те саме, що незадоволені потреби¹³.

Окремі автори вказують, що ‘вразливість споживача – це індивідуальна характеристика, яка стосується схильності приймати рішення, які завдадуть шкоди добробуту людини, коли їх стимулюють або спокушають зовнішні фактори в ситуації споживання’¹⁴. Таке визначення є доволі широким, оскільки фактично відображає стан вразливості, говорячи про схильність як характеристику та про вплив зовнішніх обставин. Це дає

¹⁰ Peter Cartwright, ‘Understanding and protecting vulnerable financial consumers’ [2015] 38 (2) Journal of Consumer Policy 119–38.

¹¹ Special Eurobarometer 342: Consumer empowerment (2011) <https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_4_eurobarometers/eurobarometer_consumer_empowerment_2011.pdf> (accessed: 28.06.2023).

¹² J Stearn, ‘Tackling consumer vulnerability: An action plan for empowerment’ (*Report written for Consumer Focus*, 2012) <<https://www.bl.uk/collection-items/tackling-consumer-vulnerability-an-action-plan-for-empowerment>> (accessed: 21.04.2023).

¹³ Baker, Gentry, Rittenburg (n 8) 128–39.

¹⁴ Hua Yu Shi, Feng Jie Jing, Yan Yang, Bang Nguyen, ‘The Concept of Consumer Vulnerability: Scale Development and Validation’ [2017] 41 (6) International IJC 769–777. <https://doi.org/10.1111/ijcs.12390>.

змогу також вести мову про відносну та динамічну природу вразливості, тобто суб'єкт може бути визнаний (наприклад, законом) вразливим чи ні, однак сама вразливість розкриється вже у взаємодії.

У цьому контексті цікавим є висловлювання П. Картрайта, який зазначає, що “вразливі споживачі” не є окремою однорідною групою і що різні споживачі будуть особливо вразливі до втрат за різних обставин¹⁵. Своєю чергою Л. Берг індивідуальну вразливість споживача розуміє як підвищену ймовірність прийняття невдалого вибору споживача з огляду на економічні інтереси окремого споживача¹⁶. Наведені автори загалом говорять про підвищений ризик щодо прийняття невдалого рішення, що призведе до втрат, які значною мірою вплинуть на споживача, тобто завдадуть шкоди його економічним інтересам.

У звіті Європейської Комісії, який має на меті операціоналізувати вразливість споживача з точки зору набору з п'яти вимірів, надано таке визначення:

- Споживач, який внаслідок соціально-демографічних характеристик, поведінкових характеристик, особистої ситуації чи ринкового середовища:
- має вищий ризик отримати негативні результати на ринку;
 - має обмежені можливості максимізувати своє благополуччя;
 - має труднощі в отриманні або засвоєнні інформації;
 - має меншу можливість купувати, вибирати або отримувати доступ до відповідних продуктів; або
 - більш сприйнятливий до певних маркетингових практик¹⁷.

Наведений підхід є, безумовно, цікавим, оскільки де-факто може бути застосований до будь-якого споживача. У цьому випадку суб'єкт правозастосування буде основною фігурою у віднесенні споживача до категорії вразливих. Тобто тут можна говорити про визначення споживача вразливим, навіть, якщо він законом не віднесений до категорії вразливих (наприклад, осіб, які не вміють читати чи писати). При цьому як базис у споживчих відносинах, доцільно окремо відображати юридичну визначеність, зокрема через встановлення основних категорій вразливих споживачів та допустимості поширення такого режиму і на інших осіб відповідно до конкретних ситуацій.

Досліджуючи вразливих споживачів, Н. Шайн зазначає, що існує два основні підходи до визначення вразливих споживачів. Один наголошує на індивідуальних характеристиках споживача, таких як низький дохід,

¹⁵ Cartwright (n 10) 119–38.

¹⁶ Lisbet Berg, ‘Consumer vulnerability: are older people more vulnerable as consumers than others?’ (2015) 39 International Journal of Consumer Studies 284–93. <https://doi.org/10.1111/ijcs.12182>.

¹⁷ European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency, Consumer vulnerability across key markets in the European Union: final report, Publications Office, 2016 <<https://data.europa.eu/doi/10.2818/056024>> (accessed: 19.04.2023).

безробіття, низький рівень освіти або нездатність розмовляти певною мовою (це часто називають “класовою вразливістю”, оскільки це стосується певного класу або групи людей). У цьому контексті авторка зазначає, що основні переваги цього підходу полягають у юридичній визначеності щодо того, кого слід вважати вразливим, і його легше прийняти законодавством. Натомість інший підхід бере до уваги контекст і припускає, що всі споживачі можуть стати вразливими через взаємодію між їхніми індивідуальними характеристиками, особистими обставинами та економічним ринком (і, можливо, також ширшими соціальними умовами). Як стверджує дослідниця, цей погляд на вразливість є більш динамічним, оскільки споживачі можуть переходити в зону вразливості та виходити з неї залежно від свого індивідуального стану (“вразливість, заснована на стані”)¹⁸. Таким чином, вразливих споживачів, відповідно до наведених підходів, можна поділити на дві групи: 1) ті, хто перебуває у стані вразливості доволі тривалий час, або постійно; та 2) ті, хто стали вразливими більшою мірою тимчасово, внаслідок певних життєвих обставин.

Загалом ми підтримуємо обидва підходи до визначення вразливих споживачів. Якщо застосовувати лише перший підхід щодо категоризації споживачів (тобто визначати групи), то ми потенційно можемо випустити з поля правового регулювання осіб, які є тимчасово вразливими, а відтак, їх захист буде примарним чи загалом відсутнім. Водночас при розширенні кола вразливих споживачів до потенційно всіх споживачів, ми нівелюємо юридичну визначеність для конкретних груп споживачів, які перебувають у стані вразливості доволі тривалий час або постійно. Як слушно зазначив Дж. Стерн, споживачі у вразливому становищі не є вразливими споживачами¹⁹. Тому ми вважаємо, що певним чином слід враховувати обидва підходи, залежно від обставин справи та фактичних суспільних відносин. Ми пропонуємо таке бачення з огляду на одну з фундаментальних засад демократії, за якою людина є найважливішою цінністю, а тому і вбачаємо доцільність базувати підхід щодо вразливості споживачів відповідно до цієї засади.

У контексті зазначеного слід навести міркування Р. Овералла, який розглядає дві категорії: вразливий споживач і вразливість споживача. Так, на його переконання, вразливий споживач – це особа, яка здатна легко або швидко зазнати шкоди в процесі споживання. Водночас вразливість споживача він розглядає як ризик заподіяння шкоди споживанню через взаємодію характеристик ринку, продукту та пропозиції, а також особистих якостей і обставин²⁰. Позитивно оцінюючи підхід автора щодо

¹⁸ ‘Vulnerable consumers. Briefing’ (European Parliamentary Research Service, May 2021) 9 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI\(2021\)690619_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI(2021)690619_EN.pdf)> (accessed: 01.02.2023).

¹⁹ Stearn (n 12).

²⁰ Consumer Affairs Victoria (n 6).

розділення вказаних категорій, варто відзначити, що наведені визначення частково перетинаються, однак загалом відображають згадані вище два підходи щодо вразливості споживачів.

Зважаючи на євроінтеграційні прагнення України, доцільно звернути увагу також на визначення вразливого споживача відповідно до *acquis communautaire*. Певною мірою законодавче відображення категорії “вразливі споживачі” міститься у Директиві Європейського Парламенту і Ради № 2005/29/ЄС від 11 травня 2005 р. стосовно недобросовісних комерційних практик бізнесу щодо споживачів на внутрішньому ринку та внесення змін до Директиви Ради 84/450/ЄЕС, директив Європейського Парламенту і Ради 97/7/ЄС, 98/27/ЄС та 2002/65/ЄС та Регламенту Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2006/2004 (“Директива про недобросовісні комерційні практики”) (далі – Директива 2005/29). Так, відповідно до § 3 ст. 5 Директиви 2005/29

комерційні практики, які можуть суттєво спотворити економічну поведінку лише чітко визначеної групи споживачів, які є особливо вразливими до таких практик або щодо базового продукту через їхні розумові або фізичні вади, вік або довірливість у спосіб, який торговець, як очікується, міг би обґрунтовано передбачити, слід оцінювати з точки зору пересічного члена такої групи²¹.

Наведене положення фактично визначає фізичних осіб – споживачів вразливими, внаслідок їх таких особистісних характеристик: 1) вік; 2) довірливість; 3) фізичні вади; 4) розумові вади. Водночас згідно з декларацією 19 преамбули Директиви 2005/29

якщо певні характеристики, такі як вік, фізична чи розумова вада чи довірливість, роблять споживачів особливо сприйнятливими до комерційної практики або до продукту, що лежить в основі, а економічна поведінка лише таких споживачів може бути спотворена цією практикою таким чином, що торговець може розумно передбачити це, доречно забезпечити, щоб вони були належним чином захищені через оцінку практики з точки зору пересічного члена цієї групи²².

Тобто декларація 19 преамбули додатково роз’яснює тлумачення ст. 5(3) Директиви 2005/29 та містить невичерпний перелік характеристик, які роблять споживача “особливо сприйнятливим”. При цьому

²¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>> (accessed: 25.01.2023).

²² Ibid.

особисті характеристики також доповнюються умовою щодо можливості торговця розумно передбачити таку вразливість. Це, безумовно, свідчить про гнучкість категорії “вразливі споживачі”, однак основною базою для її визначення є вік, довірливість, фізичні та розумові вади.

Схоже визначення відображено у декларації 34 преамбули Директиви Європейського Парламенту і Ради 2011/83/ЄС від 25 жовтня 2011 р. про права споживачів, про внесення змін до Директиви Ради 93/13/ЄЕС та Директиви Європейського Парламенту і Ради 1999/44/ЄС, а також про скасування Директиви Ради 85/577/ЄЕС і Директиви Європейського Парламенту і Ради 97/7/ЄС, де, зокрема, йдеться про ‘особливі потреби споживачів, які є особливо вразливими через їх розумові, фізичні чи психологічні вади, вік або довірливість у спосіб, який продавець міг розумно передбачити’²³.

Згідно з декларацією 8 преамбули Директиви Європейського Парламенту і Ради 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 р. про загальну безпечність продуктів

безпечність продуктів повинна оцінюватися з урахуванням усіх відповідних аспектів, зокрема, категорій споживачів, які можуть бути особливо вразливими до ризиків, що їх становлять відповідні продукти, та особливо дітей і людей похилого віку²⁴.

У цьому положенні фактично визначаються окремі категорії споживачів, які невиключно передбачають дітей і людей похилого віку. Такий підхід дає змогу охоплювати й інших споживачів, залежно від фактичних обставин, проте вказана Директива наголошує саме на цих особах.

Натомість у декларації 12 преамбули Директиви Європейського Парламенту і Ради 2007/45/ЄС від 5 вересня 2007 р. про встановлення правил щодо номінальних кількостей для фасованих продуктів, скасування директив Ради 75/106/ЄЕС та 80/232/ЄЕС, та про внесення змін до Директиви Ради 76/211/ЄЕС ідеться про посилення захисту споживачів, зокрема для вразливих споживачів, таких як люди з інвалідністю та люди похилого віку²⁵. У цьому положенні акцентовано увагу саме на особах з інвалідністю та людях похилого віку, що може обумовлюватися самою суттю

²³ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>> (accessed: 28.06.2023).

²⁴ Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02001L0095-20100101>> (accessed: 28.06.2023).

²⁵ Directive 2007/45/EC Of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 laying down rules on nominal quantities for prepacked products, repealing Council Directives 75/106/EEC and 80/232/EEC, and amending Council Directive 76/211/EEC. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007L0045>> (accessed: 28.06.2023).

зазначеної Директиви. У контексті наведеного слід зазначити, що, на переконання Л. Уодінгтон,

загалом, будь-який додатковий рівень захисту, який пропонується “вразливим” споживачам відповідно до законодавства Європейського Союзу, є обмеженим, немає ясності щодо того, які групи споживачів підпадають під цю категорію, і існує невелика диференціація щодо видів додаткового захисту, який слід запропонувати різним групам споживачів, які є “вразливими”. Існує заплутана картина без ясності щодо природи будь-яких вимог²⁶.

Крім того, у ч. 2 ст. 19 Закону України “Про захист прав споживачів” також згадуються вразливі споживачі, а саме:

Підприємницька практика, яка істотно спотворює або може істотно спотворити економічну поведінку лише чітко визначеної (окремої) групи споживачів, особливо вразливих до такої діяльності через їх розумові або фізичні вади, вік чи довірливість, у разі якщо продавець мав об’єктивну можливість передбачити їх поведінку та особливості, має оцінюватися з точки зору середньостатистичного представника такої групи, а також з урахуванням припущення, що, зважаючи на викладені обставини, можливість здійснити свідомий і компетентний вибір відсутня і споживач помиляється при вчиненні правочину щодо обставин, які мають істотне значення²⁷.

Наведене визначення у контексті недобросовісних комерційних практик є вдалим, оскільки передає ту концепцію, що закладена в Директиві 2005/29 та загалом окреслює основні категорії вразливих споживачів.

У Законі України “Про захист прав споживачів” (далі – Закон про ЗПС) є також згадка про вразливих споживачів. Так, у ч. 9 ст. 13 Закону про ЗПС вказано про вразливих категорій споживачів, зокрема осіб з вадами розумового чи фізичного розвитку. Водночас щодо недобросовісних комерційних практик вразливим споживачам присвячено ст. 25, де, зокрема, ідеться про окремі групи ‘споживачів, які є вразливими через вік, вади розумового або фізичного розвитку’²⁸. Стаття 25 покликана імплементувати положення Директиви 2005/29, хоча здійснює це із певними вадами.

Законодавство України також виділяє вразливих споживачів, стан яких обумовлений певними особливостями ринку. Відповідно до п. 4 ч. 1

²⁶ Lisa Waddington, ‘Reflections on the Protection of “Vulnerable” Consumers Under EU Law (2014) 2 Maastricht Faculty of Law Working Paper 2013 2. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2532904>.

²⁷ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1023-12#Text>> (дата звернення: 29.08.2023).

²⁸ Про захист прав споживачів: Закон України від 10 червня 2023 р. № 3153-IX <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/27942>> (дата звернення: 28.06.2023).

ст. 1 Закону України “Про ринок електричної енергії” ‘вразливі споживачі – побутові споживачі, які набувають право на державну допомогу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України’²⁹. Подібний підхід міститься і у Законі України “Про ринок природного газу”³⁰. Відтак такі вразливі фізичні особи отримують окремий ступінь захисту, внаслідок особливостей ринку, на якому вони перебувають, а також унаслідок природи такого об’єкта, як електроенергія чи газ, право на який повинен мати будь-хто.

У Резолюції Європейського Парламенту “Про стратегію зміцнення прав вразливих споживачів” зазначається, що широко використовуванa концепція вразливих споживачів базується на понятті вразливості як ендогенної та націлена на неоднорідну групу, що складається з осіб, які на постійній основі вважаються такими через їхні розумові, фізичні чи психологічні вади, вік, довірливість або стать, а також, що концепція вразливих споживачів має включати споживачів у ситуації вразливості, тобто споживачів, які перебувають у стані тимчасового безсилля внаслідок розриву між їхнім особистим станом і характеристиками, з одного боку, та їхнім зовнішнім середовищем, з другого боку, беручи до уваги такі критерії, як освіта, соціальна та фінансова ситуація (наприклад, надмірна заборгованість), доступ до інтернету тощо. При цьому слушно зазначається, що усі споживачі в якийсь момент свого життя можуть стати вразливими через зовнішні фактори та їхню взаємодію з ринком або через те, що мають труднощі з доступом до відповідної інформації про споживача та її розумінням, і тому потребують особливого захисту³¹.

Наведений підхід є доволі широким та, зокрема, може охопити два види вразливості споживачів. Так, вразливість споживачів може обумовлюватися такими особистісними характеристиками, як розумові, фізичні чи психологічні вади, вік або довірливість. Ці характеристики зазвичай є довготривалими, а окремі з них притаманні кожній людині. У цьому випадку слід говорити про вразливість споживачів унаслідок постійного, довготривалого чи неминучого стану фізичної особи.

При цьому вразливість споживачів може обумовлюватися певними обставинами, що мають темпоральні рамки. Споживач може бути вразливим унаслідок тяжкої життєвої обставини. Таким чином, фізична особа не відноситься до категорії “вразливий споживач”, проте може бути вразливою в певний момент часу. За таких обставин слід говорити про вразливість споживачів унаслідок стану фізичної особи, який триває

²⁹ Про ринок електричної енергії: Закон України від 13 квітня 2017 р. № 2019-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2019-19#n1784>> (дата звернення: 06.07.2023).

³⁰ Про ринок природного газу: Закон України від 9 квітня 2015 р. № 329-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/329-19#Text>> (дата звернення: 06.07.2023).

³¹ European Parliament resolution of 22 May 2012 on a strategy for strengthening the rights of vulnerable consumers (2011/2272(INI)) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP02098&qid=1682344386715>> (accessed: 24.04.2023).

певний період у часі (зазвичай має нетривалий характер). У цьому випадку доцільно поширювати норми щодо захисту вразливих категорій споживачів і на цих осіб. Водночас така вразливість має бути належним чином обґрунтована. Для прикладу, уповноважений орган чи суд у своєму рішенні повинен обґрунтувати наявність цієї вразливості.

Висновки. Зважаючи на наведене вище, можна зробити висновок, що вразливість як явище може бути притаманна будь-якому споживачу. Відтак, на наше переконання, вразливих споживачів слід розглядати у контексті вразливих категорій споживачів та споживачів із вразливістю.

До вразливих категорій споживачів слід віднести фізичних осіб, які вважаються вразливими через розумові, фізичні чи психологічні вади, вік або довірливість. До споживачів із вразливістю слід віднести фізичних осіб, які внаслідок певних обставин, що мають темпоральні рамки та не пов'язані з фізичним чи розумовим розвитком, можуть бути вразливими. При цьому необхідно враховувати, що споживачі із вразливістю можуть ставати вразливими споживачами (як група), унаслідок характеру впливу певних обставин на таких осіб.

Окремо вважаємо за доцільне запропонувати *дефініцію вразливості споживачів як постійного, тимчасового чи неминучого стану фізичної особи, яка внаслідок своїх індивідуальних характеристик та/або об'єктивних обставин, які більшою мірою не залежать від її волі, перебуває в особливо невигідному становищі стосовно суб'єкта господарювання та/або є більш сприйнятливою за звичайних обставин ніж інші фізичні особи до завдання їй шкоди.*

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Ramil B, *Vulnerable consumer groups: quantification and analysis* (The Office for National Statistics 1998) (in English).

Journal articles

2. Andreasen A R, Manning J, 'The Dissatisfaction and Complaining Behaviour of Vulnerable Consumers' (1990) 3 *Journal of Consumer Satisfaction, Dissatisfaction and Complaining Behaviour* 12–20 (in English).
3. Baker S M, Gentry J W, Rittenburg T L, 'Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability' [2005] 25 (2) *Journal of Macromarketing* 128–39. <https://doi.org/10.1177/0276146705280622> (accessed: 21.04.2023) (in English).
4. Berg Lisbet, 'Consumer vulnerability: are older people more vulnerable as consumers than others?' (2015) 39 *International Journal of Consumer Studies* 284–93. <https://doi.org/10.1111/ijcs.12182> (in English).
5. Brenkert G G, 'Marketing and the Vulnerable' [1998] 8 (S1) *Business Ethics Quarterly* 7–20 (in English).

6. Cartwright P, 'Understanding and protecting vulnerable financial consumers' [2015] 38 (2) Journal of Consumer Policy 119–38 (in English).
7. Hua Yu Shi, Feng Jie Jing, Yan Yang, Bang Nguyen, 'The Concept of Consumer Vulnerability: Scale Development and Validation' [2017] 41 (6) International JJC 769–77. <https://doi.org/10.1111/ijcs.12390> (in English).
8. Morgan F W, Schuler D K, Stoltman J J, 'A Framework for Examining the Legal Status of Vulnerable Consumers' [1995] 14 (2) Journal of Public Policy & Marketing 267–77. <https://doi.org/10.1177/074391569501400208> (in English).
9. Riefa C, 'Protecting vulnerable consumers in the digital single market' [2022] 33 (4) European Business Law Review 607–34. <https://doi.org/10.54648/eulr2022028> (in English).
10. Ringold D J, 'Social Criticisms of Target Marketing: Process or Product?' [1995] 38 (4) American Behavioral Scientist 578–92. <https://doi.org/10.1177/0002764295038004008> (in English).
11. Smith N C, Cooper-Martin E, 'Ethics and Target Marketing: The Role of Product Harm and Consumer Vulnerability' [1997] 61 (3) Journal of Marketing 1–20. <https://doi.org/10.2307/1251786> (in English).
12. Waddington Lisa, 'Reflections on the Protection of "Vulnerable" Consumers Under EU Law (2014) (2) Maastricht Faculty of Law Working Paper 2013-2. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2532904> (in English).

Websites

13. Consumer Affairs Victoria, 'What do we mean by 'vulnerable' and 'disadvantaged' consumers?' (Consumer Affairs Victoria, Melbourne 2004) <<https://www.consumer.vic.gov.au/library/publications/resources-and-education/research/what-do-we-mean-by-vulnerable-and-disadvantaged-consumers-discussion-paper-2004.pdf>> (in English).
14. Special Eurobarometer 342: Consumer empowerment. (2011) <https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_4_eurobarometers/eurobarometer_consumer_empowerment_2011.pdf> (accessed: 28.06.2023) (in English).
15. Stearn J, 'Tackling consumer vulnerability: An action plan for empowerment' (Report written for Consumer Focus 2012) <<https://www.bl.uk/collection-items/tackling-consumer-vulnerability-an-action-plan-for-empowerment>> (accessed: 21.04.2023) (in English).
16. 'Vulnerable consumers. Briefing' (European Parliamentary Research Service, May 2021) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI\(2021\)690619_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI(2021)690619_EN.pdf)> (accessed: 01.02.2023) (in English).

Roman Pozhodzhuk

THE CONCEPT AND THE LEGAL NATURE OF CONSUMER VULNERABILITY

ABSTRACT. The scientific article examines doctrinal positions, European Union legislation, and domestic legislation regarding the definition of the phenomenon of consumer vulnerability and specifies who exactly should be considered a vulnerable consumer. The study of consumer vulnerability is relevant today, given the rapid development of consumer rights protection relations and the need to differentiate consumers. At the same time, despite the existing works of scientists on the definition of vulnerability and

vulnerable consumers, in general, in doctrine, and practice, there is no unified approach to understanding the concept of vulnerable consumers.

The purpose of the article is to carry out a scientific and legal analysis of approaches to understanding the essence of the phenomenon of consumer vulnerability and highlighting the legal nature of this category.

The article indicates the existence of two main approaches to identifying vulnerable consumers. According to the first approach, vulnerable consumers can be classified as a certain group (for example, children, and people with physical or mental infirmity). At the same time, according to another approach, all consumers can become vulnerable due to objective circumstances at any time. However, a vision where the two approaches intersect is also highlighted.

It has been established that the vulnerability of consumers can be determined by certain circumstances that have a temporal framework. That is, the consumer may be vulnerable due to a difficult life circumstance. Therefore, an individual who does not belong to the legally defined categories of vulnerable consumers may be vulnerable at a certain point in time. Under such circumstances, we should talk about the vulnerability of consumers due to the condition of an individual, which lasts for a certain period of time (usually short-lived). In this case, it is advisable to extend the rules on the protection of vulnerable categories of consumers to these persons as well.

As a conclusion of the research, the author points out that vulnerability as a phenomenon can be inherent in any consumer. Therefore, it is suggested to consider vulnerable consumers through the prism of vulnerable categories of consumers and consumers with vulnerability. Separately, the author proposed a definition of consumer vulnerability.

KEYWORDS: consumer; vulnerable consumer; consumer vulnerability; consumer rights protection.



Rodion Poliakov

PhD in law, doctorant de l'Université nationale de Zaporijia
 ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5266-224X>
 (Kyiv, Ukraine)
 rodion.pol@ukr.net

УДК 347.7

LA PROCÉDURE DE FAILLITE INTERNATIONALE SELON LE DROIT FRANÇAIS

ABSTRAIT. L'article est consacré à la procédure de faillite internationale selon le droit français, qui se distingue par le dualisme du règlement juridique de cette procédure, qui consiste en l'existence d'une réglementation établie normativement de la procédure transfrontalière à l'égard des pays membres de l'UE conformément au Règlement UE 2015, et le développement de la pratique judiciaire, qui a établi l'existence de la procédure de faillite internationale à l'égard de pays tiers non membres de l'UE sans les réglementations normatives.

L'actualité de cette étude pour l'Ukraine est déterminée par le fait que, depuis l'acquisition du statut de candidat à l'adhésion à l'Union européenne, le moment n'est pas loin où les dispositions du Règlement UE 2015 s'appliqueront également à l'Ukraine, par conséquent, il sera approprié pour l'Ukraine d'emprunter l'expérience européenne d'application de la théorie du territorialisme et de la mettre en œuvre, et avec l'acquisition de l'adhésion à l'UE, continuer à appliquer l'approche territoriale pour des pays tiers – non membres de l'UE, comme cela se fait actuellement en Allemagne et France.

D'après les résultats de la recherche, l'auteur a constaté l'existence de trois conditions obligatoires pour la reconnaissance d'une procédure de faillite étrangère, qui ont été développées par la jurisprudence de la Cour de Cassation française: la présence d'une compétence indirecte du juge qui a rendu la décision; le respect de l'ordre public matériel et procédural international; l'absence de fraude (ce qui, dans la plupart des cas, est couvert par une autre condition, notamment le respect de l'ordre public).

En même temps, l'auteur a prouvé que les conditions d'octroi de l'exequatur à une décision étrangère, développées par la pratique judiciaire, effectuent une régulation plutôt négative des procédures concurrentielles, car elles rendent, de fait, la survenance de ces procédures impossible.

En conclusion, l'auteur a justifié la nécessité d'ajouter un nouveau chapitre X au Livre VI du Code de commerce, qui devrait prévoir une réglementation distincte de la procédure de faillite étrangère à l'égard des pays tiers – non membres de l'UE. Aussi l'auteur a également proposé de prendre comme modèle la réglementation progressive lors de la création d'un

nouveau chapitre du Code de commerce existant dans le règlement UE 2015, à l'instar de l'Allemagne, et, entre autres, d'ajouter des éléments similaires à ceux définis dans la partie 4 de l'Article 97 du Code ukrainien des procédures de banqueroute et dans la clause 2 de la partie 1 du § 343 du Statut allemand d'insolvabilité exceptions à la reconnaissance des procédures étrangères, en particulier si cette reconnaissance est contraire à l'ordre public, à la souveraineté et aux principes fondamentaux du droit français, simplifiant ainsi les conditions établies par les institutions judiciaires françaises.

MOTS CLÉS: banqueroute, faillite internationale, territorialisme, universalisme, régime d'exequatur des décisions étrangères.

Formulation du problème. La procédure de faillite internationale en droit français a un caractère intéressant et particulier. Comme en Allemagne, il y a le dualisme de régulation. Sans doute que cette caractéristique commune s'explique par l'application du Règlement UE 2015¹. Cependant, contrairement à l'Allemagne, en France, dans la réglementation juridique spécialisée de la faillite (Livre 6 du Code de commerce²), la réglementation de faillite internationale concernant les États membres de l'UE est établie.

Dès lors, du titre de cette section structurelle du Code de commerce – “Dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité pertinentes du règlement(UE)n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité”, il devient immédiatement clair de quelle réglementation il s'agit.

Alors, dans la réglementation juridique spécialisée en France, le législateur établit le règlement de la procédure spéciale d'insolvabilité transfrontalière pour les États membres de l'UE, autrement dit, il y existe un règlement supplémentaire plus précis pour l'application plus efficace et meilleure des dispositions du Règlement UE 2015.

Dans le même temps, dans le Code de commerce, il n'y a pas de dispositions sur la mise en œuvre de faillite internationale concernant des pays tiers – non membres de l'UE. Cela conduit à la conclusion assez logique qu'en France la procédure mentionnée est caractérisée uniquement par la théorie du territorialisme. Par exemple, en Allemagne, la procédure d'insolvabilité transfrontalière équilibre principalement vers le territorialisme, malgré la possibilité d'universalisme, laquelle est légalement établie.

Cependant, cette conclusion concernant la réglementation juridique française sera erronée. En effet, l'article 509 du Code de procédure civile³ définit: ‘Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et

¹ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02015R0848-20220109>> (accessed: 26.06.2023).

² Code de Commerce <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379> (accessed: 26.06.2023).

³ Code de procédure civile <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716> (accessed: 26.06.2023).

dans les cas prévus par la loi.’. Cette disposition légale ouvre donc la voie à l’application de la procédure de faillite internationale pour les pays tiers.

Pour un juriste ukrainien, même le nom de l’acte réglementaire peut paraître étonnant, puisqu’en Ukraine, le législateur qualifie la procédure de faillite comme une procédure économique. Pourtant, en France, il n’y a pas un tel dualisme législatif de la législation procédurale, par conséquent, les normes de la législation procédurale civile s’appliquent.

Néanmoins, la norme juridique spécifiée ne mentionne pas la possibilité d’existence de la procédure de faillite internationale. Bien qu’elle contienne une réglementation assez large, à la fin, il y a une référence aux cas prévus par la loi.

Mais comme le montre la pratique, en effet, cette norme était suffisante pour que les juridictions françaises appliquassent la procédure d’insolvabilité transfrontalière.

Il est clair que cette approche doit être prise de manière critique. Il est surprenant que pour la procédure déjà réglementée par le règlement UE 2015, le législateur français donne beaucoup d’attention et lui prescrive des règles spécialisées et détaillées dans le Code de commerce. Parallèlement, s’agissant de la procédure pour des pays tiers, qui reste pour l’instant totalement non réglementée, le législateur français décide de n’établir aucune réglementation spécialisée.

Il vaut aussi mentionner la troisième variante de l’évolution des événements, c’est-à-dire le règlement de la procédure de faillite internationale pour des pays tiers – non membres de l’UE par la conclusion d’un accord spécialisé. Cependant, cette variante doit être considérée surtout comme une exception de la règle, compte tenu des inconvénients de son application, ainsi que de l’impossibilité physique de conclure de tels accords avec tous les États du monde.

Compte tenu de ce type de procédure de faillite internationale non réglementée, il n’est pas surprenant qu’il y ait des cas bizarres qui apparaissent dans la pratique.

Une étude détaillée de la procédure de faillite internationale en droit français est *la cible* de cet article, qui permettra à la fois de révéler les particularités du règlement juridique de la faillite, qui se distingue par son dualisme, de dégager les conditions impératives pour la reconnaissance des procédures de faillite étrangères, et de formuler nos propres propositions d’amélioration de la législation actuelle en matière de faillite.

La question de faillite internationale selon le droit français était au centre de l’attention des universitaires tels que C. Giudiceandrea, F. Jault-Seseke, V. Legrand, E. Péroz, E. Taller et d’autres. Cependant, il reste actuel d’effectuer une étude approfondie de la procédure de faillite internationale selon le droit français avec un regard plus détaillé non seulement sur le règlement normatif des relations concernées, mais aussi sur la pratique judiciaire de la Cour de cassation civile française dans le contexte de la distinction des conditions impératives de reconnaissance des procédures d’insolvabilité étrangères.

Un exemple frappant de l'application pratique des dispositions de faillite internationale en droit français peut être le cas de la concurrence de l'application des principes bien connus de la *lex fori* et de la *lex fori concursus*. Les principes spécifiés, malgré une certaine similitude de leurs noms, dans les conditions d'insolvabilité transfrontalière représenteront le contraire absolu. Selon le principe de la *lex fori*, on applique la loi de l'État dont le tribunal est saisi pour l'affaire, tandis que dans le cas de la *lex fori concursus*, on applique la loi de l'État où la faillite a été ouverte. En transposant la comparaison sur une autre dimension, il est absolument possible d'affirmer que ces principes appartiennent à deux théories opposées – le territorialisme et l'universalisme, respectivement.

Dans ce contexte, la décision de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 octobre 2006, 04-17.326⁴ est révélatrice.

Cette décision concernait notamment l'expulsion d'un individu de son appartement en France. Dans le même temps, la procédure ouverte en Suisse était déjà reconnue en France, et il était même possible de réaliser les biens de débiteur. Cependant, il restait la question: quelle loi serait applicable en cas de cette expulsion, autrement dit, il y avait un conflit entre les lois suisse et française.

Au final, l'instance de cassation a résumé:

Mais attendu que la cour d'appel a justement relevé que si la décision suisse du 28 janvier 1994 ayant force exécutoire en France autorisait l'OPF de Nyon à poursuivre dans ce pays l'exécution des biens de Mme X <...>, il ne pouvait agir qu'en respectant les voies d'exécution régies par la loi du for <...>⁵.

et déterminé en ce cas la nécessité d'obéir à la loi française.

Il faut souligner une certaine ironie dans le fait que le demandeur de cassation pointe la violation du principe d'universalisme par la cour d'appel, alors que la cour de cassation, à son tour, applique une approche territoriale (bien qu'elle ne le dise pas expressément) et détermine que ces arguments du demandeur sont mal fondés⁶.

Il convient de noter qu'une telle situation s'est produite entre des États avec une frontière commune et en conséquence nous pouvons facilement insinuer que cette situation aurait pu être facilement évitée s'il y avait eu la réglementation spécialisée qui aurait précisé la loi appliquée.

Le fait que la réglementation de la procédure de faillite internationale concernant des pays tiers s'effectue exclusivement à l'aide de la pratique judiciaire ne peut recevoir rien d'autre qu'une évaluation négative, et cela était confirmé par la composante pratique.

⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 octobre 2006, 04-17.326, Publié au bulletin <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051716>> (accessed: 26.06.2023).

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

En revanche, il convient de citer une autre décision bien connue de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1986, 84-14.208⁷. L'affaire concernait la faillite d'une entreprise, laquelle avait été fondée sous le droit français au Danemark. Aujourd'hui, une telle situation serait régie par une législation spécialisée, mais à l'époque le Règlement UE 2015 n'existait pas, donc il convient d'utiliser cet exemple pour comprendre la réglementation moderne de l'insolvabilité transfrontalière en vertu du droit français en relation avec les pays tiers.

Dans l'arrêt mentionné, la Cour de cassation a déclaré:

<...> si le jugement étranger ne peut permettre de recourir en France à des mesures d'exécution avant la décision d'exequatur, rien n'empêche de prendre en considération certains effets que la loi étrangère de fond attache à la décision déclarée exécutoire en France, sous réserve de la conformité à la conception française de l'ordre public international;

En référant à cette décision, C. Giudiceandrea arrive à la conclusion suivante:

De surcroît, en l'absence d'exequatur, un syndic étranger ne pourra pas procéder à l'exécution forcée sur les biens du débiteur situés en France. La Cour de cassation a ainsi clairement indiqué que: "le jugement étranger ne peut permettre de recourir en France à des mesures d'exécution avant la décision d'exequatur" (Com. 25 février 1986, n° 84-14.208). Le syndic étranger ne pourra donc pas poursuivre la vente des biens situés en France en l'absence d'exequatur⁸.

Concernant l'exequatur, F. Jault-Seseke adhère à une position quelque peu similaire:

En l'absence d'exequatur, le débiteur dessaisi dans l'État d'ouverture de la procédure ne l'est pas en France (Civ. 1re, 24 mars 1998, n°96-10.171, Bull. civ. I, n°122; Civ. 1re, 28 mars 2012, n°11-10.639, D. 2012. 942, obs. A. Lienhard; Rev. sociétés 2012. 400, obs. P. Roussel Galle; JDI 2012. 959, note L.-C. Henry)⁹.

Néanmoins, il faut noter le point suivant. Étant devenu clair, au vu de la citation ci-dessus mentionnée de la décision de la Cour de cassation, qu'outre le principe de la reconnaissance obligatoire, l'instance de cassation permet l'utilisation d'une législation étrangère, mais à condition de respecter l'ordre public français.

⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1986, 84-14.208, Publié au bulletin <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007016712>> (accessed: 26.06.2023).

⁸ Maître Caterina Giudiceandrea, 'L'exequatur en France d'un jugement étranger de faillite' <<https://consultation.avocat.fr/blog/caterina-giudiceandrea/article-38281-l-exequatur-en-france-d-un-jugement-etranger-de-faillite.html>> (accessed: 26.06.2023).

⁹ Fabienne Jault-Seseke, 'Absence d'effet en France du jugement de faillite étranger hors exequatur' <<https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2017-3-page-443.htm?contenu=article>> (accessed: 26.06.2023).

Par contre, comme déjà démontré précédemment, le droit français prévaut sur le droit étranger dans tels cas, et par conséquent, il serait plus approprié de dériver le concept selon lequel le droit étranger ne peut être appliqué aux procédures étrangères que dans la mesure où ce droit ne sera pas en conflit avec le droit français.

Revenant à l'institut de l'octroi de l'exequatur à une décision étrangère concernant l'ouverture de la faillite, il convient de rappeler son ancrage profond dans le droit français.

En particulier, V. Legrand note que l'institut des exequaturs en France remonte à 1819: 'L'arrêt *Parker* du 19 avril 1819 a mis un terme à cette disparité de traitements et a commencé à forger un régime d'exequatur des jugements étrangers.'¹⁰.

Dès lors, il n'est pas surprenant qu'E. Tallér a mentionné également cet institut au XIX^e siècle, en décrivant "l'embarras" qui concernait la question de droit appliqué:

Il ne faut pas chercher à l'embarras qui règne en France sur la question (application *lex fori* ou *lex fori concursus*. – R. P.), d'autre cause que ce désir de ménager à la fois les deux doctrines qui se font antithèse. Tantôt nos magistrats ouvrent une faillite nouvelle, sans avoir égard à celle qu'un tribunal étranger aurait déclaré: ce qui revient à méconnaître l'action de cette faillite étrangère sur les biens français. Tantôt ils délivrent l'exequatur à la requête du syndic précédemment nommé dans un autre pays, et avouent ainsi le caractère universel de la faillite, ainsi que le font les juridictions italiennes. Un grand progrès sera réalisé, le jour où l'une de ces pratiques prévaudra définitivement sur l'autre: on saura du moins sur quel sol l'on marche, pour le moment, ou erre à l'aventure¹¹.

En analysant les mots d'un juriste scientifique du XIX^e siècle et en tenant compte de nos réalités, nous pouvons conclure que rien n'a fondamentalement changé après plus de 130 ans.

L'octroi de l'exequatur aux procédures étrangères est plutôt le fruit de la pratique judiciaire que du législateur, puisque la norme juridique par elle-même, comme indiqué précédemment, ne le réglemente pas.

Une procédure étrangère, comme cela était déjà démontré par l'exemple de la pratique judiciaire moderne, n'a aucune valeur sans l'exequatur, et par conséquent, il est possible de commencer une nouvelle procédure en présence d'autre procédure, laquelle serait déjà ouverte, mais non reconnue.

¹⁰ Véronique Legrand, 'Retour sur la compétence indirecte du juge étranger dans le cadre de l'exequatur en droit international privé commun' <<https://www.actu-juridique.fr/international/droit-international-prive/retour-sur-la-competence-indirecte-du-juge-etranger-dans-le-cadre-de-lexequatur-en-droit-international-prive-commun>> (accessed: 26.06.2023).

¹¹ Thaller E., *Des faillites en droit comparé, avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, vol 2 (A. Rousseau 1887) 342.

Finalement, la seule chose qui a changé par rapport au XIXe siècle est l'approfondissement du mélange de deux doctrines incompatibles – selon de la pratique judiciaire, même l'octroi de l'exequatur (c'est-à-dire l'utilisation de la théorie de l'universalisme dans la compréhension d'un juriste du XIXe siècle) est suivi par l'application de l'approche territoriale, notamment, dans le choix de la loi applicable. Ainsi, il est impossible que l'on qualifie un tel état d'affaires comme un exemple de la théorie de l'universalisme territorial. D'ailleurs, nous pouvons y voir plutôt une aggravation de "l'embarras" dont on parlait au XIXe siècle.

Entre autres, il convient de noter certaines conditions nécessaires pour l'octroi de l'exequatur. En particulier, C. Giudiceandrea note:

<...> les conditions de droit commun d'octroi de l'exequatur du jugement étranger de faillite en France sont établies dans l'arrêt *Cornelissen* de la Cour de cassation (*Civ. 1re*, 20 février 2007, n°05-14.082).

Le juge français est ainsi tenu de vérifier si le jugement étranger de faillite a été rendu par une juridiction compétente, s'il n'a violé aucune règle d'ordre public, plus exactement, si ce jugement est conforme à la conception française de l'ordre public international et s'il a été rendu en absence de fraude <...>¹².

À son tour, V. Legrand observe: 'Les cinq points de contrôle énoncés par la Cour de cassation en 1964 ont peu à peu été réduits à trois'¹³.

Ainsi, dans l'arrêt *Cornelissen* la Cour de Cassation, civile, Chambre civile, a rendu la décision au 20 février 2007, 05-14.082¹⁴. Il convient de noter que cet arrêt est bien connu et, en particulier, la professeure E. Péroz¹⁵ et V. Legrand¹⁶ s'y sont référées. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a dégagé trois critères nécessaires pour la reconnaissance:

<...> pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi <...>

Il existe également une pratique plus moderne concernant cette matière, notamment dans l'arrêt de la Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, daté du 6 juillet 2016, 15-15.850, il est indiqué:

¹² Maître Caterina Giudiceandrea (n 8).

¹³ Véronique Legrand (n 10).

¹⁴ Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 20 février 2007, 05-14.082, Publié au bulletin <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017636147>> (accessed: 26.06.2023).

¹⁵ Hélène Péroz, 'Jugement étranger. Contrôle de la compétence internationale indirecte' <<https://www.xn--hlneproz-20aif.fr/post/jugement-%C3%A9tranger-contr%C3%B4le-de-la-comp%C3%A9tence-internationale-indirecte>> (accessed: 26.06.2023).

¹⁶ Véronique Legrand (n 10).

Vu les articles 2412 du code civil, 509, 909 et 911 du code de procédure civile; Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'accueil d'un jugement étranger dans l'ordre juridique français exige le contrôle de la compétence internationale indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, de sa conformité à l'ordre public international de fond et de procédure, ainsi que de l'absence de fraude;¹⁷.

Il faut noter que ce cas concernait la reconnaissance de la procédure de liquidation ouverte au Qatar.

F. Jault-Seseke relève une certaine incohérence dans le litige de 2016, que nous venons de mentionner:

Le visa de l'arrêt suscite une certaine surprise: la Cour de cassation indique qu'il résulte des articles 2412 du Code civil et 509 du Code de procédure civile <...> D'une part, l'article 2412 du Code civil relatif à l'hypothèque judiciaire paraît sans rapport avec le problème de droit et d'autre part, étaient en cause les voies d'efficacité des décisions étrangères et non leurs conditions de régularité¹⁸.

Par ce motif, il est important de noter encore une fois qu'une décision de cours sur la réglementation de l'insolvabilité transfrontalière ne peut et ne doit pas être considérée comme une source de droit, par ailleurs celle-là peut être seulement son ajout, puisque sinon, tels exemples d'inexactitude et de faiblesse technique juridique seront possibles.

Revenant sur les conditions de reconnaissance d'une décision étrangère de faillite, il vaut noter que des conditions similaires peuvent être trouvées dans l'arrêt de la Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 mars 2021, 19-19.471¹⁹, où l'instance de cassation donne une position quasi identique aux définitions citées, mais sans référence à l'article 2412 du Code civil:

Vu l'article 509 du code de procédure civile:

5. Pour accorder l'exequatur à un jugement étranger, le juge français doit, en l'absence de convention internationale, s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure ainsi que l'absence de fraude²⁰.

Ainsi, compte tenu de ce qui précède, notamment les arrêts de la Cour de cassation, il convient de noter qu'actuellement en France, pour la reconnaissance

¹⁷ Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 6 juillet 2016, 15-15.850, Inédit <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000032868162>> (accessed: 26.06.2023).

¹⁸ Fabienne Jault-Seseke (n 9).

¹⁹ Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 mars 2021, 19-19.471, Publié au bulletin <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043253020?init=true&page=1&query=19-19.471&searchField=ALL&tab_selection=all> (accessed: 26.06.2023).

²⁰ Code civil <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721> (accessed: 26.06.2023).

d'une faillite étrangère ouverte par un tribunal d'un État tiers non membre de l'UE, il est nécessaire de respecter simultanément les trois conditions suivantes:

- 1) l'existence d'une compétence indirecte au juge qui a rendu la décision;
- 2) le respect de l'ordre public international matériel et procédural;
- 3) l'absence de fraude.

Après avoir connu les trois principales conditions de reconnaissance d'une faillite étrangère, la première question qui se pose est la suivante: qu'est-ce que c'est une "compétence indirecte"?

Inévitablement, la réponse à cette question permettra de comprendre l'essence des conditions établies par la Cour de cassation pour la reconnaissance des faillites étrangères; pour la réponse, il convient à nouveau de se tourner vers le volet pratique sous la forme d'une analyse des décisions de cours et vers le volet théorique, notamment à l'analyse des travaux en milieu universitaire.

En particulier, il convient de citer la position suivante de l'instance de cassation, laquelle a été exprimée par la Chambre civile 1, du 6 février 1985, dans l'arrêt № 83-11.241:

<...> toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux²¹.

Dans son travail, la professeure H. Péroz se réfère également à la citation cidessus de la dernière décision, l'appelant l'arrêt Simitch (à son tour, cela confirme la célébrité de cet arrêt dans les milieux juridiques français) et note:

La Cour de cassation n'a pas élaboré de règles de compétence internationale indirecte. Le tribunal étranger sera considéré comme internationalement compétent s'il existe un lien caractérisé entre ce tribunal et le litige, ce que doit établir le juge de l'exequatur²².

À cet égard, C. Giudiceandrea exprime une position assez similaire: '<...> la juridiction étrangère est considérée compétente s'il existe un lien caractérisé entre le litige et le pays dont le juge a été saisi'²³.

Si l'on revient à la pratique judiciaire, notamment à l'arrêt déjà mentionné de la Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 mars 2021, 19-19.471, alors au point 7 on peut trouver ce qui suit:

²¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 février 1985, 83-11.241, Publié au bulletin <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015413>> (accessed: 26.06.2023).

²² Hélène Péroz (n 15).

²³ Maître Caterina Giudiceandrea, 'Reconnaissance et exécution en France d'un jugement étranger – la procédure d'exequatur' <<https://consultation.avocat.fr/blog/caterina-giudiceandrea/article-37418-reconnaissance-et-execution-en-france-d-un-jugement-etrange-la-procedure-d-exequatur.html>> (accessed: 26.06.2023).

<...> alors qu'il lui (à la cour d'appel – *R. P.*) appartenait de contrôler la compétence indirecte du juge étranger en vérifiant si, au regard des règles du droit international privé français, le litige se rattachait de manière caractérisée au juge américain <...>²⁴.

La professeure H. Péroz sur une telle position de la Cour de cassation note:

Ainsi, le juge de l'exequatur ne doit pas contrôler la compétence internationale indirecte en fonction des seules constatations effectuées par le juge étranger. Le juge français doit, d'après ses propres critères tels que prévu par le droit international privé français rechercher la compétence du juge étranger. C'est donc au juge français de caractériser le lien entre le litige et la juridiction étrangère selon ses propres critères et non pas d'après les constatations du juge étranger²⁵.

Nous devons porter la position de V. Legrand sur cette décision:

Aussi, la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel de Paris en rappelant, d'une part, que la compétence internationale indirecte d'une juridiction étrangère ne s'apprécie pas selon les règles de compétence du pays d'origine du jugement mais en vérifiant si au regard des règles du droit international privé français, le litige se rattachait de manière caractérisée au juge américain (I)²⁶.

Par conséquent, nous pouvons conclure que la "compétence indirecte" doit être comprise comme la possibilité pour un juge étranger de rendre une telle décision, à condition que ce litige appartienne à ce juge, tout en tenant compte de ces deux facteurs – le droit international privé français et l'absence de compétence exclusive des institutions judiciaires françaises.

Il est également important de noter que seul le lien par lui-même entre le litige et le juge étranger forme l'objet d'une évaluation sous le droit français, puisque sinon, l'évaluation de l'ensemble du litige sous le droit français inévitablement mènerait à l'impossibilité de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère, dès lors qu'aucun tribunal étranger n'utilise le droit français pour régler la procédure d'insolvabilité dans les procédures nationales, car naturellement, selon le droit français, la faillite est régie par le droit français.

Néanmoins, pour être honnête, les conditions établies décrites sont plutôt étranges, partiellement incompatibles et trop concrétisées. Et de fait, nous ne pouvons donner qu'une seule raison en faveur de leur existence, notamment, la réglementation des procédures concurrentielles.

Le fait que le droit français ne possède encore pas de réglementation normative de la procédure de faillite étrangère à l'égard des pays tiers – non membres de l'UE, évidemment, entraîne l'existence éventuelle des procédures concurrentielles

²⁴ Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 3 mars 2021, 19-19.471 (n 19).

²⁵ Hélène Péroz (n 15).

²⁶ Véronique Legrand (n 10).

incontrôlées. Il est clair qu'actuellement, il n'y a aucune disposition concernant la coopération entre les administrateurs de faillite et les tribunaux dans de tels cas, par conséquent, la sortie de cette situation, que d'ailleurs les institutions judiciaires françaises voient (mais pas directement), consiste en une banale impossibilité d'occurrence de ces procédures.

Autrement dit, quel lien avec le tribunal du pays A. le débiteur peut-il avoir si son centre des intérêts principaux est situé dans le pays B.? Ou bien quelle est la compétence d'un tribunal étranger si un tribunal français a déjà ouvert une faillite concernant ce débiteur?

Dans le contexte esquissé, il convient également de mentionner l'Allemagne, pays dans lequel, comme en France, il existe le dualisme de réglementation juridique de la procédure d'insolvabilité transfrontalière, car ce pays est aussi le membre de l'UE, où en vertu des dispositions de la clause 1 partie 1 § 343 Insolvenzordnung²⁷ (ci-après dénommé le Statut), lesquelles, à l'instar de la France, déterminent la nécessité pour un tribunal étranger d'être compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité conformément au droit allemand, De plus, cette régulation mentionnée est renforcée par la présence de la partie 1 § 3 du Statut, selon laquelle la compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité appartient au tribunal du siège du centre des intérêts principaux du débiteur (bien que le législateur allemand n'indique pas directement l'existence du centre des intérêts principaux dans ce cas).

Donc le fait que l'esprit "territorial" des institutions judiciaires françaises est ouvertement tracé lorsqu'il s'agit de réglementation de la question d'octroi d'exequatur, bien sûr, dans notre réalité actuelle, n'étonne probablement pas. Après tout, par exemple, en Allemagne, les dispositions du § 354 du Statut permettent de commencer une procédure territoriale en Allemagne concernant la propriété du débiteur, même en l'absence de son centre des intérêts principaux là-bas, c'est-à-dire que dans ce pays la primauté de la théorie du territorialisme et presque complète l'impossibilité de l'universalisme ont lieu, et cet état d'affaires est similaire à la réglementation juridique en Angleterre, où il existe une "règle de Gibbs", selon laquelle une obligation anglaise peut être éteinte exclusivement par un tribunal anglais.

Dans le même temps, il est typiquement que dans le cas de l'Allemagne, même que dans le cas de l'Angleterre, l'idéologie territoriale remonte au XIXe siècle, et la réglementation juridique moderne soit emprunte les normes juridiques de l'époque (comme, par exemple, en Allemagne), soit donne force juridique aux normes historiques d'autrefois à partir d'une décision de justice (comme dans le cas de l'Angleterre). Pour sa part, la France ne fait pas exception puisque, comme le montre la citation de E. Thaler déjà évoquée, la situation d'octroi d'exequatur n'est pas fondamentalement changée pour le moment.

²⁷ Insolvenzordnung <<https://www.gesetze-im-internet.de/inso>> (accessed: 26.06.2023).

Par conséquent, il est important de mentionner également l'Ukraine, où, au chapitre 8 du livre 3 du Code ukrainien Code des procédures de banqueroute²⁸ (ci-après – Code des procédures de banqueroute) contient la réglementation juridique de la procédure de banqueroute transfrontalière. Récemment, le législateur, par la loi ukrainienne “sur les modifications de certains actes législatifs de l'Ukraine” n°2971-IX du 20 mars 2023²⁹, a supprimé une norme juridique très connue, notamment la partie 3 de l'article 97 du Code des procédures de banqueroute, et en ouvrant ainsi la voie à la procédure de banqueroute transfrontalière ukrainienne pour tous les pays du monde, et initiant une approche absolument universelle. Et si d'un point de vue purement idéaliste, cette approche sera considérée comme réussie et standard, par contre, d'un point de vue pratique, cette déclaration est difficilement applicable. Même les pays ayant la position très élevée au monde avec des économies ultra-développées comme l'Angleterre, l'Allemagne et la France appliquent ouvertement la théorie du territorialisme depuis le XIXe siècle, idem pour le règlement de l'UE de 2015 – bien qu'il soit appliqué dans l'environnement le plus favorable à l'universalisme, il ne met pas l'universalisme en œuvre dans sa forme pure, au contraire, il applique plutôt la théorie de l'universalisme territorial.

Ainsi, il sera approprié pour l'Ukraine d'emprunter et de mettre en œuvre telle expérience de l'application de la théorie du territorialisme et au fil du temps, suite à son adhésion prochaine à l'UE, de laisser l'approche territoriale aux pays tiers – non membres de l'UE, comme cela est déjà réalisé actuellement en Allemagne et en France.

En revenant sur l'analyse de la procédure de faillite internationale sous le droit français, il convient de noter la sincère surprise suscitée par la condition d'absence de fraude. Non, il est certain et indiscutable qu'une telle demande est absolument appropriée, car il est impossible de protéger légalement des intérêts illégitimes. Cependant, une telle condition que l'absence de fraude ne tombe-t-elle pas sous la catégorie de la deuxième condition, notamment, le respect de l'ordre public? Il est évident et clair que la protection juridique des actions frauduleuses forme un exemple éloquent de violation de l'ordre public.

Néanmoins, l'analyse donnée confirme une fois notre évaluation négative de la réglementation juridique d'une procédure tellement difficile, et fondée dans les décisions de cour. Il convient de partager partiellement la position de F. Jault-Seseke: ‘Cour de cassation reste sourde aux critiques. Il pourrait alors revenir au législateur français de s'inspirer de la loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale adoptée en mai 1997 <...>’³⁰. Étant donné que la loi modèle de la CNUDCI de 1997 sur l'insolvabilité internationale est franchement loin d'être

²⁸ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2297-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>> (дата звернення: 26.06.2023).

²⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 20 березня 2023 р. № 2971-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2971-20#n368>> (дата звернення: 26.06.2023).

³⁰ Fabienne Jault-Seseke (n 9).

idéale, donc il n'est pas approprié de la prendre comme modèle. Mais la nécessité de consolider la réglementation de faillite internationale concernant des pays tiers – non membres de l'UE est plus qu'évidente. C'est pourquoi le législateur français devrait ajouter un nouveau chapitre X au livre 6 du Code de commerce, dans lequel serait prévue une réglementation spéciale de cette procédure nommée. Pour sa création, il est possible de prendre comme modèle le règlement progressif existant dans le Règlement UE 2015, comme, par exemple, partiellement fait en Allemagne, et, entre autres, y ajouter des mécanismes similaires à ceux définis dans la partie 4 de l'Article 97 du Code des procédures de banqueroute (une réglementation similaire est également disponible dans la clause 2, partie 1, § 343 du Statut) qui constituent des exceptions à la reconnaissance des procédures étrangères, notamment si cette reconnaissance sera contraire à l'ordre public, à la souveraineté et aux principes fondamentaux du droit français, simplifiant ainsi les conditions établies par les institutions judiciaires françaises.

Finalement, l'exemple français décrit et analysé de régulation de faillite internationale pour des pays tiers devrait devenir utile au législateur ukrainien. Après tout, une réglementation normative détaillée et suffisante de telle procédure est justement obligatoire, car cette procédure est si complexe que laisser sa réglementation à la pratique judiciaire en utilisant une approche libre. Bien qu'actuellement la situation en Ukraine soit un peu meilleure qu'en France, on possède d'une réglementation normative, mais malheureusement, elle est insuffisante et imparfaite, et de ce fait, elle a besoin de modifications immédiates par le législateur, sans que l'on attende des "améliorations" introduites par la pratique judiciaire.

Si l'on prend la procédure générale de faillite internationale prévue par le droit français dans son ensemble, alors elle doit être considérée comme une solution temporaire destinée à protéger les intérêts de propriété dans la juridiction française. Comme démontré au fil du temps, notamment avec l'apparition d'une réglementation spécialisée pour les États membres de l'UE, la nécessité urgente de l'existence d'une réglementation spécialisée légalement établie sur la faillite internationale aux yeux du législateur français a disparu, et donc, une solution temporaire, franchement cassante, a trouvé son destin dans la réglementation juridique permanente de la procédure spécifiée par sa réflexion dans la pratique judiciaire.

Les conclusions. En résultat de cette étude, les conclusions suivantes étaient formulées.

1. Le dualisme de la réglementation de faillite internationale en France est prouvé, qui consiste en l'existence d'une réglementation normative établie de la procédure transfrontalière à l'égard des États membres de l'UE conformément au règlement UE 2015, et au développement de la pratique judiciaire, qui a établi l'existence d'une procédure de faillite transfrontalière à l'égard des pays tiers – non membres de l'UE sans la présence d'un règlement normatif correspondant.

2. Les lacunes de la procédure de faillite internationale en France à l'égard des pays tiers – non membres de l'UE, dues à l'absence d'une réglementation juridique de la procédure mentionnée à l'égard de ces pays, ont été révélés.

3. La similitude de l'état actuel de la procédure de faillite internationale concernant des pays tiers – non membres de l'UE avec la procédure de faillite internationale qui s'est déroulée en France au XIX^e siècle est justifiée.

4. L'existence de trois conditions impératives pour la reconnaissance d'une procédure étrangère en cas de faillite, développées par la pratique judiciaire de la Cour de cassation française, a été révélée: 1) la présence d'une compétence indirecte du juge qui a rendu la décision; 2) le respect de l'ordre public international matériel et procédural; 3) l'absence de fraude.

5. Il est établi que les conditions d'octroi de l'exequatur à une décision étrangère, qui ont été développées par la pratique judiciaire, incitent à opérer une régulation négative des procédures concurrentielles, car elles rendent, en fait, leur occurrence impossible.

6. Il est noté qu'une condition telle que l'absence de fraude, qui a d'ailleurs été relevée plus tard par la Cour de cassation, est largement couverte par une autre condition, notamment, par le respect de l'ordre public.

7. En Allemagne, à l'instar de la France, l'existence d'une telle condition concernant les procédures étrangères comme la présence d'une compétence indirecte à un tribunal étranger a été établie.

8. L'orientation territoriale des institutions judiciaires françaises concernant l'octroi de l'exequatur pour une décision étrangère relative à l'ouverture d'une procédure de faillite a été révélée, la similitude de cette application avec la théorie du territorialisme en France au même titre que l'Allemagne et l'Angleterre a été prouvée.

9. La nécessité pour l'Ukraine d'emprunter l'expérience de l'application de la théorie du territorialisme, qui a lieu en France, en Angleterre et en Allemagne, et de l'introduire dans la législation nationale actuelle des procédures de banqueroute, est justifiée.

10. Il est proposé pour l'Ukraine, après le moment de son adhésion à l'UE, d'appliquer une approche territoriale aux pays tiers non membres de l'UE, laquelle est actuellement disponible en France et en Allemagne.

11. La nécessité d'ajouter un nouveau chapitre X au livre 6 du Code de commerce, qui devrait prévoir une réglementation distincte de la procédure de faillite internationale à l'égard des pays tiers non membres de l'UE, est justifiée.

12. Lors de la création du nouveau chapitre du Code de commerce, il est proposé de prendre comme modèle la réglementation progressive disponible dans le Règlement UE 2015, à l'instar de l'Allemagne et, entre autres, d'en ajouter des provisions similaires à celles définies dans la partie 4 de l'article 97 du Code des procédures de banqueroute et dans la clause 2, partie 1, § 343 du Statut allemand des exceptions à la reconnaissance des procédures étrangères, en particulier

si cette reconnaissance est contraire à l'ordre public, à la souveraineté et aux principes fondamentaux du droit français, simplifiant ainsi les conditions établies par les institutions judiciaires françaises.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Thaller E, *Des faillites en droit comparé, avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, vol 2 (A. Rousseau 1887) (in French).

Websites

2. Fabienne J, 'Absence d'effet en France du jugement de faillite étranger hors exequatur' <<https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2017-3-page-443.htm?contenu=article>> (accessed: 26.06.2023) (in French).
3. Hélène P, 'Jugement étranger. Contrôle de la compétence internationale indirecte' <<https://www.xn--hlnproz-20aif.fr/post/jugement-%C3%A9tranger-contr%C3%B4le-de-la-comp%C3%A9tence-internationale-indirecte>> (accessed: 26.06.2023) (in French).
4. Maître C G, 'L'exequatur en France d'un jugement étranger de faillite' <<https://consultation.avocat.fr/blog/caterina-giudiceandrea/article-38281-l-exequatur-en-france-d-un-jugement-etranger-de-faillite.html>> (accessed: 26.06.2023) (in French).
5. Maître C G, 'Reconnaissance et exécution en France d'un jugement étranger – la procédure d'exequatur' <<https://consultation.avocat.fr/blog/caterina-giudiceandrea/article-37418-reconnaissance-et-execution-en-france-d-un-jugement-etranger-la-procedure-d-exequatur.html>> (accessed: 26.06.2023) (in French).
6. Véronique Legrand, 'Retour sur la compétence indirecte du juge étranger dans le cadre de l'exequatur en droit international privé commun' <<https://www.actu-juridique.fr/international/droit-international-prive/retour-sur-la-competence-indirecte-du-juge-etranger-dans-le-cadre-de-lexequatur-en-droit-international-prive-commun/>> (accessed: 26.06.2023) (in French).

Родіон Поляков

ПРОЦЕДУРА ТРАНСКОРДОННОЇ НЕСПРОМОЖНОСТІ ЗА ФРАНЦУЗЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена процедурі транскордонної неспроможності за французьким законодавством, яке відрізняється дуалізмом правового регулювання цієї процедури, що полягає в існуванні нормативно закріпленого регулювання транскордонної процедури стосовно країн – членів Європейського Союзу (ЄС) згідно з Регламентом ЄС 2015, та розвитку судової практики, яка встановила існування процедури транскордонної неспроможності щодо третіх країн – нечленів ЄС без наявності відповідного нормативного регулювання.

Актуальність цього дослідження для України зумовлена тим, що, оскільки наша держава набула статусу кандидата на вступ до ЄС, не за горами той час, коли положення Регламенту ЄС 2015 поширюватимуться й на Україну, отже, для України буде доречним запозичити європейський досвід застосування теорії територіалізму

та впровадити його, а з набуттям членства в ЄС продовжувати застосовувати територіальний підхід до третіх країн – не членів ЄС, як це нині зроблено в Німеччині та Франції.

За результатами дослідження автор виявив існування трьох обов'язкових умов щодо визнання іноземного провадження у справі про банкрутство, які виробила судова практика Касаційного суду Франції: наявність непрямої компетенції у судді, який ухвалив рішення; дотримання міжнародного матеріального та процесуального публічного порядку; відсутність шахрайських дій (що, здебільшого, охоплюється іншою умовою, а саме відповідності публічному порядку).

Водночас доведено, що умови щодо надання екзекватури іноземному рішення, які виробила судова практика, виконують скоріше негативне регулювання конкурентних проваджень, адже вони, по суті, унеможливають їхнє виникнення.

У підсумку обгрунтовано необхідність додання до Книги 6 Комерційного кодексу Франції нового розділу X, у якому має бути передбачене окреме регулювання процедури транскордонної неспроможності стосовно третіх країн – не членів ЄС, а також запропоновано при створенні нового розділу Комерційного кодексу Франції взяти за взірць прогресивне регулювання, наявне в Регламенті ЄС 2015, за прикладом Німеччини, та, з-поміж іншого, додати аналогічні визначенням у ч. 4 ст. 97 Кодексу України з процедур банкрутства та п. 2 ч. 1 § 343 Статуту Німеччини винятки щодо визнання іноземного провадження, зокрема, якщо таке визнання суперечить публічному порядку, суверенітету й основним принципам законодавства Франції, тим самим спростивши встановлені французькими судовими установами вимоги.

Ключові слова: банкрутство; транскордонна неспроможність; територіалізм; універсалізм; режим екзекватури іноземних рішень.

Rodion Poliakov

CROSS-BORDER INSOLVENCY PROCEDURE UNDER FRENCH LAW

ABSTRACT. The article is devoted to the cross-border insolvency procedure under French law, which is distinguished by the duality of the legal regulation of this procedure. The latter consists in the existence of a normatively established regulation of the cross-border procedure in relation to EU member states in accordance with the EU Regulation 2015, and the development of judicial practice, which established the existence of the cross-border insolvency procedure in relation to third states non-EU members without the relevant regulations.

The relevance of this study for Ukraine is determined by the fact that, since our state has acquired the status of a candidate for joining the European Union, the time is not far off when the provisions of the EU Regulation 2015 will be also applicable to Ukraine, and therefore, it will be appropriate for Ukraine to borrow and implement the European experience of applying the theory of territorialism, and with the acquisition of EU continue to apply the territorial approach to third states – non-EU members, as it is currently done in Germany and France.

According to the results of the research, the author found the existence of three mandatory conditions for the recognition of foreign insolvency proceedings, which were developed by the case law of the French Court of Cassation: the presence of indirect competence of the judge who issued the decision; respect of international material and

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 9 • 142-158

procedural public order; the absence of fraud (which, in most cases, is covered by another condition, namely the respect of public order).

At the same time, the author proved that the conditions for granting exequatur to a foreign decision, developed by judicial practice, perform a rather negative regulation of competitive proceedings, because they, in fact, make their occurrence impossible.

In conclusion, the author justified the necessity to add a new Chapter X to Book 6 of the Commercial Code of France, which should provide a separate regulation of the cross-border insolvency procedure in relation to third countries – non-EU members, and also proposed to take progressive regulation existing in the EU Regulation 2015 as a model when creating a new chapter of the Commercial Code of France, by that following the example of Germany, and, amidst other, to add similar to those defined in Part 4 of Art. 97 of the Bankruptcy Code of Ukraine and Clause 2 Part 1 § 343 of the German Insolvency Statute exceptions to the recognition of foreign proceedings, in particular if such recognition is contrary to public order, sovereignty and the basic principles of French law, thereby simplifying the requirements established by French judicial institutions.

KEYWORDS: bankruptcy; cross-border insolvency; territorialism; universalism; regime of exequatur of foreign decisions.



Діна Дрижакова

аспірантка кафедри кримінально-правової політики
та кримінального права
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
d.dryzhakova@gmail.com

УДК 343.3/7

ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ВТРУЧАННЯ В ІНФОРМАЦІЙНІ СИСТЕМИ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджено питання щодо проблем доказування злочинів у сфері втручання в інформаційні системи.

Зазначено, що саме злочинний вплив на інформаційні системи або їх злочинне використання дає підстави визначити фактично комп'ютерну інформацію через місцезнаходження її на комп'ютерній техніці як джерела доказу.

Результати злочинного впливу на комп'ютерну інформацію (витік, втрата, підробка, блокування комп'ютерної інформації, порушення встановленого порядку її маршрутизації, зміна, знищення, блокування комп'ютерної інформації) чи комп'ютерну систему слід оцінювати через судову комп'ютерно-технічну експертизу.

Як висновок наголошено на тому, що потрібно врахувати досвід європейських країн і коригувати та розширити диспозиції статей з урахуванням порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж, вдосконалити методику проведення експертиз з урахуванням технологічних можливостей сьогодення, внести зміни до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України щодо визначеності міжнародної юрисдикції за злочини у сфері втручання в комп'ютерні та інформаційні системи.

Ключові слова: комп'ютерний злочин; судова комп'ютерно-технічна експертиза; комп'ютерна інформація, комп'ютерна система.

Нині кіберпростір займає одну з найбільш критичних та актуальних галузей науки. Із цим дуже важко не погодитися. У кожній країні світу існують державні інститути, які займаються дослідженнями у профільних галузях науки та тісно і дуже плідно взаємодіють із державним апаратом. Інформаційні технології – це теж наука. На жаль, в Україні немає жодного інституту, який би займався опрацюванням цієї гілки та мав би певні винаходи або результати. Проте у законодавстві існує відповідальність за несанкціоноване втручання у роботу електронно-обчислювальних

© Діна Дрижакова, 2023

машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (далі – АОЕМ), такі злочини, як шахрайство з банківськими платіжними картками, злочини у сфері телекомунікацій та інформаційно-телекомунікаційних мереж (шахрайство з оплатою міжнародних телефонних переговорів), незаконне використання банківської мережі електронних платежів, програмне (комп'ютерне) “піратство”, шахрайство з використанням ігрових автоматів та багато інших.

Проблематикою правопорушень у сфері втручання у роботу АОЕМ є визначення доказової бази вчинення правопорушення. На нашу думку, у роботі АОЕМ можна виділити дві групи напряму: атака та захист. Для атакуючих найбільш важливо: програмування на низькорівневих мовах (C, C++, ASM), бінарна експлуатація, фаззинг (*afl-plusplus*), вебпентест (*burp-suite*) та злом і просунення у (локальних, приватних) мережах (*metasploit*). Для захищаючих найбільш актуально: адміністрування (*Unix, Windows*), програмування на скриптових мовах (*bash, PowerShell*), вміння моделювати безпечні мережі тощо.

Яким же чином встановити момент вчинення правопорушення, доказову базу та країну, за законодавством якої особу-правопорушника буде притягнуто до відповідальності? Програмними засобами, про які йдеться у ст. 361 Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹, є різні комп'ютерні програми, використання яких створює можливість для незаконного проникнення у комп'ютер, його систему чи комп'ютерну мережу, або ж полегшує таке незаконне проникнення. Під технічними засобами розуміються будь-які технічні пристрої, за допомогою яких без використання комп'ютерних програм здійснюється вплив на роботу АОЕМ.

Під час збирання доказів при розслідуванні таких кримінальних правопорушень виникає проблема: поряд із “традиційними” слідами частиною відомостей є комп'ютерна інформація, яка не залишає змін у зовнішньому матеріальному середовищі, оскільки у більшості випадків має інформаційний характер², а серед науковців і практиків інтерпретується по-різному – як електронна, цифрова, комп'ютерна, віртуальна, бінарна інформація. Фактично комп'ютерна інформація через місцезнаходження її на комп'ютерній техніці отримує статус джерела доказу.

При цьому варто звернути увагу, що знищення комп'ютерної інформації на сьогодні не завжди може стати перепорою для отримання доказу вчинення злочину, адже існує велика кількість ефективних сучасних засобів пошуку (відновлення) знищеної електронної інформації, а тому

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/conv#n2527>> (дата звернення: 17.09.2023).

² Д Пашнев, ‘Властивості комп'ютерної інформації як предмету злочину’ (2012) 1 Вісник Кримінологічної асоціації України: збірник наукових праць 115–25.

сліди злочину, тобто інформація, яка може бути частиною доказової бази, має також свої особливості.

Сліди злочинів у сфері використання інформаційних технологій утворюються за результатами дії на комп'ютерну інформацію через зовнішній доступ до неї, що викликає певні зміни, пов'язані з подією злочину. Такими змінами можуть бути, зокрема: сліди знищення, модифікації, копіювання інформації, блокування інформаційної системи. Сліди змін залишаються на машинних носіях інформації і відображають зміни в інформації, що в них зберігається (порівняно з вихідним станом). Інформація може зберегти сліди її часткового знищення або модифікації (видалення з каталогів імен файлів, видалення або додавання окремих записів, фізичного руйнування або розмагнічування носіїв тощо). Інформаційними слідами є також результати роботи антивірусних і тестових програм. Ці сліди можуть бути виявлені при експертному дослідженні комп'ютерного обладнання, протоколів роботи операційних систем, додатків, антивірусних програм, програмного коду та ін. Сліди несанкціонованого доступу до інформації містяться у журналах операційних систем і окремих програмних продуктів, що створюють резервні копії файлів і файли-звіти, зберігають інформацію про останні проведені операції та виконані програми.

Цього питання торкалися у своїх дослідженнях багато вчених: Д. Азаров, М. Бікмурзін, М. Карчевський, В. Кузнецов, А. Музика, Є. Лащук, П. Орлов, С. Орлов, О. Радутний, М. Рудик, Н. Розенфельд, О. Смаглюк, І. Юрченко та ін.

Метою дослідження є виявлення особливостей кримінально-правової характеристики злочинів у сфері використання систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, доказової бази злочинів у цій сфері та розробка рекомендацій щодо кваліфікації діянь за статтями 361–363¹ КК України.

Переважна більшість складів злочинів у сфері використання АЕОМ (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку (далі – комп'ютерні злочини) є матеріальними, а тому виявляються за наслідками. Отже, під час кваліфікації цих злочинів та їх відмежування від суміжних складів злочинів, необхідно оцінювати розмір і характер заподіяної шкоди з точки зору характеристики її предмету.

Поряд зі шкодою – наслідком комп'ютерних злочинів, іде мета вчинення правопорушення. При визначенні мети комп'ютерних злочинів не слід обмежуватися лише фабулою статті – “несанкціоноване втручання”. У більшості випадків як, наприклад, програмне (комп'ютерне) піратство, метою буде одержання грошової винагороди, збагачення. І здавалося б, все просто: зловмисники одержали доступ до комп'ютерних мереж компаній чи стратегічної установи і вимагають суму коштів

за розблокування доступів до мережі компанії. І ось зловмисників можна брати на гарячому при одержанні грошей, але не зовсім так. Як правило, вимагають зловмисники віртуальні кошти (віртуальні активи) – криптовалюту.

І ось тут починається найцікавіше із доказовою базою. Відповідно до Конституції України³ єдиною державною валютою в Україні є гривня. Частиною 2 ст. 19 Конституції України встановлено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Згідно зі ст. 2 Закону України “Про Національний банк України” (далі – Закон про НБУ)⁴ НБУ є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління, юридичний статус, завдання, функції, повноваження і принципи організації якого визначаються Конституцією України, цим Законом та іншими законами України. При цьому зазначаємо, що НБУ відповідно до повноважень, наданих законодавством України, встановлює правила використання лише тих інструментів фінансового ринку, регулювання яких згідно із законодавством покладено на НБУ.

Правовий статус віртуальних активів, питання комплексного врегулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з оборотом віртуальних активів в Україні, права та обов'язки учасників ринку віртуальних активів, засади державної політики у сфері обороту віртуальних активів визначені Законом України “Про віртуальні активи”⁵. Відповідно до цього Закону регуляторами ринку віртуальних активів є Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) та НБУ. Зокрема, НБУ здійснюватиме державне регулювання обороту на території України такого різновиду фінансових віртуальних активів, як віртуальні активи, забезпечені валютними цінностями. При цьому у п. 1 розділу VI Закону України “Про віртуальні активи” встановлено, що Закон набирає чинності лише з дня набрання чинності законом України про внесення змін до Податкового кодексу України⁶ щодо особливостей оподаткування операцій з віртуальними активами, але не раніше дня опублікування цього Закону.

14 червня НКЦПФР нарешті презентувала представникам профільних державних органів та ринковій спільноті текст законопроекту про

³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

⁴ Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

⁵ Про віртуальні активи: Закон України від 17 лютого 2022 р. № 2074-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

⁶ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

оподаткування криптоактивів, який базується на положеннях європейського “Закону про крипторинки”⁷. Нагадаємо, що 31 травня 2023 р. Європейський парламент схвалив нові загальні правила нагляду та захисту прав споживачів щодо криптовалют – *Markets in Crypto assets (MiCA)*. Регламент набрав чинності в ЄС 29 червня 2023 р. і почне повністю діяти з 30 грудня 2024 р. *MiCA* – це документ, який передбачає регулювання віртуальних активів у Європейському Союзі (далі – ЄС), захищаючи користувачів та інвесторів у цій галузі.

Натепер криптовалюти в Україні як грошова одиниця так і не визнані. А в законодавстві йдеться про купівлю-продаж криптовалют через біржу, що має стати ідентифікатором особи, але є й інші додатки на кшталт *TrustWallet*, які не передбачають ідентифікацію особи як власника. Отже, як бачимо, один із доказів наявності умислу одержання винагороди доволі складно одержати.

Ще одним цікавим доказовим моментом цієї категорії правопорушень є місце вчинення злочину, безпосередньо країна. Оскільки, як відомо, категорія правопорушень у сфері втручання у роботу інформаційних систем передбачає підміну IP-адреси, тобто реального місця вчинення правопорушення, а отже, і законодавства відповідної держави у цій сфері злочинів.

Місцем виявлення електронних слідів можуть бути як матеріальні, так і нематеріальні об’єкти: ресурси мережі Інтернет, профіль користувача у соціальних мережах, електронні платіжні системи (*PayPal, LiqPay, iPay.ua, Qiwi, WebMoney, Perfect Money* та ін.), бази даних (абонентів операторів зв’язку, криміналістичних обліків Міністерства внутрішніх справ України та ін.), локальні мережі різних структур, “жорсткі диски” персональних комп’ютерів (ноутбуків, планшетів та ін.), карти пам’яті, засоби стільникового зв’язку і багато іншого⁸.

Нині одним із технічних засобів, які найчастіше використовуються у протиправних цілях, є засоби стільникового зв’язку. Вони можуть слугувати не лише носіями криміналістично значущої інформації, а й предметами, знаряддями злочинів. Наприклад, при вчиненні вимагання вже типовими є дії злочинних груп, коли по мобільному телефону висувуються вимоги про зарахування на абонентський рахунок злочинця грошових коштів за повернення викраденого транспортного засобу.

Типовими для кримінальних правопорушень, учинених із використанням засобів стільникового зв’язку, будуть такі сліди: інформаційні

⁷ Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1114/oj>> (accessed: 17.09.2023).

⁸ М. Климчук, Ю. Комісарчук, С. Марко, Б. Степик, *Судова комп’ютерно-технічна експертиза у кримінальному провадженні: навчальний посібник* (Львівський державний університет внутрішніх справ 2022) 11.

сліди на машинних носіях оператора зв'язку (наприклад, дані первинного номера телефону, який використовується для зв'язку та зберігається у *log*-файлах; дати сеансу зв'язку; інформація про час зв'язку; статичні або динамічні *IP*-адресні журнали реєстрації провайдера в Інтернеті і відповідні телефонні номери; швидкості передачі повідомлення; вихідні журналів сеансів зв'язку, що включають тип використаних протоколів, самі протоколи та ін.)⁹; сліди на самому мобільному телефоні (приміром, *IMEI*-код, *SMS*-повідомлення), відомості про надіслані повідомлення, телефонні з'єднання, абонентська книга телефону, телефонні номери, що використовуються, сліди мікрочастинок, пальців рук. Сліди, присутні на *SIM*-карті і наявні на мобільному телефоні, зазвичай ідентичні¹⁰.

З квітня 2022 р. набрав чинності Закон України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану”¹¹, після чого були внесені відповідні до законодавчих нормативних актів¹². Згідно з ч. 6 ст. 361 КК України:

Дії, передбачені частинами першою – четвертою цієї статті, не вважаються несанкціонованим втручанням в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж, якщо вони були вчинені відповідно до порядку пошуку та виявлення потенційних вразливостей таких систем чи мереж¹³.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж” (далі – Постанова № 497)¹⁴ визначається механізм здійснення пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих),

⁹ С Потапов, И Потапова, ‘Использование экспертиз при расследовании и раскрытии преступлений, совершенных с применением сотовых телефонов’ [2016] 11 (11) Социально-экономические процессы и явления 157.

¹⁰ М Климчук, ‘Сліди кримінальних правопорушень, учинених із використанням засобів стільникового зв'язку, й особливості їх виявлення’ в *Актуальні питання виявлення та розкриття злочинів Національною поліцією: вітчизняний та зарубіжний досвід: матеріали Міжнар. наук.-практ. круглого столу* (НАВС 2020) 86.

¹¹ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану: Закон України від 24 березня 2022 р. № 2149-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2149-20#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

¹² Микола Хавронюк, ‘Втручання в роботу інформаційно-комунікаційних систем: кримінальна відповідальність’ (29.04.2022) <<https://pravo.org.ua/blogs/vtruchannya-v-robotu-informatsijno-komunikatsijnyh-system-kryminalna-vidpovidalnist>> (дата звернення: 17.09.2023).

¹³ Кримінальний кодекс України (н 1).

¹⁴ Про затвердження Порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 травня 2023 р. № 497 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/497-2023-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 17.09.2023).

електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж (далі – пошук потенційної вразливості системи). Дія цього Порядку не поширюється на інформаційні (автоматизовані), електронні комунікаційні, інформаційно-комунікаційні системи, електронні комунікаційні мережі, в яких обробляється службова інформація та/або інформація, що становить державну таємницю, розвідувальну таємницю, банківську таємницю.

З урахуванням того, що предметом більшості комп'ютерних злочинів є комп'ютерна інформація або комп'ютерна система (під якою слід розуміти будь-яку із систем: ЕОМ (комп'ютер), автоматизовану систему, комп'ютерну мережу чи мережу електрозв'язку), диспозиція ст. 361 КК України відповідно до Постанови № 497, має обмежену сферу дії. Саме злочинний вплив на інформаційні системи або їх злочинне використання дає підстави визначити фактично, комп'ютерну інформацію через місцезнаходження її на комп'ютерній техніці отримує статус джерела доказу. Результати злочинного впливу на комп'ютерну інформацію (витік, втрата, підробка, блокування комп'ютерної інформації, порушення встановленого порядку її маршрутизації (ст. 361), зміна, знищення, блокування комп'ютерної інформації (ст. 362)) чи комп'ютерну систему слід оцінювати через судову комп'ютерно-технічну експертизу.

Судова комп'ютерно-технічна експертиза (далі – СКТЕ) – це окрема, суворо регламентована процесуальна дія, що здійснюється під час розслідування кримінальних правопорушень. Вона є основною процесуальною формою використання спеціальних знань у галузі комп'ютерних технологій, а її результати можуть являти собою найважливішу частину доказової бази у конкретному кримінальному провадженні.

Однак, щоб висновок експерта було визнано допустимим, законодавством передбачені вимоги до призначення судової експертизи, а слідчою та експертною практикою вироблено рекомендації щодо ефективного її проведення. Крім того, будь-яка експертиза повинна проводитись на підставі методики, що відповідає сучасному рівню розвитку науки і техніки. І, оскільки такий вид судової експертизи, як СКТЕ, відносно новий, при її призначенні часто виникає низка типових помилок. Акцентування на них уваги є необхідним¹⁵.

Розслідування кримінальних правопорушень, учинених із використанням комп'ютерної техніки та комп'ютерних технологій, ускладнюється тим, що з постійним розвитком інформаційних технологій з'являються об'єкти дослідження, яких раніше просто не було, змінюються, модифікуються механізми і методи вчинення раніше відомих видів

¹⁵ Климчук, Комісарчук, Марко, Стецик (н 8) 4.

злочинів, з'являються абсолютно нові їх види¹⁶. Експерти через швидке старіння методик, велику кількість об'єктів дослідження і широке коло таких питань експертизи значну частину часу витрачають на адаптацію і доопрацювання загальних методик під окремі завдання експертизи, пошук необхідних методів – розробку окремих методик проведення СКТЕ. Складність і тривалість розробки окремих методик СКТЕ збільшуються при накладенні експертною організацією обмежень на вибір методів проведення експертизи за ресурсами (термінами, вартістю експертного програмного забезпечення та ін.).

Наслідки різних упущень уповноважених осіб, які здійснюють збирання такої специфічно збереженої інформації, а також непрофесійні дії фахівців у зазначеній сфері, можуть мати негативні наслідки, адже у такому разі завдання кримінального провадження реалізуються неповністю або частково, що може спричинити прийняття необґрунтованого і незаконного підсумкового рішення у конкретному кримінальному провадженні.

Невирішеною залишається низка практичних проблем, пов'язаних із поводженням з електронною слідовою інформацією, призначенням і проведенням СКТЕ, використанням її результатів у кримінальному процесуальному доказуванні.

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що потрібно врахувати досвід європейських країн і коригувати та розширити диспозиції статей з урахуванням порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж, вдосконалити методику проведення експертиз з урахуванням технологічних можливостей сьогодення, внести зміни до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України щодо визначеності міжнародної юрисдикції за злочини у сфері втручання у комп'ютерні та інформаційні системи.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Klymchuk M, Komissarchuk Yu, Marko S, Stetsyk B, *Sudova komp'iuterno-tekhnichna ekspertyza u kryminalnomu provadzhenni: navchalnyi posibnyk* (Lvivskyi derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav 2022) (in Ukrainian).

¹⁶ А Шелупанов, А Смолина, 'Методика проведения подготовительной стадии исследования при производстве компьютерно-технической экспертизы' [2016] 19 (1) Доклады ТУСУРа 31–34.

Journal articles

2. Pashniev D, 'Vlastyvoli komp'iuternoi informatsii yak predmetu zlochyну' (2012) 1 Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy: zbirnyk naukovykh prats 115–25 (in Ukrainian).
3. Potapov S, Potapova I, 'Ispol'zovanie jekspertiz pri rassledovanii i raskrytii prestuplenij, sovershennyh s primeneniem sotovyh telefonov' [2016] 11 (11) Social'no-jekonomicheskie processy i javlenija 157 (in Russian).
4. Shelupanov A, Smolina A, 'Metodika provedenija podgotovitel'noj stadii issledovanija pri proizvodstve komp'juterno-tehnicheskoy jekspertizy' [2016] 19 (1) Doklady TUSURa 31–4 (in Russian).

Conference papers

5. Klymchuk M, 'Slidy kryminalnykh pravoporushen, uchynenykh iz vykorystanniam zasobiv stilnykovoho zv'iazku, y osoblyvosti yikh vyjavlennia' v *Aktualni pytannia vyjavlennia ta rozkryttia zlochyv Natsionalnoi politsiiei: vitchyzniani ta zarubizhnyi dosvid: materialy Mizhnar. nauk.-prakt. kruhloho stolu* (NAVS 2020) 86 (in Ukrainian).

Websites

6. Khavroniuk M, 'Vtruchannia v robotu informatsiino-komunikatsiinykh system: kryminalna vidpovidalnist' (29.04.2022) <<https://pravo.org.ua/blogs/vtruchannia-v-robotu-informatsiino-komunikatsiinykh-system-kryminalna-vidpovidalnist>> (accessed: 17.09.2023) (in Ukrainian).

Dina Dryzhakova

ISSUES OF PROVING CRIMINAL OFFENSES RELATED TO THE INTERFERENCE WITH INFORMATION SYSTEMS

ABSTRACT. This article examines the problems of proving crimes in the field of interference in information systems.

It is noted that it is criminal influence on information systems or their criminal use that gives grounds for determining that computer information, due to its location on computer equipment, receives the status of a source of evidence.

The results of criminal influence on computer information (leakage, loss, forgery, blocking of computer information, violation of the established order of its routing, change, destruction, blocking of computer information or computer the system should be evaluated through computer forensics.

As a conclusion, it is emphasized that it is necessary to take into account the experience of European countries and to adjust and expand the disposition of articles taking into account the order of searching and identifying potential vulnerabilities of information (automated), electronic communication, information and communication systems, electronic communication networks, to improve the methodology of conducting examinations taking into account technological of today's possibilities, to make changes to the criminal and criminal procedural code regarding the determination of international jurisdiction for crimes in the field of interference in computer and information systems.

KEYWORDS: computer crime; computer forensic expertise; computer information; information.



Павло Іванов

аспірант Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова
(Хмельницький, Україна)
ipphd2023@gmail.com

УДК 347.772

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ГРАФІЧНОЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Анотація. Ідентифікація учасників цивільних правовідносин, так чи інакше, присутня в динаміці, певно, усіх цивільних правовідносин. Водночас з огляду на принципи диспозитивності, вільного волевиявлення та юридичної рівності учасників, для цивільних правовідносин, на відміну від публічних галузей права, не така важлива детальна ідентифікація їхніх учасників. Адже у багатьох випадках достатньо принаймні встановити, чи відповідають такі правовідносини обсягу правоздатності та дієздатності суб'єкта, належним йому суб'єктивним цивільним правам і встановленим обмеженням щодо їх здійснення (наприклад, дрібні побутові правочини). Це також сприяє використанню в цивільних правовідносинах не тільки традиційних засобів ідентифікації, таких як ім'я та паспортні дані – для фізичної особи, найменування та реєстраційні дані – для юридичної особи, а й простих для сприйняття, легких для запам'ятовування графічних об'єктів (логотип, фірмові кольори – для юридичної особи, аватар – для фізичної особи). Це, своєю чергою, ставить завдання дослідження ідентифікації учасників цивільних правовідносин за допомогою таких графічних об'єктів (“графічна ідентифікація”).

Метою статті є формулювання визначення поняття “графічна ідентифікація учасника цивільних правовідносин” на основі аналізу наукових досліджень суміжних понять та їх законодавчого закріплення.

У статті запропоноване визначення поняття “графічна ідентифікація учасника цивільних правовідносин”, під яким розуміється тотожність учасника цивільних правовідносин (його діяльності чи об'єкта, який йому належить) за допомогою графічного відображення ознак, що індивідуалізують такого учасника та похідних від них (засобів графічної ідентифікації), на матеріальному або електронному носії, яке використовується для встановлення відповідності (належності) об'єкта (поведінки) конкретному суб'єкту.

Ключові слова: ідентифікація; ідентифікація учасника цивільних правовідносин; графічна ідентифікація; графічна ідентифікація учасника цивільних правовідносин.

Ідентифікація учасників цивільних правовідносин, так чи інакше, присутня в динаміці, певно, усіх цивільних правовідносин. Водночас з огляду на принципи диспозитивності, вільного волевиявлення та юридичної рівності учасників, для цивільних правовідносин, на відміну від публічних галузей права, не така важлива детальна ідентифікація їхніх учасників. Адже у багатьох випадках достатньо принаймні встановити, чи відповідають такі правовідносини обсягу правоздатності та дієздатності суб'єкта, належним йому суб'єктивним цивільним правам та встановленим обмеженням щодо їх здійснення (наприклад, дрібні побутові правочини). Це також сприяє використанню в цивільних правовідносинах не тільки традиційних засобів ідентифікації, таких як ім'я та паспортні дані – для фізичної особи, найменування та реєстраційні дані – для юридичної особи, а й простих для сприйняття, легких для запам'ятовування графічних об'єктів (логотип, фірмові кольори – для юридичної особи, аватар – для фізичної особи). Це, своєю чергою, ставить завдання дослідження ідентифікації учасників цивільних правовідносин за допомогою таких графічних об'єктів (“графічна ідентифікація”).

Метою дослідження є формулювання визначення поняття “графічна ідентифікація учасника цивільних правовідносин” на основі аналізу наукових досліджень суміжних понять та їх законодавчого закріплення.

З етимологічного погляду під поняттям “ідентифікація” (від лат. *identificare* – ототожнювати) розуміється: 1) встановлювання збігу, схожості кого-, чого-небудь із ким-, чим-небудь; ототожнювання; упізнавання, виявлення; визначання, розпізнавання¹; визначення відповідності предмета певним, конкретним, лише їм властивим ознакам²; визнання яких-небудь явищ, понять тощо тотожними, однаковими, подібними, уподібнення до чого-небудь³. Наприклад: біометрична ідентифікація – засіб підтвердження особи та автентичності особистих документів через розпізнавання та зіставлення біометричних даних; ідентифікація користувача – процедура розпізнавання користувача в системі, як правило, за допомогою наперед визначеного імені – ідентифікатора – або іншої інформації про нього, яка сприймається системою⁴.

Необхідність ідентифікації учасників цивільних правовідносин впливає з численних актів цивільного законодавства. Наприклад:

1) Закон України “Про інформацію”⁵: “Інформація про фізичну особу (персональні дані) – відомості чи сукупність відомостей про *фізичну осо-*

¹ ‘Ідентифікація’ (Словник української мови online) <<https://sum20ua.com/Entry/index?wordid=38738&page=1208>> (дата звернення: 04.09.2023).

² Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод і допов В Бусел уклад і голов ред, Перун 2005) 488.

³ Там само 867.

⁴ Ідентифікація (н 1).

⁵ Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

бу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована’ (курсив наш, і далі також. – П. І.) (ч. 1 ст. 11);

2) Закон України “Про захист персональних даних”⁶: ‘вилучення відомостей, які дають змогу прямо чи опосередковано ідентифікувати особу’ (абз. 6 ст. 2), ‘відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована’ (абз. 10 ст. 2), ‘персональні дані обробляються у формі, що допускає ідентифікацію фізичної особи’ (ч. 8 ст. 6), ‘відомості, що дають змогу ідентифікувати фізичну особу’ (п. 3 ч. 4 ст. 16);

3) Закон України “Про медіа”⁷: ‘ідентифікаційні дані – сукупність даних, що дає змогу однозначно встановити особу’ (п. 15 ч. 1 ст. 1), ‘<...> крім випадків, якщо така демонстрація необхідна для ідентифікації особи’ (п. 9 ч. 1 ст. 42), ‘[розголошувати будь-яку інформацію, яка] може сприяти ідентифікації дитини’ (п. 1 ч. 10 ст. 42);

4) Закон України “Про електронні довірчі послуги”: ‘<...> електронна процедура, яка дає змогу підтвердити електронну ідентифікацію фізичної, юридичної особи, інформаційної або інформаційно-комунікаційної системи та/або походження та цілісність електронних даних’ (п. 1 ч. 1 ст. 1);

5) Закон України “Про електронні документи та електронний документообіг”⁸: ‘Для ідентифікації автора електронного документа може використовуватися електронний підпис’ (ч. 1 ст. 6);

6) Закон України “Про захист прав споживачів”⁹: ‘<...> разом з товаром передаються споживачеві, своє найменування (ім’я), торговельну марку або інший елемент, який ідентифікує такого суб’єкта господарювання’;

7) Закон України “Про рекламу”¹⁰: ‘<...> реклама, що містить порівняння з іншими особами та/або товарами (діяльністю) іншої особи, прямо чи опосередковано ідентифікує конкурента або товари чи послуги, що пропонуються конкурентом’.

Цей перелік є далеко неповним. Попри це поняття “ідентифікація учасників цивільних правовідносин” безпосередньо не закріплено в національному законодавстві, однак зустрічається багато суміжних понять. Так, термін “ідентифікація особи” передбачається:

⁶ Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2297-17#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

⁷ Про медіа: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2849-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2849-20#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

⁸ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

⁹ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁰ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. № 270/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

1) у Законі України “Про електронні довірчі послуги”, під якою розуміють процедуру ‘використання ідентифікаційних даних особи з документів, створених на матеріальних носіях, та/або електронних даних, в результаті виконання якої забезпечується однозначне встановлення фізичної, юридичної особи або представника юридичної особи’ (п. 20 ч. 1 ст. 1)¹¹. У цьому ж Законі використовуються такі похідні терміни – “електронна ідентифікація” (п. 8 ч. 1 ст. 1), “засіб електронної ідентифікації” (п. 16 ч. 1 ст. 1), “ідентифікаційні дані особи” (п. 19 ч. 1 ст. 1), “схема електронної ідентифікації” (п. 41 ч. 1 ст. 1);

2) у Законі України “Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус” – ‘встановлення особи шляхом порівняння наданих даних (параметрів), у тому числі біометричних, з наявною інформацією про особу в реєстрах, картотеках, базах даних тощо’ (п. 6 ч. 1 ст. 1)¹²;

3) у Законі України “Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту” – ‘заходи, пов’язані із встановленням органами виконавчої влади особи заявника, який звернувся із заявою про визнання його біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, і не має документів, що посвідчують його особу, або такі документи фальшиві’ (п. 9 ч. 1 ст. 1)¹³.

Крім того, в законодавстві міститься велика кількість похідних термінів: “непряма ідентифікація” (п. 12 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про офіційну статистику”¹⁴); “пряма ідентифікація” (п. 12 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про офіційну статистику”); “електронна дистанційна ідентифікація” (пп. 11 п. 3 Положення про Систему *BankID* Національного банку України¹⁵); “біометрична ідентифікація” (п. 2 Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства¹⁶); “ідентифікація донора” (п. 3 Порядку виготовлення, контролю якості та обігу біоімплантатів¹⁷);

¹¹ Про електронні довірчі послуги: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2155-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹² Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20 листопада 2012 р. № 5492-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹³ Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3671-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3671-17#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁴ Про офіційну статистику: Закон України від 16 серпня 2022 р. № 2524-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2524-20#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁵ Положення про Систему *BankID* Національного банку України, затверджене Постановою Правління Національного банку України 17 березня 2020 р. № 32 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0032500-20#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁶ Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 р. № 1073 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1073-2017-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁷ Порядок виготовлення, контролю якості та обігу біоімплантатів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2021 р. № 158 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/158-2021-%D0%BF#n14>> (дата звернення: 04.09.2023).

“ідентифікація померлої особи” (п. 3 Порядку виготовлення, контролю якості та обігу біоімплантатів); “ідентифікація пацієнта” (п. 3 Порядку ведення Реєстру пацієнтів в електронній системі охорони здоров’я¹⁸); “ідентифікація тіл (останків) померлих (загиблих) осіб” (ч. 1 ст. 1 Закону України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин”¹⁹) тощо.

Досить часто ідентифікація учасників цивільних правовідносин здійснюється опосередковано через ідентифікацію об’єктів цивільних правовідносин. Прикладом може бути законодавство у сфері правової охорони інтелектуальної власності (‘географічне зазначення – найменування місця, що *ідентифікує товар* <...>²⁰, ‘традиційна гарантована особливість – найменування, яке *ідентифікує сільськогосподарську продукцію (сільськогосподарський товар) або харчовий продукт* <...>²¹, ‘географічне зазначення спиртного напою – найменування, що *ідентифікує спиртний напій* <...>²²) або законодавство про захист економічної конкуренції (‘порівняльною є реклама, що містить порівняння з іншими особами, товарами (діяльністю) іншої особи, прямо чи опосередковано *ідентифікує конкурента або товари чи послуги, що пропонуються конкурентом*²³).

Отже, можна виділити такі підходи щодо законодавчого закріплення поняття “ідентифікації учасників цивільних правовідносин”:

1) передбачається ідентифікація суб’єкта (‘найменування (ім’я), торговельну марку або інший елемент, який *ідентифікує такого суб’єкта господарювання*²⁴, ‘реклама, що містить порівняння з іншими особами та/або товарами (діяльністю) іншої особи, прямо чи опосередковано *ідентифікує конкурента* або товари чи послуги, що пропонуються конкурентом²⁵;

2) передбачається ідентифікація об’єкта (‘географічне зазначення – найменування місця, що *ідентифікує товар*²⁶, ‘найменування, яке *ідентифікує сільськогосподарську продукцію (сільськогосподарський товар)*

¹⁸ Порядок ведення Реєстру пацієнтів в електронній системі охорони здоров’я, затверджений Наказ Міністерства охорони здоров’я України 30 листопада 2020 р. № 2755 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z0044-21#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

¹⁹ Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин: Закон України від 12 липня 2018 р. № 2505-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2505-19#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

²⁰ Про правову охорону географічних зазначень: Закон України від 16 червня 1999 р. № 752-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/752-14#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

²¹ Про особливості правової охорони географічних зазначень для сільськогосподарської продукції та харчових продуктів, захист прав та застосування схем якості, включаючи традиційні гарантовані особливості для сільськогосподарської продукції та харчових продуктів: Закон України від 6 вересня 2022 р. № 2572-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2572-20#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

²² Про географічні зазначення спиртних напоїв: Закон України від 1 грудня 2022 р. № 2800-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2800-20#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

²³ Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96-BP <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/236/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 04.09.2023).

²⁴ Про захист прав споживачів (н 9).

²⁵ Про рекламу (н 10).

²⁶ Про правову охорону географічних зазначень (н 20).

або харчовий продукт²⁷, 'найменування, що ідентифікує спиртний напій'²⁸, 'порівняльною є реклама, що <...> прямо чи опосередковано ідентифікує конкурента або товари чи послуги, що пропонуються конкурентом'²⁹);

3) передбачаються засоби ідентифікації ('відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована'³⁰; 'відомості, що дають змогу ідентифікувати фізичну особу'³¹; 'ідентифікаційні дані – сукупність даних, що дає змогу однозначно встановити особу', 'демонстрація необхідна для ідентифікації особи', 'інформація, яка може сприяти ідентифікації дитини'³²; 'засіб електронної ідентифікації', 'ідентифікаційні дані особи'³³);

4) передбачає форму ідентифікації ('електронна ідентифікація', 'електронна процедура, яка дає змогу підтвердити електронну ідентифікацію фізичної, юридичної особи'³⁴; 'для ідентифікації автора електронного документа може використовуватися електронний підпис'³⁵);

5) передбачаються методи ідентифікації ('схема електронної ідентифікації'³⁶; 'непряма ідентифікація', 'пряма ідентифікація'³⁷).

У цивілістичній науці питання ідентифікації учасників цивільних правовідносин піднімається досить часто. У більшості наукових праць ідентифікація учасників цивільних правовідносин досліджується не сама по собі, а в контексті здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав або статичної та динамічної окремих видів цивільних правовідносин. Тому усі дослідження, які так чи інакше стосуються ідентифікації учасників цивільних правовідносин, можна умовно поділити на такі напрями.

Цивільна правосуб'єктність

Один із небагатьох учених, які присвятили ідентифікації учасників цивільних правовідносин окремі праці, це М. Стефанчук. Він відзначає, що фізична особа, 'беручи участь у правовідносинах, має бути належним чином ідентифікована задля здійснення своїх суб'єктивних прав'³⁸. Під ідентифікацією вчений розуміє 'процес ототожнення конкретної особи та зафіксованих про неї персональних відомостей. Такі відомості можуть

²⁷ Про особливості правової охорони географічних зазначень для сільськогосподарської продукції... (н 21).

²⁸ Про географічні зазначення спиртних напоїв (н 22).

²⁹ Про захист від недобросовісної конкуренції (н 23).

³⁰ Про інформацію (н 5).

³¹ Про захист персональних даних (н 6).

³² Про медіа (н 7).

³³ Про електронні довірчі послуги (н 11).

³⁴ Там само.

³⁵ Про електронні документи та електронний документообіг (н 8).

³⁶ Про електронні довірчі послуги (н 11).

³⁷ Про офіційну статистику (н 14).

³⁸ М. Стефанчук, 'Перспективи адаптації законодавства України до стандартів Європейського Союзу у сфері правового регулювання ідентифікації фізичної особи' (2017) 8 Право України 175.

фіксуватись як у конкретних базах даних, так і в свідомості інших осіб³⁹. При цьому поняття “індивідуалізація” є ширшим стосовно ідентифікації особи, оскільки “[І]ндивідуалізація фізичної особи – це процес наділення фізичної особи сукупністю певних ознак, що ідентифікують її з-поміж інших фізичних осіб⁴⁰. При цьому автор наголошує, що

тотальне використання фізіологічних ознак для ідентифікації осіб, що здійснюють професійну діяльність у сфері ринкових відносин, істотно ускладнить цивільний оборот. Це одна з причин пошуку суспільством нових і більш зручних засобів індивідуалізації для фіксації здійснення конкретними суб'єктами тих чи інших юридично значущих дій. До таких засобів входить електронний підпис, ідентифікаційний номер платника податків та інші засоби індивідуалізації, забезпечені декількома рівнями захисту⁴¹.

Особисті немайнові права

Досліджуючи здійснення та захист особистих немайнових прав Р. Стефанчук вказує на те, “для ідентифікації особи не обов'язково вказувати на її прізвище, ім'я та по батькові, номер і серію паспорта, місце проживання та інші ідентифікуючі дані <...> потрібно вказати лише певні ознаки, які достатні для точного виокремлення цієї особи серед інших⁴²; ‘у випадках, коли <...> індивідуалізуюча складова [імені] стає доволі розмитою, доцільним видається або вживання усіх складових імені повністю, або зазначення якихось інших ідентифікуючих ознак фізичної особи <...>⁴³; ‘коли зазначається перша літера, але до неї додаються інші ідентифікуючі ознаки <...> то в такому випадку превенція законодавця щодо використання першої літери не повинна поширюватись⁴⁴. Таким чином, кількість ідентифікаційних ознак, яких достатньо для ідентифікації особи, може варіюватися та залежати від конкретних обставин.

Значна частина наукових праць у сфері особистих немайнових прав розглядає питання ідентифікації учасників цивільних правовідносин у її взаємозв'язку із поняттям “індивідуалізація”. При цьому одні вчені досліджують поняття “індивідуалізація” із погляду об'єкта цивільних правовідносин. Наприклад, Р. Шишка розкриває поняття “індивідуалізація фізичної особи” через призму притаманних конкретній фізичній особі особистих ідентифікаційних ознак, ‘які відрізняють її з-поміж

³⁹ Стефанчук М (н 38) 175.

⁴⁰ М. Стефанчук, ‘Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення’ (дис д-ра юрид наук, 2020) 172.

⁴¹ Стефанчук М (н 38) 175.

⁴² Р. Стефанчук, *Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту)* (КНТ 2007) 209.

⁴³ Там само 413.

⁴⁴ Там само 433.

інших фізичних осіб і мають правове значення, персоніфікують правовідносини або зумовлюють певні суб'єктивні права і юридичні обов'язки, підлягають охороні та захисту у встановленому законом порядку⁴⁵. Деякі науковці розглядають індивідуалізацію 'як процес ідентифікації суб'єкта відносин через належні йому ознаки'⁴⁶. Інші вчені розкривають індивідуалізацію крізь призму особистих немайнових прав. Зокрема, Л. Орел, досліджуючи індивідуалізаційні права юридичних осіб, виділяє загальні засоби індивідуалізації, такі як найменування юридичної особи, яке слугує для її ідентифікації, притаманні всім юридичним особам, та спеціальні способи індивідуалізації, які є специфічними тільки для одних, залежно від організаційно-правової форми, виду діяльності, цілей діяльності та інших факторів (логотип, бренд тощо). При цьому засоби індивідуалізації, по суті, є нематеріальними об'єктами, а спосіб індивідуалізації є видом діяльності юридичної особи щодо застосування конкретного засобу ідентифікації як певного позначення в економічній та іншій діяльності організації, що ставить за мету індивідуалізацію⁴⁷.

Окремий напрям досліджень, в яких ідентифікації фізичної особи приділяється значна увага, стосується персональних даних фізичної особи. У контексті нашого дослідження варто згадати такі наукові тези, запропоновані вченими: 1) класифікувати персональні дані за їх здатністю до ідентифікації на прямо та опосередковано ідентифікуючі⁴⁸; 2) з-поміж способів ідентифікації взяти за нормотворчу основу вимоги суб'єктивно-можливої ідентифікації, тобто враховувати не тільки персональні дані самі собою, а й можливість одержання додаткової інформації з розумно доступних джерел⁴⁹.

Права інтелектуальної власності

У теорії права інтелектуальної власності ідентифікація досліджується в контексті прав на засоби індивідуалізації. Зокрема, відзначається, що такі засоби охоплюють не тільки комерційне найменування, торговельну марку та географічне зазначення, а 'може також включати інші об'єкти інтелектуальної власності, що здатні ідентифікувати учасника цивільного обороту або товари чи послуги', наприклад, слогани, корпоративних героїв, музичні композиції тощо. При цьому такі об'єкти 'підлягають охороні нормами законодавства про інтелектуальну власність за умови відповідності визначеним у законодавстві критеріям охороноздатності

⁴⁵ Р. Шишка, 'Індивідуалізація фізичних осіб та рівність' в *Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук.-практ. конф.*, т. 2 (Гельветика 2019) 568.

⁴⁶ О. Гуменюк, 'Проблемні питання індивідуалізації учасників цивільних правовідносин' (2010) 4 *Університетські наукові записки* 84.

⁴⁷ Л. Орел, *Індивідуалізаційні права юридичних осіб* (Інтерсервіс 2017) 13, 18–53.

⁴⁸ О. Дмитренко, 'Право фізичної особи на власні персональні дані в цивільному праві України' (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2010) 19.

⁴⁹ Там само 19.

до певного об'єкту та наявності властивості ідентифікації учасника цивільного обороту, товарів та послуг⁵⁰.

Таким чином, у науці цивільного права ідентифікація учасників цивільних правовідносин розглядається у трьох іпостасях:

1) як юридичний факт, тобто як встановлення тотожності учасника цивільних правовідносин із ознаками, які його ідентифікують, що тягне за собою виникнення, зміну або припинення цивільних правовідносин;

2) як об'єкт цивільних правовідносин, тобто як нематеріальне благо, яке проявляється в притаманних учаснику цивільних правовідносин ознаках, які його ідентифікують, що підлягають правовій охороні та захисті;

3) як міра дозволеної поведінки, тобто як елемент змісту суб'єктивних цивільних прав, таких як особисті немайнові права (наприклад, право на зображення, право на ім'я, право на найменування), права інтелектуальної власності (наприклад, право на торговельну марку, право на географічне зазначення).

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити про те, що вітчизняна цивілістична література майже не використовує термін “графічна ідентифікація” (або аналогічного “візуальна ідентифікація”⁵¹) стосовно учасників цивільних правовідносин. Водночас з огляду на домінування культури масового споживання та розвитку інформаційних технологій, використання традиційних засобів ідентифікації (імені та паспортних даних для фізичної особи, найменування та реєстраційних даних для юридичної особи тощо) стає обтяжливим, принаймні для цивільних правовідносин. Натомість створюються умови для використання простих для сприйняття, легких для запам'ятовування графічних об'єктів (логотип, фірмові кольори – для юридичної особи, аватар – для фізичної особи).

Отже, можна запропонувати таке визначення поняття “графічна ідентифікація учасника цивільних правовідносин” – тотожність учасника цивільних правовідносин (його діяльності чи об'єкта, який йому належить) за допомогою графічного відображення ознак, що індивідуалізують такого учасника та похідних від них (засобів графічної ідентифікації), на матеріальному або електронному носії, яке використовується для встановлення відповідності (належності) об'єкта (поведінки) конкретно-му суб'єкту.

⁵⁰ Т. Кузьменко, “Бренд” як складний правовий засіб індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2011) 9.

⁵¹ За поодинокими винятками, наприклад, В. Серьогін використовує поняття “візуальної ідентифікації” розкриваючи зміст права на вільний вибір і зміну зовнішнього вигляду як елемента візуального (зорового) прайвеси. Див.: В. Серьогін, ‘Право на вільний вибір і зміну зовнішнього вигляду як елемент візуального прайвеси’ (2016) 22 Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Право 55–61.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Orel L, *Indyvidualizatsiini prava yurydychnykh osib* (Interservis 2017) (in Ukrainian).
2. Stefanchuk R, *Osobysti nemainovi prava fizychnykh osib (poniattia, zmist, systema, osoblyvosti zdiisnennia ta zakhystu)* (KNT 2007) (in Ukrainian).

Dictionaries

3. *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* (z dod i dopov V Busel uklad i holov red, Perun 2005) (in Ukrainian).
4. 'Identyfikatsiia' (*Slovnyk ukrainskoi movy online*) <<https://sum20ua.com/Entry/index?wordid=38738&page=1208>> (accessed: 04.09.2023) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Humeniuk O, 'Problemni pyttannia indyvidualizatsii uchasykiv tsyvilnykh pravovidnosyn' (2010) 4 *Universytetski naukovi zapysky* 84 (in Ukrainian).
6. Serohin V, 'Pravo na vilnyi vybir i zminu zovnishnoho vyhlidu yak element vizualnoho pravesi' (2016) 22 *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu imeni V N Karazina. Serii: Pravo* 55–61 (in Ukrainian).
7. Stefanchuk M, 'Perspektyvy adaptatsii zakonodavstva Ukrainy do standartiv Yevropeiskoho Soiuzu u sferi pravovoho rehuliuвання identyfikatsii fizychnoi osoby' (2017) 8 *Pravo Ukrainy* 175 (in Ukrainian).

Theses

8. Dmytrenko O, 'Pravo fizychnoi osoby na vlasni personalni dani v tsyvilnomu pravi Ukrainy' (avtoref dys kand. yuryd. nauk, 2010) (in Ukrainian).
9. Kuzmenko T, "'Brend" yak skladnyi pravovyi zasib indyvidualizatsii uchasykiv tsyvilnoho oborotu, tovariv ta posluh' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2011) (in Ukrainian).
10. Stefanchuk M, 'Teoretychni zasady tsyvilnoi pravosub'iektnosti fizychnykh osib ta osoblyvosti yii zdiisnennia' (dys d-ra yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).

Conference papers

11. Shyshka R, 'Indyvidualizatsiia fizychnykh osib ta rivnist' v *Pravove zhyttia suchasnoi Ukrainy: mater. Mizhnar. nauk.-prakt. konf. vol 2* (Helvetyka 2019) (in Ukrainian).

PAVLO IVANOV

ON THE ISSUE OF THE CONCEPT OF GRAPHIC IDENTIFICATION OF PARTICIPANTS OF CIVIL-LAW RELATIONS

ABSTRACT. Identification of participants of civil-law relations, to one degree or another, is present in the dynamics of probably all civil legal relations. At the same time, due to the principles of discretion, free expression of will and legal equality of participants, for civil legal relations, in contrast to public branches of law, detailed identification of their participants is not so important. After all, in many cases it is enough to at least establish whether such legal relations correspond to the extent of legal capacity and legal capacity

of the subject, his subjective civil rights and the established restrictions on their exercise (for example, small household transactions). It also promotes the use in civil legal relations not only of traditional means of identification, such as the name and passport data for an individual, name and registration data for a legal entity, but also easy-to-perceive, easy-to-remember graphic objects (logo, corporate colors for a legal entity, an avatar for an individual). This, in turn, poses the task of researching the identification of participants of civil-law relations with the help of such graphic objects (“graphic identification”).

The purpose of the article is to formulate the definition of the concept of “graphic identification of a participant of civil-law relations” based on the analysis of scientific studies of related concepts and their providing by the law.

The article proposes a definition of the concept of “graphic identification of a participant of civil-law relations”, which means the identity of a participant of civil-law relations (his activity or an object that belongs to him) by means of a graphic display of signs that individualize such a participant and derivatives thereof (means of graphic identification), on a material or electronic form, which is used to establish the conformity (belonging) of an object (behavior) to a specific subject.

KEYWORDS: identification; identification of a participant of civil-law relations; graphic identification; graphic identification of a participant of civil-law relations.

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

ЩОДО НАЯВНОСТІ БЕЗУМОВНОГО ПРАВА УЧАСТІ У ТОВАРИСТВІ УЧАСНИКА, ЯКИЙ УСПАДКУВАВ МАЖОРИТАРНУ ЧАСТКУ, І НЕМОЖЛИВОСТІ МІНОРИТАРНИХ УЧАСНИКІВ ВІДМОВИТИ ЙОМУ У РЕАЛІЗАЦІЇ ТАКОГО ПРАВА*

<...>

Стислий виклад обставин справи, встановлених судами першої та апеляційної інстанцій

9. Товариство з обмеженою відповідальністю “Стиль” створено та зареєстровано 05.12.1995 Галицькою районною державною адміністрацією Івано-Франківської області. Засновниками (учасниками) Товариства були ОСОБА_2, розмір внеску до статутного фонду 350,00 грн, (частка 70 %) та Громадська організація «Братство демократичної української молоді», розмір внеску до статутного фонду 150,00 грн (частка 30 %).

10. Згідно з протоколом загальних зборів учасників Товариства з обмеженою відповідальністю “Стиль” № 03/21 від 09.07.2021 в цей день були проведені загальні збори учасників Товариства.

<...>

12. Загальними зборами учасників Товариства з обмеженою відповідальністю “Стиль” № 03/21 від 09.07.2021 прийняті такі рішення:

<...>

2. Погодити припинення участі у Товаристві учасника (засновника) ОСОБА_2 у зв'язку з його фізичною смертю ІНФОРМАЦІЯ_1 та погодити рішення учасника (засновника) Товариства про ліквідацію Товариства.

3. Ліквідувати відповідно до положень розділу 13 Статуту Товариства, ст. 104, 110 ЦК України, ч. 2 ст. 23 ЗУ “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” Товариство, ЄДРПОУ 22187660, що утворене 05.12.1995 та зареєстроване Галицькою райдержадміністрацією за № 125.

<...>

14. ОСОБА_2 засновник Товариства, що володів часткою 70 % статутного капіталу Товариства (кінцевий бенефіціарний власник (контролер) та керівник Товариства) помер ІНФОРМАЦІЯ_2 (свідectво про смерть серії НОМЕР_1).

* Витяг із Постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 11 липня 2023 р. у справі № 909/1178/21 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/112664530>> (дата звернення: 25.09.2023).

15. У встановлений законодавством строк, тобто через 5,5 місяців після смерті батька, а саме ІНФОРМАЦІЯ_3, Позивач – ОСОБА_1 звернувся до приватного нотаріуса Івано-Франківського районного нотаріального округу Данилюка О. О. із заявою про прийняття спадщини.

<...>

17. ОСОБА_8 подано заяву від 13.06.2020 про зупинення нотаріальної дії по видачі свідоцтва про право на спадщину на усе майно померлого ОСОБА_2.

18. 14 липня 2020 року приватним нотаріусом Данилюк О. О., за заявою ОСОБА_8 від 13.07.2020, на підставі статті 42 Закону України “Про нотаріат”, зупинено строки вчинення нотаріальної дії по видачі свідоцтва про право на спадщину спадкоємцем ОСОБА_1 на усе майно померлого.

19. На підставі заяви ОСОБА_1 (Позивача) від 14.07.2020 йому було видано свідоцтво про право на спадщину за законом від 06.08.2021, зареєстроване в реєстрі за № 1698, відповідно до якого він є спадкоємцем майна ОСОБА_2 – 2/3 частини права на частку в статутному фонді Товариства з розміром внеску до статутного фонду в грошовому виразі 350,00 грн.

<...>

21. Позивач звернувся до суду з даним позовом, оскільки вважає, що рішення загальних зборів учасників Товариства, оформлене протоколом загальних зборів учасників ТОВ “СТИЛЬ” № 03/21 від 09.07.2021, прийнято з суттєвими порушеннями вимог чинного законодавства, зокрема Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань” та Цивільного кодексу України.

<...>

ПОЗИЦІЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ

<...>

31. Зі змісту заявлених у справі позовних вимог, а також встановлених судами попередніх інстанцій обставин, Суд вбачає, що Позивачу згідно із свідоцтвом про право на спадщину за законом від 06.08.2021 належить право власності на спадщину, яка складається з 2/3 частин права на частку в статутному капіталі Відповідача, а саме частку в розмірі 70 %, яка належала його батьку ОСОБА_2. Позивач звернувся до суду за захистом своїх охоронюваних законом інтересів у зв’язку з тим, що він не зміг здійснити державну реєстрацію своїх корпоративних прав внаслідок прийняття Відповідачем 09.07.2021 року оспорюваних рішень про припинення участі у Товаристві учасника (засновника) ОСОБА_2 та про ліквідацію Товариства, які були зареєстровані Відповідачем 16.07.2021 року. <...>

40. Як встановлено судами попередніх інстанцій у справі, що розглядається ОСОБА_2 засновник Товариства, що володів часткою 70 % статутного капіталу Товариства (кінцевий бенефіціарний власник (контролер) та керівник Товариства) помер ІНФОРМАЦІЯ_4.

41. Також судами попередніх інстанцій встановлено, що на підставі заяви ОСОБА_1 (Позивача) від 14.07.2020 йому було видано свідоцтво про право на спадщину за законом від 06.08.2021, зареєстроване в реєстрі за № 1698, відповідно до якого він є спадкоємцем майна ОСОБА_2 – 2/3 частини права на частку в статутному фонді Товариства з розміром внеску до статутного фонду в грошовому виразі 350,00 грн. Це свідоцтво про право на спадщину підтверджує виникнення права власності на вищезазначену спадщину.

42. Отже, відповідно до вимог частини 5 статті 1268 ЦК України незалежно від часу прийняття спадщини Позивачем, успадковане право належить йому саме з часу відкриття спадщини, а саме з 03 січня 2020 року.

43. Колегія суддів погоджується з висновком судів попередніх інстанцій стосовно того, що *від права на частку слід відрізняти корпоративні права учасника, так звані “права з частки”. Корпоративні права учасника визначаються часткою в статутному капіталі господарського товариства, тобто корпоративні права обумовлені наявністю в особи прав на частку в статутному капіталі господарського товариства. Корпоративні права, на відміну від права на частку, не можуть бути об’єктом права власності. У разі відсутності в особи права на частку в статутному капіталі товариства в неї відсутні і корпоративні права. Відповідно, у разі припинення в особи права власності на частку, як наслідок припиняються і її корпоративні права учасника товариства. Однак з набуттям особою права власності на частку у статутному капіталі товариства така особа автоматично не набуває корпоративних прав.*

44. Таким чином, свідоцтво про право на спадщину – частку у статутному капіталі товариства, не є доказом вступу до товариства та, відповідно, виникнення у спадкоємця учасника, який помер, корпоративних прав учасника товариства.

45. Свідоцтво про право на спадщину – частку у статутному капіталі Товариства, давало спадкоємцю (Позивачу) право вимагати прийняття його до учасників Товариства, яке не могло бути заперечене іншими учасниками Товариства, а способом його реалізації відповідно до законодавства було: самореєстрація вступу до Товариства, незалежно від позиції інших учасників Товариства та їх згоди на це.

46. Суд зазначає, що *“право на вступ” і “право участі у товаристві”, яке надає учаснику корпоративних прав, не є тотожними правами.*

47. У справі що переглядається, Позивач корпоративних прав учасника Товариства не набув, але згідно свідоцтва про право на спадщину

за законом від 06.08.2021 набув з 03.01.2020 року право на частку у статутному капіталі Товариства, тобто є власником частки, який станом на момент прийняття оспорюваних рішень Відповідача мав встановлене законом право на вступ до Товариства, та саме внаслідок прийняття Відповідачем 09.07.2021 року оспорюваних рішень Позивач не зміг здійснити державну реєстрацію своїх корпоративних прав.

48. За таких обставин, *оспорювані Позивачем (спадкоємцем) рішення Відповідача про виключення ОСОБА_2 (спадкодавця), який володів часткою 70 % в статутному капіталі Товариства та про припинення Товариства, які прийняті 09.07.2021 року порушують його охоронюваний законом інтерес пов'язаний з правомірним очікуванням набуття корпоративних прав, прагнення користування матеріальним та/або нематеріальним благом у правовідносинах, які регулюються корпоративним законодавством.*

<...>

56. Велика Палата Верховного Суду у постанові від 02.11.2021 у справі № 917/1338/18 зазначила, що єдиний учасник товариства, котрий володіє меншою часткою у статутному капіталі, не може скликати загальні збори та відмовити у прийнятті до товариства спадкоємців померлого учасника, котрий володів більшою часткою у статутному капіталі. Спадкоємці останнього, які виявили бажання брати участь у діяльності товариства, не можуть бути позбавлені права участі в ньому.

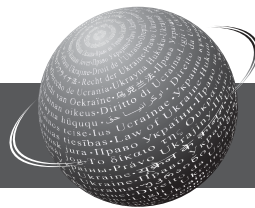
57. Суд виходить з наявності безумовного права участі у товаристві учасника, який успадкував мажоритарну частку (Позивача) і неможливості міноритарних учасників відмовити йому у реалізації такого права.

<...>

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО

УКРАЇНИ



www.pravoua.com.ua

e-mail: editor.pravoua@gmail.com

ІНФОРМАЦІЯ

ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

ПЕРЕДПЛАТУ

на юридичний журнал “ПРАВО УКРАЇНИ”
(паперова/електронна версія)
на II півріччя 2023 року можна зробити
через сайт за посиланням:

<https://pravoua.com.ua/ua/store/subscribes/>,

або звернувшись до редакції журналу
за адресою:

вул. Загорівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
+380(66) 972-39-27
editor.pravoua@gmail.com

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

9
2023

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 29.09.2023. Формат 70х100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 14,95. Обл.-вид. арк. 12,76.
Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Загорівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефон: +380(66) 972-39-27 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у друкарні ТОВ “Вістка”
Україна, 01014, м. Київ, Соловцова Миколи, буд. 2, оф. 38/1,
тел. +380(44) 583-50-94
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7814 від 22.05.2023 р.