

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ
КАФЕДРА ФІНАНСОВОГО ПРАВА ТА
ФІСКАЛЬНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ

ЗАТВЕРДЖУЮ

Т.в.о. завідувача кафедри

фінансового права та фінансового адміністрування

_____ Г.В. Козаченко

«__» _____ 2020 р.

ПЛАН-КОНСПЕКТ ПРОВЕДЕННЯ ЛЕКЦІЙНОГО
ЗАНЯТТЯ

Тема 2. Суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин

З навчальної дисципліни: Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності.

Навчальна мета:

Домогтися обізнаності фахівців ступеня вищої освіти у теоретичних питаннях, що передбачаються програмою навчальної дисципліни, слугувати подальшому міцному засвоєнню знань, формуванню практичних умінь і навичок з навчального матеріалу дисципліни «Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності». Крім того, метою лекції є ознайомлення фахівців із сучасними тенденціями та особливостями міжнародно-правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, а також вироблення у навиків користування нормативно-правовими актами, та здійснення контролю за самостійним вивченням наукової, навчальної літератури.

Виховна мета:

Інформація з даної теми є дійовим інструментом в оволодінні знаннями з метою використання їх в юридичній практиці, а також формування у

фахівців ступеня вищої освіти наполегливості, впевненості у собі та самоповаги як кваліфікованого фахівця, любові до майбутньої професії.

Розвиваюча мета:

Розширити кругозір фахівців ступеня вищої освіти, їх пам'ять, навчити мислити масштабно в інтересах держави, навчити правильно та чітко висловлювати свою думку. Фахівці повинні вміти аналізувати норми діючого законодавства щодо зовнішньоекономічної діяльності і застосовувати їх до конкретних обставин, засвоїти основні проблеми даної дисципліни.

Обсяг навчального часу: 2 год.

Навчальне обладнання, ТЗН: дошка, мультимедійний проектор.

Наочні засоби: міжнародно-правові документи та національні нормативно-правові акти, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність.

Міжпредметні та міждисциплінарні зв'язки:

Забезпечуючі дисципліни: Цивільне право, Господарське право. Міжнародне приватне право.

Забезпечувані дисципліни: Міжнародний комерційний арбітраж.

План лекції (навчальні питання):

1. Поняття суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин.
2. Українські суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин.
3. Іноземні суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин.
4. Право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності.

Література:

Правові акти:

1. Конституція України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>;
2. Господарський кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>;

3. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>;
4. Закон України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>;
5. Закон України «Про міжнародні договори України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>;
6. Кодекс адміністративного судочинства України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>;
7. Митний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>;
8. Цивільний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>;
9. Державний класифікатор України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» ДК 002:2004, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 N 97. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=v0097609-04>;
10. Національний класифікатор України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11.10.2010 N 457. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=vb457609-10>;
11. Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 22.07.2014 № 955 «Про затвердження Принципів корпоративного управління». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr955863-14>;
12. Постановление Совета Министров СССР от 2 марта 1973 г. N 140 «Об утверждении Общего положения о всесоюзном и республиканском промышленных объединениях». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_7987.htm;

Основна література:

13. Петрина В.Н. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності за законодавством України: проблеми визначення//Юридичний вісник. - № 5. – 2014. - С. 163 – 169;
14. Петрина В.Н. Зовнішньоекономічна діяльність як предмет правового регулювання //Часопис Київського університету права. – № 1. - 2014. – С. 174 – 179;
15. Петрина В. Н. До проблеми визначення предмету та суб'єктів українського корпоративного права. Юридичний вісник. - 2014 р. - № 4. – С. 151 - 156;
16. Петрина В. Н. Про організаційно-правові форми господарських організацій – суб'єктів корпоративних відносин. //Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин: Збірник наукових праць Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України. За редакцією доктора юридичних наук, академіка НАПрН України В. В. Луця// К.: Редакція журналу «Право України», 2013. - С. 102 - 108
17. Петрина В.Н. Організаційно-правові форми об'єднань підприємств: порівняльний аналіз//Jurnalul juridic national: teorie și practică. - № 3(7). - – 2014. - С.134 – 141;
18. Петрина В.Н. Проблемні питання правового статусу об'єднань підприємств//Право і суспільство, - № 5/2014. - 2014, - С.121 – 126.
19. Петрина В.Н. Господарські об'єднання: правові проблеми управління//Часопис Київського університету права. - № 2. - 2014. – С. 191 – 195;

Додаткова література:

20. Поєдинок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с.;
21. Правові основи зовнішньоекономічної діяльності. Навчальний посібник. За відпов. ред.. Л.С.Сміяна- К.:КНТ, 2008. – 416 с.;

22. Сергієнко В. В., Горєв В. О. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності : конспект лекцій. Х.: Вид. ХНЕУ, 2008. — 230 с.;
23. Чубарєв В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. — К.: Атіка, 2008. — 608 с.;
24. Алфьоров С.М. Адміністративне право. [Електронний ресурс]. — Режим доступу:
http://pidruchniki.ws/14631004/pravo/ponyattya_administrativnogo_prava;
25. Вінник О.М. Господарське право. . [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://textbooks.net.ua/content/view/1773/25/;](http://textbooks.net.ua/content/view/1773/25/)
26. Економічний словник. — К.: Головна редакція Української радянської енциклопедії Академії наук Української РСР, 1973. — С.622;
27. Кириченко В.М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini;>
28. Майданик Р.А. Цивільне право. [Електронний ресурс]. — Режим доступу:
http://pidruchniki.ws/1151051346551/pravo/tsivilni_publichni_pravovidnosini;
29. Щербина, В.С. Суб'єкти господарського права: монографія. - К.: Юрінком Інтер, 2008. — 264 с.;
30. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 2001. — Т. 3: К - М. — 792 с.;
31. Юридична енциклопедія: В 6-ти т.: Т.5 П-С ; Ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) . — К. : Українська енциклопедія імені М.П. Бажана, 2003 . — 736 с.;
32. Большая советская энциклопедия. — М.: Советская энциклопедия. 1969—1978. [Електронний ресурс]. — Режим доступу:
<http://dic.academic.ru/dic.nsf/bse/124299/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%BC%D1%8B%D1%88%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D0%BE%D0%B5;>

33. Становление корпораций в России. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.rbp.ru/4/1/144/>;
34. Aktengesetz. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_18.html;
35. Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p.;
36. Corpus Juris Civilis. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>;
37. Dictionary of Business Terms. Second Edition. - N.Y.: Barron's, 1994. – 692 p.;
38. Encyclopedia Britannica. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/445244/partnership>;
39. Hamilton, Robert W. The Law of Corporations. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1987. – 515 p.;
40. Handlin & Hefferan. Commercial Law. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://hh-attorney.com/?page_id=56;
41. John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman. The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? Harvard Law School, Cambridge, 2009/ - P. 6 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_643.pdf;
42. Register, Layton B. The Dual System of Civil and Commercial Law// University of Pennsylvania Law Review. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7290&context=penn_law_review;
43. Rogers, Patricia J. Forms of Doing Business in the United States. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.moyewhite.com/mediacenter/articleview.aspx?ArticleID=6>.

КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЇ

1. Поняття суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин

Предметом правового регулювання, як відомо, є суспільні відносини¹. Суспільні відносини - це такі відносини, які складаються тільки між людьми та їх об'єднаннями і безпосередньо пов'язані з їх діяльністю та поведінкою, а суспільні відносини, урегульовані правом, як відомо, називаються правовими відносинами або правовідносинами². Тому, розглядаючи зовнішньоекономічну діяльність як предмет правового регулювання, ми маємо говорити про зовнішньоекономічну діяльність як про суспільні відносини, тобто зовнішньоекономічні правовідносини.

«До складу правовідносин входять такі елементи: 1) суб'єкти; 2) об'єкти; 3) зміст»³.

«Суб'єкт правовідносин — це учасник правових відносин, який має суб'єктивні права та здатний виконувати юридичні обов'язки»⁴.

«Правовідносини виникають і існують тоді, коли є два і більше суб'єктів суспільних відносин, між якими виникає правовий зв'язок у формі суб'єктивних прав та обов'язків з приводу задоволення своїх матеріальних і духовних потреб та інтересів»⁵. Не може бути правовідносин, в тому числі і зовнішньоекономічних, усього з одним учасником, так би мовити, правовідносин із самим собою.

Згідно з абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» *«зовнішньоекономічна діяльність - це діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних*

¹ Юридична енциклопедія: В 6-ти т.: Т.5 П-С ; Ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) . — К. : Українська енциклопедія імені М.П. Бажана, 2003 . — 736с. — 40 с.

² Там само. — 44 с.

³ Кириченко В.М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini>

⁴ Там само

⁵ Кириченко В.М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini>

суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними...». Виходячи з вищенаведеного законодавчого визначення поняття зовнішньоекономічної діяльності, суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин мають бути з одної сторони суб'єкти господарської діяльності України, а з другої сторони іноземні суб'єкти господарської діяльності, і такий суб'єктний склад є кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічних правовідносин. Це означає, що до зовнішньоекономічних правовідносин можна відносити тільки такі правовідносини, суб'єктами яких одночасно є українські суб'єкти господарської діяльності України та іноземні суб'єкти господарської діяльності.

Таким чином, можна констатувати, що законодавство виділяє дві категорії учасників (суб'єктів) зовнішньоекономічних правовідносин: 1) суб'єктів господарської діяльності України, тобто українських суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин, та 2) іноземних суб'єктів господарської діяльності, тобто іноземних суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин.

2. Українські суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», зокрема стаття 3 зазначеного закону, називає суб'єктів господарської діяльності України, що беруть участь у зовнішньоекономічних правовідносинах, «суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності». Дана стаття зазначає, що «суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні є:

- *фізичні особи - громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздатність і дієздатність згідно з законами України і постійно проживають на території України;*

- *юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України (підприємства, організації та об'єднання всіх видів, включаючи акціонерні та інші види господарських*

товариств, асоціації, спілки, концерни, консорціуми, торговельні дома, посередницькі та консультаційні фірми, кооперативи, кредитно-фінансові установи, міжнародні об'єднання, організації та інші), в тому числі юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб'єктів господарської діяльності;

- об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність;

- структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення, тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України;

- спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України;

- державні замовники з державного оборонного замовлення;

- інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені законами України.

Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з частиною четвертою статті 2 цього Закону і законами України».

Прийнятий у січні 2003 року Господарський кодекс України визначив поняття «суб'єкт господарювання» і вніс уточнення до визначення поняття суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, зазначивши в частині 1 статті 378 Господарського кодексу України, що «суб'єктами зовнішньоекономічної

діяльності є: суб'єкти господарювання, зазначені в пунктах 1, 2 частини другої статті 55 цього Кодексу»⁶.

Таким чином, і в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність», і в Господарському кодексі України закріплено положення, згідно з яким українськими суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин, тобто суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, можуть бути тільки суб'єкти господарювання.

У цьому зв'язку перед нами постає питання: а хто визнається суб'єктами господарювання в Україні?

В частині 1 статті 55 Господарського кодексу України зазначено, що *«суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством».*

Згідно з частиною 2 статті 55 Господарського кодексу України *«суб'єктами господарювання є: 1) господарські організації - юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку; 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці».* Таким чином, суб'єкти господарювання (а звідси і суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності) поділяються на дві категорії: 1) фізичні особи - підприємці та 2) господарські організації - юридичні особи. При цьому, господарські організації - юридичні особи (включаючи і суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності – юридичні особи) в

⁶ Проте, треба визнати, що приймаючи Господарський кодекс України, який містить норми, направлені на регулювання зовнішньоекономічної діяльності, законодавець не подбав про внесення відповідних змін до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Така ситуація, безумовно, створює певні проблеми як у правозастосовній практиці, так у правовій доктрині, деякі з яких будуть розглянуті нижче.

свою чергу поділяються на 3 категорії: 1) господарські організації - юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України; 2) підприємства, створені відповідно до Господарського Кодексу; 3) інші юридичні особи (тобто такі юридичні особи, що створені не відповідно до Цивільного кодексу України, та юридичні особи, створені не у формі підприємств відповідно до Господарського Кодексу), які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку.

Враховуючи те, що згідно з частиною 1 статті 90 Цивільного кодексу України *«юридична особа повинна мати своє найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму»*, та те, що згідно з частиною 4 статті 89 Цивільного кодексу України *«до єдиного державного реєстру вносяться відомості про організаційно-правову форму юридичної особи»*, важливо з'ясувати в яких саме організаційно-правових формах можуть створюватись суб'єкти господарювання – юридичні особи. З'ясувавши в яких організаційно-правових формах можуть створюватись суб'єкти господарювання, ми будемо знати в яких організаційно-правових формах можуть створюватись суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, тобто українські суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин.

У цьому зв'язку, виходячи із положень частини 2 статті 55 Господарського кодексу України, нам треба знайти відповідь на наступні питання: 1) в яких організаційно-правових формах можуть бути створені суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності - юридичні особи відповідно до Цивільного кодексу України? 2) В яких організаційно-правових формах можуть бути створені суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності - підприємства відповідно до Господарського кодексу України? 3) в яких організаційно-правових формах можуть бути створені суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності - юридичні особи, крім тих, що створюються відповідно до Цивільного кодексу України, і підприємств, що створюються відповідно до Господарського кодексу України?

Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, що створюються відповідно до Цивільного кодексу України

Терміни «суб'єкти господарювання» чи «господарські організації» (чи «суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності») в Цивільному кодексі України взагалі не вживаються і тому із самого Цивільного кодексу України незрозуміло які ж саме господарські організації - юридичні особи створюються відповідно до Цивільного кодексу України. Натомість, Цивільний кодекс України містить групу норм, що складають інститут юридичної особи. Цивільний кодекс України визначає в яких організаційно-правових формах можуть бути створені юридичні особи приватного права. З'ясовувати в яких саме організаційно-правових формах юридичних осіб можуть створюватись суб'єкти господарювання і, таким чином, суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, читачу Цивільного кодексу України доводиться вже самотійно.

Згідно зі статтею 83 Цивільного кодексу України юридичні особи створюються в таких організаційно-правових формах, як товариства та установи. *«Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом»⁷. «Установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна»⁸.*

Згідно з частиною 2 статті 83 Цивільного кодексу України *«товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі»*.

Згідно зі статтею 84 Цивільного кодексу України підприємницькі товариства *«здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання*

⁷ Частина 2 статті 83 Цивільного кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

⁸ Частина 3 статті 83 Цивільного кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

прибутку та наступного його розподілу між учасниками» і «можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи». Підприємницька діяльність (підприємництво) згідно зі статтями 3 та 42 Господарського кодексу України є господарською діяльністю і тому ми можемо констатувати, що юридичні особи таких організаційно-правових форм, як повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство та виробничий кооператив, що охоплюються поняттям підприємницькі товариства, можуть бути віднесені до суб'єктів господарювання і, таким чином, до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

Далі виникає питання: а чи можуть бути суб'єктами господарювання і, таким чином, суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності непідприємницькі товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками?

Згідно зі статтею 86 Цивільного кодексу України непідприємницькі товариства можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Згідно зі статтями 3 та 52 Господарського кодексу України господарська діяльність може здійснюватися і без мети одержання прибутку. Згідно з частиною 1 статті 55 Господарського кодексу України особи, що здійснюють таку діяльність, також відносяться до суб'єктів господарювання і, таким чином, до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Таким чином, ми можемо констатувати, що ті непідприємницькі товариства, яким законом не заборонено здійснювати господарську діяльність, можуть бути суб'єктами господарювання і, таким чином, суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності.

Вищенаведене також стосується установ, які згідно зі статтею 86 Цивільного кодексу України *«можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню»*.

Таким чином, можна зазначити, що відповідно до Цивільного кодексу України суб'єкти господарювання і, таким чином, суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності можуть створюватись в таких організаційно-правових формах, як:

1) установи, яким здійснення господарської діяльності не заборонено законом;

2) непідприємницькі товариства, яким здійснення господарської діяльності не заборонено законом;

3) підприємницькі товариства, зокрема: господарські товариства (в тому числі, повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) та виробничі кооперативи.

Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, що створюються у формі підприємств відповідно до Господарського кодексу України

Згідно з частиною 1 статті 378 та пунктом 1) частини 2 статті 55 Господарського кодексу України до суб'єктів господарювання (і таким чином до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності) відносяться *«державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу»*.

Перше, що у привертає увагу при дослідженні підприємств, як суб'єктів господарювання (і, відповідно, суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності), є колізія між нормами Господарського та Цивільного кодексів України, які визначають саме поняття «підприємство».

Так, Цивільний кодекс України визначає підприємство як вид нерухомого майна. Згідно зі статтею 191 зазначеного кодексу *«підприємство*

є єдиним майновим комплексом», «підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю».

Господарський кодекс України визначає підприємство як організаційну форму господарювання. Згідно зі статтею 62 даного кодексу *«підприємство - самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами».*

Друга колізія між визначеннями поняття «підприємство», що містяться в Цивільному кодексі України та Господарському кодексі України, полягає в тому, що згідно з Цивільним кодексом України *«підприємство ... використовується для здійснення підприємницької діяльності»*⁹. В той час, як Господарський кодекс України зазначає, що *«підприємства можуть створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності»*¹⁰.

Треба нагадати, що згідно з Господарським кодексом України *«господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва - підприємцями. Господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність)»*¹¹. Таким чином, за Господарським кодексом в Україні складається певним чином дивна ситуація, коли може існувати непідприємницьке підприємство, хоча вочевидь, що слово підприємство походить від слова підприємництво і має бути пов'язане з

⁹ Частина 1 статті 191 Цивільного кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁰ Частина 2 статті 62 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹¹ Частина 2 статті 3 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

підприємницькою діяльністю. Така незвичайна ситуація існує завдяки збереженню в Господарському кодексі України багатьох постулатів радянської адміністративно-командної системи, де підприємницька діяльність була заборонена, але господарські організації продовжували з дореволюційних часів називатися підприємствами, хоча працювали вже не заради отримання прибутку, а заради виконання команди (тобто певного адміністративного акту) від держави.

В Господарському кодексі України можна нарахувати 18 видів підприємств, а саме:

- 1) приватне підприємство (статті 63 та 113);
- 2) підприємство колективної власності (статті 63 та 93);
- 3) комунальне підприємство (стаття 63);
- 4) державне підприємство (стаття 63);
- 5) підприємство, засноване на змішаній формі власності (стаття 63);
- 6) підприємство з іноземними інвестиціями (статті 63 та 116);
- 7) іноземне підприємство (статті 63 та 117);
- 8) унітарне підприємство (стаття 63);
- 9) корпоративне підприємство (стаття 63);
- (10) дочірнє підприємство (стаття 63);
- (11) державне унітарне підприємство (стаття 73);
- (12) державне комерційне підприємство (стаття 74);
- (13) казенне підприємство (стаття 76);
- (14) комунальне унітарне підприємство (стаття 78);
- (15) підприємство споживчої кооперації (статті 93 та 111);
- (16) підприємства об'єднань громадян, релігійних організацій (стаття 112);
- (17) фермерське господарство (стаття 114);
- (18) асоційоване підприємство (стаття 126).

Не торкаючись питання про доцільність і розумність виділення кожного із цих категорій підприємств та суперечностей в цій частині між

Господарським та Цивільним кодексами України, як і суперечностей між положеннями самого Господарського кодексу України, треба зауважити, що розібратися в тому, які із згаданих в Господарському Кодексу України категорій підприємств є організаційно-правовими формами підприємств за допомогою самого Господарського кодексу України просто неможливо. Господарський кодекс України взагалі не визначає в яких організаційно-правових формах можуть створюватись підприємства, не дивлячись на те що в частині 2 статті 45 цього кодексу зазначено, що *«порядок створення, державної реєстрації, діяльності, реорганізації та ліквідації суб'єктів підприємництва окремих організаційних форм визначається цим Кодексом та іншими законами»*, а в частині 2 статті 53 цього ж кодексу зазначено, що *«порядок створення, державної реєстрації, діяльності, реорганізації та ліквідації суб'єктів господарювання окремих організаційних форм некомерційної господарської діяльності визначається цим Кодексом та іншими законами»*. Стаття 63 Господарського кодексу України, не дивлячись на те, що вона називається «Види та організаційні форми підприємств», згадує тільки про види підприємств і нічого не говорить про організаційні форми підприємств. Будь-яких інших законів, які б визначали які із зазначених у Господарського кодексу України категорій підприємств, є організаційно-правовими формами підприємств, не існує.

Таким чином, для того, щоб з'ясувати які існують в Україні організаційно-правові форми підприємств, чи іншими словами, підприємства яких організаційно-правових форм можуть бути реально створенні та зареєстровані в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, треба звертатись до такого підзаконного нормативно-правового акту, який називається Державний класифікатор України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» ДК 002:2004, що затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від

28.05.2004 N 97 (надалі – «Державний класифікатор організаційно-правових форм господарювання»).

Згідно з Державним класифікатором організаційно-правових форм господарювання державній реєстрації і відповідно внесенню до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань та Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (ЄДРПОУ) з присвоєнням відповідних ідентифікаційних кодів підлягають підприємства тільки наступних організаційно-правових форм:

- 1) приватне підприємство;
- 2) комунальне підприємство;
- 3) державне підприємство;
- 4) іноземне підприємство;
- 5) дочірнє підприємство;
- 6) казенне підприємство;
- 7) підприємство споживчої кооперації;
- 8) підприємство об'єднання громадян (релігійної організації, профспілки);
- 9) фермерське господарство¹².

Як бачимо, із 18 видів підприємств, зазначених в Господарському кодексі України, насправді можуть бути створені і зареєстровані державою тільки 9, тобто усього половина. Підприємства саме цих 9 організаційно-правових форм можна віднести до підприємств, що створюються відповідно до Господарського кодексу України, і, таким чином, до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

Інші організаційно-правові форми суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності

¹² Державний класифікатор України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» ДК 002:2004, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 N 97. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=v0097609-04>.

Як уже зазначалося вище, крім двох розглянутих вище категорій суб'єктів господарювання – юридичних осіб (тобто господарських організацій - юридичних осіб, створених відповідно до Цивільного кодексу України, та підприємств, створених відповідно до Господарського Кодексу України) частина 2 статті 55 Господарського кодексу України виділяє третю категорію – *«інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку»*. Але що ж це за *«інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку»*?

Із тексту частини 2 статті 55 Господарського кодексу України зрозуміло, що такими іншими юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку, є усі ті суб'єкти господарювання-юридичні особи, що не передбачені Цивільним кодексом України, та не є підприємствами.

Виходячи із положень Господарського кодексу України та Державного класифікатора організаційно-правових форм господарювання ми можемо віднести до цієї третьої категорії суб'єктів господарювання-юридичних осіб юридичні особи таких організаційно-правових форм, як:

- 1) асоціація,
- 2) корпорація,
- 3) консорціум,
- 4) концерн.

В силу складності для розуміння концепцій цих організаційно-правових форм суб'єктів господарювання ми маємо зупинитись на них більш детально.

Зазначені організаційно-правові форми юридичних осіб передбачені статтею 120 Господарського кодексу України і охоплюються поняттям об'єднання підприємств. Об'єднанням підприємств згідно з частиною 1 статті 118 Господарського кодексу України *«є господарська організація, утворена у складі двох або більше підприємств з метою координації їх*

виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних та соціальних завдань».

Об'єднання підприємств в усіх організаційно-правових формах мають певні спільні ознаки, визначені в статті 118 Господарського кодексу України, а саме: (1) є юридичними особами; (2) утворюються у складі двох або більше підприємств (ця ознака українськими авторами називається особливою (складною) правосуб'єктністю¹³); (3) утворюються з метою координації діяльності підприємств, з яких вони утворюються. Координація є функцією соціального управління, яка полягає в узгодженні, впорядкуванні різних частин системи управління¹⁴, тому можна говорити, що метою об'єднань підприємств є управління підприємствами, які входять до їх складу.

В країнах з розвинутою економікою не існує концепцій, подібних до української концепції об'єднань підприємств. Концепція об'єднання підприємств як певної організаційно-правової форми юридичних осіб з'явилася в СРСР в умовах адміністративно-командної системи економіки і дісталася у спадок Україні. В СРСР існували, так звані, промислові об'єднання, що були юридичними особами, правовий статус яких визначався, головним чином, Загальним положенням про всесоюзне і республіканське промислове об'єднання, затвердженим постановою Ради Міністрів СРСР від 02.03.1973 р. № 140. Промислове об'єднання згідно з п. 1 зазначеного Положення складалося з державних підприємств та інших організацій, які також мали статус юридичних осіб¹⁵. І хоча з точки зору ринкової економіки і права, що її регулює, ідея, що одна особа, як суб'єкт права, може складатися з інших осіб, виглядає абсолютно абсурдною, з точки зору командної економіки, організація якої влаштована за армійським зразком, така ідея є зрозумілою і називається *«особливою (складною) правосуб'єктністю»*¹⁶.

¹³ Щербина, В.С. Суб'єкти господарського права: монографія. - К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с. - С.164

¹⁴ Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 2001. — Т. 3: К - М. — 792 с. — С. 345

¹⁵ Постановление Совета Министров СССР от 2 марта 1973 г. N 140 «Об утверждении Общего положения о всесоюзном и республиканском промышленных объединениях». [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_7987.htm.

¹⁶ Щербина, В.С. Суб'єкти господарського права: монографія. - К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с. - С.164.

Адже, тим, хто знайомий з армійською організацією, відомо, що, наприклад, полк є військовою структурою, але вона не існує сама по собі, а складається із батальйонів. Полки є складовими частинами таких структур, як дивізії, і так далі.

Таким чином, радянське промислове об'єднання, так само, як, наприклад, полк складається із батальйонів (що, до речі, зазвичай є також юридичними особами), складалося із підприємств. Керівник промислового об'єднання згідно з п. 5 вищезгаданого Положення управляв (командував) підприємствами, що входили до його складу, так само, як командир полку командує батальйонами, що входять до його складу. Через промислове об'єднання до підприємств доводились команди вищестоящего начальства з міністерства і, таким чином, промислове об'єднання було органом господарського управління, середньою ланкою в триланковій системі державного управління промисловістю¹⁷.

Концепція такого інституту сучасного українського права, як об'єднання підприємств, базується на тій самій концепції, що і радянський інститут промислового об'єднання. В основі української концепції об'єднання підприємств, так само як і радянської концепції промислового об'єднання, лежать три постулати: (1) об'єднання є юридичною особою; (2) об'єднання є юридичною особою, яка складається з інших юридичних осіб; (3) об'єднання є юридичною особою, яка створюється для того, щоб управляти тими юридичними особами, з яких воно складається. Таким чином, інститут українського права «об'єднання підприємств» є інфільтрованим в ринкове середовище інститутом адміністративно-командної економіки, який консервує адміністративно-командні відносини в українській економіці і стримує її розвиток.

¹⁷ Большая советская энциклопедия. — М.: Советская энциклопедия. 1969—1978. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/bse/124299/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%BC%D1%8B%D1%88%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D0%BE%D0%B5>.

В країнах з розвинутою ринковою економікою, на відміну від України, законодавство не передбачає, що одна юридична особа приватного права може управляти іншою юридичною особою приватного права у якийсь інший спосіб, ніж через механізми корпоративного управління чи через механізми, встановлені у відповідних договорах між відповідними юридичними особами.

Правознавцям важливо усвідомлювати, що право такої юридичної особи, як об'єднання підприємств, на управління підприємствами, закріплене в статті 118 Господарського кодексу України, конкурує з корпоративним правом підприємств на управління об'єднанням підприємств, закріпленим в статтях 167 та 122 Господарського кодексу України. Як уже зазначалося вище, згідно зі статтею 118 Господарського кодексу України об'єднання підприємств утворюється для управління підприємствами, але в той же час згідно зі статтями 167 та 122 Господарського кодексу України підприємства, що входять до об'єднання підприємств, мають корпоративне право на участь у корпоративному управлінні таким об'єднанням підприємств. Частина 1 статті 122 Господарського кодексу України встановлює, що *«господарські об'єднання мають вищі органи управління (загальні збори учасників)»*. Учасниками об'єднань підприємств є підприємства, що входять до відповідних об'єднань підприємств. Згідно з частиною 2 статті 122 Господарського кодексу України вищий орган управління господарського об'єднання, тобто загальні збори учасників, серед іншого, *«утворює виконавчий орган господарського об'єднання відповідно до його статуту чи договору; вирішує фінансові та інші питання відповідно до установчих документів господарського об'єднання»*.

Виходячи із вищенаведених положень Господарського кодексу України, взаємодія між собою об'єднання підприємств (у будь-якій організаційно-правовій формі) та підприємств, що до нього входять, вибудовується приблизно за такою неприродною схемою: підприємства-учасники, здійснюючи згідно зі статтями 167 та 122 Господарського кодексу України

функцію корпоративного управління, на своїх загальних зборах призначають виконавчий орган об'єднання підприємств і визначають, що він має робити; після чого виконавчий орган об'єднання на виконання рішень підприємств-учасників, здійснюючи згідно зі статтею 118 Господарського кодексу України функцію управління (координації) підприємствами, визначає, що мають робити підприємства-учасники. Конструкція, в якій певні юридичні особи створюють ще одну юридичну особу і управляють нею для того, щоб ця юридична особа управляла ними (таке собі замкнуте управлінське коло) виглядає надуманою і нераціональною. Куди простіше і природно з правової точки зору було б усім цим підприємствам за наявності відповідної потреби укласти між собою договір, скажімо, про спільну діяльність та згідно з главою 77 Цивільного кодексу України доручити управління цією діяльністю, у тому числі координацію спільних дій учасників, одній із сторін договору.

Право об'єднання підприємств на управління підприємствами, закріплене в статті 118 Господарського кодексу України, також конкурує з корпоративним правом учасників таких підприємств на управління цими підприємствами, що закріплене в статті 167 Господарського кодексу України, та уражає це корпоративне право. *«У широкому розумінні корпоративне управління розглядають як систему, за допомогою якої спрямовують та контролюють діяльність товариства. У рамках корпоративного управління визначається, яким чином інвестори здійснюють контроль за діяльністю менеджерів, а також яку відповідальність несуть менеджери перед інвесторами за результати діяльності товариства. Належна система корпоративного управління дозволяє інвесторам бути впевненими у тому, що керівництво товариства розумно використовує їх інвестиції для фінансово-господарської діяльності і таким чином збільшується вартість частки участі інвесторів в акціонерному капіталі товариства»*¹⁸.

¹⁸ Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 22.07.2014 № 955 «Про затвердження Принципів корпоративного управління». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr955863-14>.

Перешкоджання ж функціонуванню належної системи корпоративного управління шляхом зовнішнього управління підприємством з боку об'єднання підприємств, значним чином зменшує можливості інвесторів контролювати діяльність менеджерів і, таким чином, підриває впевненість інвесторів у тому, що їх інвестиції будуть розумно використані.

З огляду на ці та інші обставини українське законодавство, направлене на захист прав власників корпоративних прав, у світових рейтингах потрапляє на останні місця. Так, наприклад, в Індексі конкурентоспроможності країн світу за таким показником, як захист прав міноритарних учасників (protection of minority shareholders' interests), Україна, наприклад, у 2014-2015 роках посіла 139 місце із 144 країн, що досліджувались¹⁹!

Стаття 120 Господарського кодексу України дає наступні визначення кожній із організаційно-правових форм об'єднань підприємств:

«2. Асоціація - договірне об'єднання, створене з метою постійної координації господарської діяльності підприємств, що об'єдналися, шляхом централізації однієї або кількох виробничих та управлінських функцій, розвитку спеціалізації і кооперації виробництва, організації спільних виробництв на основі об'єднання учасниками фінансових та матеріальних ресурсів для задоволення переважно господарських потреб учасників асоціації. У статуті асоціації повинно бути зазначено, що вона є господарською асоціацією. Асоціація не має права втручатися у господарську діяльність підприємств - учасників асоціації. За рішенням учасників асоціація може бути уповноважена представляти їх інтереси у відносинах з органами влади, іншими підприємствами та організаціями.

3. Корпорацією визнається договірне об'єднання, створене на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, що

¹⁹ Global Competitiveness Index 2014-2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/#indexId=GCI>.

об'єдналися, з делегуванням ними окремих повноважень централізованого регулювання діяльності кожного з учасників органам управління корпорації.

4. Консорціум - тимчасове статутне об'єднання підприємств для досягнення його учасниками певної спільної господарської мети (реалізації цільових програм, науково-технічних, будівельних проектів тощо). Консорціум використовує кошти, якими його наділяють учасники, централізовані ресурси, виділені на фінансування відповідної програми, а також кошти, що надходять з інших джерел, в порядку, визначеному його статутом. У разі досягнення мети його створення консорціум припиняє свою діяльність.

5. Концерном визнається статутне об'єднання підприємств, а також інших організацій, на основі їх фінансової залежності від одного або групи учасників об'єднання, з централізацією функцій науково-технічного і виробничого розвитку, інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності. Учасники концерну наділяють його частиною своїх повноважень, у тому числі правом представляти їх інтереси у відносинах з органами влади, іншими підприємствами та організаціями. Учасники концерну не можуть бути одночасно учасниками іншого концерну».

При проведенні порівняльного аналізу ознак усіх зазначених організаційно-правових форм об'єднань підприємств стає очевидним, що між ними не існує будь-яких принципових відмінностей. Практично усі ознаки таких форм або означають одне і теж, тільки описані різними словами (синонімами), або можуть бути застосовані до будь-якої форми об'єднань підприємств. Тобто ці ознаки є штучними, надуманими. Крім штучності, ознаки, за якими в статті 120 Господарського кодексу України організаційно-правові форми об'єднань підприємств поділяються між собою, є й доволі суперечливими. Все це свідчить про штучність і надуманість поділу об'єднань підприємств на різні організаційно-правові форми.

Так, наприклад, однією з ознак, за якою в Господарському кодексі України проводиться відмінність між усіма організаційно-правовими

формами підприємств, є те, чи є відповідна форма договірним об'єднанням, чи статутним. Так, в статті 120 Господарського кодексу України записано, що *«асоціація - договірне об'єднання»*, *«корпорацією визнається договірне об'єднання»*, *«консорціум - тимчасове статутне об'єднання»*, *«концерном визнається статутне об'єднання»*. Таким чином, бачимо, що асоціація і корпорація – є договірними об'єднаннями, а консорціум і концерн – є статутними об'єднаннями. Але що ж таке договірне об'єднання і що таке статутне об'єднання і в чому між ними різниця? Прямої відповіді на це питання Господарський кодекс України (як і усе законодавство України) не містить. Проте, на основі частини 3 статті 119 Господарського кодексу України, згідно з якою *«господарські об'єднання діють на основі установчого договору та/або статуту, який затверджується їх засновниками»*, можна зробити припущення, що під договірним об'єднанням в Господарському кодексі України мається на увазі об'єднання, єдиним установчим документом якого є установчий договір, а під статутним об'єднанням – об'єднання, єдиним установчим документом якого є статут. Тут виникає питання: а чим відрізняється правовий статус договірного об'єднання від статутного і навпаки? Відповіді на це питання в Господарському кодексі України також немає. В той самий час, визначаючи асоціацію як договірне об'єднання, стаття 120 Господарського кодексу України говорить, що *«у статуті асоціації повинно бути зазначено, що вона є господарською асоціацією»*, а ст. 121 Господарського кодексу України говорить, що *«рішення про утворення об'єднання підприємств (установчий договір) та статут об'єднання погоджуються з Антимонопольним комітетом України»*. Із чого витікає, що договірне об'єднання може мати статут, так само, як і статутне об'єднання може мати установчий договір, і ніякої різниці, крім гри слів, у цьому зв'язку в правовому статусі організаційно-правових форм об'єднань підприємств фактично немає. Принаймні такі характеристики, як договірне об'єднання зі статутом чи статутне об'єднання з установчим договором, навряд чи допоможуть нам

зрозуміти в чому ж полягає відмінність правового статусу цих об'єднань підприємств. Крім того, виникає питання, а чим автори Господарського кодексу України керувалися, коли наділяли асоціації, корпорації, консорціуми та концерни такими ознаками, як «договірність» та «статутність»? Чому, наприклад, законодавці вирішили, що корпорація має діяти на підставі договору, а консорціум - на підставі статуту, а не навпаки? До речі, в праві економічно розвинутих країн і в міжнародному праві, на відміну від права України, поняття корпорація означає юридичну особу (яка має статут), а консорціум означає договірне об'єднання, що не є юридичною особою і не може мати статуту.

Стаття 120 Господарського кодексу України дає певні, начебто, кваліфікуючі ознаки різних організаційних форм об'єднань підприємств.

Так, в цій статті тільки відносно асоціації зазначено, що вона утворюється *«на основі об'єднання учасниками фінансових та матеріальних ресурсів»*. Але в той же час згідно із частиною 1 статті 123 Господарського кодексу України учасники будь-якого *«об'єднання підприємств можуть вносити на умовах і в порядку, передбачених його установчими документами, майнові внески (вступні, членські, цільові тощо)»*. Тому зазначена ознака, безумовно, поширюється на будь-які інші форми об'єднань підприємств.

Тільки відносно корпорації в статті 120 Господарського кодексу України зазначено, що вона створена *«на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств»*. Але, очевидно, що будь-яке добровільне об'єднання підприємств утворюється на основі інтересів їх учасників, а не всупереч цим інтересам, тому така ознака також поширюється на будь-які інші форми об'єднань підприємств.

Тільки відносно консорціуму в статті 120 Господарського кодексу України зазначено, що він *«використовує кошти, якими його наділяють учасники, централізовані ресурси, виділені на фінансування відповідної програми, а також кошти, що надходять з інших джерел»*. Проте, як уже

зазначалось, стаття 123 Господарського кодексу України передбачає, що учасники будь-якого *«об'єднання підприємств можуть вносити на умовах і в порядку, передбачених його установчими документами, майнові внески (вступні, членські, цільові тощо)»*, а об'єднання будь-якої форми, без сумніву, може витрачати кошти, якими його наділяють учасники, а також кошти, що надходять з інших джерел, інакше воно просто не зможе функціонувати. Тому зазначена ознака також поширюється на будь-які інші форми об'єднань підприємств.

На жаль, проблеми правового статусу об'єднань підприємств не вичерпуються тими проблемами, що згадуються вище. До цього треба додати, що ці проблеми помножуються при входженні підприємства до кількох об'єднань підприємств, що допускається статтею 121 Господарського кодексу України, і, таким чином, надають системі управління цим підприємством так само, як і системі управління кожного із таких об'єднань підприємств, ознак безсистемності і хаотичності.

Те, що в Господарському кодексі України, було передбачено створення таких інституцій, як асоціації, корпорації, консорціуми та концерни, на перший погляд, могло б розцінюватись як крок в сторону розбудови ринкової економіки, бо інституції з аналогічними назвами передбачені правом країн з розвинутою ринковою економікою. Але, на жаль, термінам «асоціація», «корпорація», «консорціум» та «концерн» в Господарському кодексі України надали іншого значення, ніж ці терміни мають в праві економічно розвинутих країн. Якщо ми звернемось до інститутів «асоціація», «корпорація», «консорціум» та «концерн», що існують в праві економічно розвинутих країн, то побачимо, що вони на концептуальному рівні відрізняються від інститутів українського права з аналогічними назвами. Зокрема, вони не є юридичними особами, що утворюються у складі інших юридичних осіб, та не утворюються з метою управління діяльністю інших юридичних осіб, що до них входять.

Так, на відміну від визначення, даного в Господарського кодексу України, асоціація (англ. association) в праві економічно розвинутих країн не є організаційно-правовою формою юридичної особи, а є загальним поняттям, яке, зазвичай, означає будь-яку групу фізичних або юридичних осіб, що об'єдналася для досягнення певної мети, або підприємницьку організацію, що не має статусу юридичної особи і не розглядається окремо від осіб, з яких вона складається²⁰.

На відміну від визначення, даного в Господарському кодексі України, під корпорацією (англ. corporation) в праві країн англо-американської системи права, звідки походить цей термін, розуміється *«організація (зазвичай господарська), що законом наділена правом діяти як окрема особа, відокремлена від своїх учасників, які володіють нею, і яка має право випускати цінні папери і існувати на протязі невизначеного проміжку часу»*²¹. *«Найпростіший та зазвичай найбільш правильний спосіб розуміння корпорації – це розглядати її як істоту, існування якої є юридичною фікцією, тобто юридичну особу, що існує окремо від своїх власників чи інвесторів»*²².

Знову ж таки, на відміну від визначення, даного в Господарському кодексі України, термін «консорціум» (англ. consortium) в англо-американському праві визначається як *«група компаній, що домовились про досягнення спільної мети або участі у проекті на користь усіх учасників. Ці відносини зазвичай передбачають співпрацю і розподіл ресурсів, а часом і спільну власність»*²³. Консорціум не є організаційно-правовою формою юридичної особи і, взагалі, не може бути юридичною особою, а є договірним інститутом, за ознаками схожим на український інститут спільної діяльності, передбачений главою 77 Цивільного кодексу України.

Термін «концерн» (нім. Konzern) в німецькому праві, звідки він походить, означає не юридичну особу відповідної організаційно-правової

²⁰ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. - P. 119.

²¹ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. - P. 341.

²² Robert W. Hamilton. The Law of Corporations. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1987. - 511 p. - P. 1.

²³ Dictionary of Business Terms. Second Edition. - N.Y.: Barron's, 1994. - 692 p. - P. 119.

форми, як в українському праві, а загальне поняття, яке згідно з § 18 Закону ФРН «Про акціонерні товариства» охоплює собою численні різноманітні групи компаній, пов'язаних між собою відносинами контролю²⁴. Такий контроль може здійснюватися як через корпоративні права, так і через відповідні договірні відносини. Поняття концерн в німецькому праві нагадує таке поняття українського права, як «пов'язанні особи», що згадується в Законі України «Про захист економічної конкуренції» та Податковому кодексі України і так само слугує цілям антимонопольного і податкового регулювання. Таким чином, якщо б ми виходили із німецького визначення поняття концерн, то до концернів в Україні можна було б віднести і асоційовані підприємства, визначені в статті 126 Господарського кодексу України, і прості товариства, визначені в главі 77 Цивільного кодексу України, і низку інших груп пов'язаних відносинами контролю юридичних осіб.

Ситуація, коли певні міжнародні економіко-правові терміни вживаються в усіх економічно розвинутих країнах в одному значенні, а в законодавстві України вони мають інакше значення, створює певні проблеми для української економіки. Зокрема, така підміна понять вводить в оману і дезорієнтує іноземних інвесторів та в результаті розохочує їх інвестувати в економіку України. З іншого боку, така підміна понять веде до того, що українські підприємці, які займаються зовнішньоекономічною діяльністю, розуміють певні міжнародні терміни інакше, ніж бізнесмени економічно розвинутих країн, що, безумовно, дезорієнтує українських підприємців.

Так, наприклад, автору цієї лекції відомий випадок, коли група іноземних інвесторів із економічно розвинутих країн та представники української влади і бізнесу біля року не могли розпочати реалізацію проекту, в якому були зацікавлені усі сторони, із-за того, що не могли досягнути домовленості щодо організаційної форми реалізації даного проекту. На переговорах іноземні інвестори наполягали на створенні корпорації (англ.

²⁴ Aktiengesetz. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_18.html.

corporation), а українська сторона не погоджувалась із цією пропозицією тому, що, керуючись українським законодавством, розуміла під корпорацією зовсім інше, ніж розуміли під цим терміном іноземні інвестори. Коли до переговорів було залучено як юриста автора цієї лекції, який зрозумів суть проблеми і пояснив її усім учасникам переговорів, українська сторона погодилась на пропозицію іноземних інвесторів і проект було розпочато. Проте, із-за неадекватного визначення міжнародного терміну «корпорація» в українському праві важливий для України проект розпочався майже на рік пізніше.

Види суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, зазначені в статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»

Як уже зазначалось, на час прийняття Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (квітень 1991 року) економіка України ще перебувала в радянській адміністративно-командній системі, а ринкові відносини і ринкова термінологія ще не були розвинуті. На той час було відсутнє визначення поняття суб'єктів господарювання та їх видів. Тому той перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (що за визначенням даного закону є суб'єктами господарювання України), що дається в статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», відрізняється від того визначення суб'єктів господарювання, що дається у Господарському кодексі України, який був прийнятий уже в 2003 році. Іншими словами, стаття 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», що дає перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, містить низку структур, що не є суб'єктами господарювання і взагалі суб'єктами права за чинним законодавством України, тобто не є відповідними юридичними особами чи фізичними особами - підприємцями. І, знову ж таки, на жаль, законодавець не відреагував належним чином на прийняття Господарського кодексу України і не уніфікував положення Господарського кодексу України та Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», що, безумовно, створює певні проблеми в українській юридичній науці і практиці.

Так, в статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», що дає перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, зазначається, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є *«фізичні особи - громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздатність і дієздатність згідно з законами України і постійно проживають на території України»*. При цьому дана стаття не говорить про те, що зазначені фізичні особи повинні мати статус підприємців, хоча згідно з абзацом дванадцятим статті 1 того ж Закону зовнішньоекономічна діяльність це *«діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності...»*. Таким чином, вищезазначене положення статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» не відповідає пункту 2 частини 2 статті 55 Господарського кодексу України, згідно з яким суб'єктами господарювання, і зокрема суб'єктами зовнішньої діяльності, можуть бути не будь-які громадяни України, іноземці та особи без громадянства, а лише ті, що *«зареєстровані відповідно до закону як підприємці»*.

Абзац третій статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначає, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності також є *«юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України (підприємства, організації та об'єднання всіх видів, включаючи акціонерні та інші види господарських товариств, асоціації, спілки, концерни, консорціуми, торговельні дома, посередницькі та консультаційні фірми, кооперативи, кредитно-фінансові установи, міжнародні об'єднання, організації та інші), в тому числі юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб'єктів господарської діяльності»*. У цьому зв'язку треба відмітити, що не можна погодитись з тим, що усі без виключення юридичні особи можуть бути суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. Як зазначено в частині 1 статті 378 Господарського кодексу України, та й в абзаці дванадцятому статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну

діяльність», суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності можуть бути лише такі юридичні особи, що визнаються суб'єктами господарювання. До того треба зазначити, що деякі організаційні форми юридичних осіб, що згадуються в абзаці третьому статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», наприклад, торговельний дім та фірма, не передбачені Державний класифікатором організаційно-правових форм господарювання і, таким чином, не можуть бути створені і зареєстровані в Україні.

Абзац четвертий статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначає, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності також є *«об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність»*. Проте, такого роду об'єднання згідно з українським правом не можуть бути суб'єктами правовідносин, в тому числі і зовнішньоекономічних. Як відомо, *«можливість того чи іншого суб'єкта бути учасником правовідносин визначається його правосуб'єктністю. Правосуб'єктність — це передбачена нормами права здатність особи бути носієм прав і обов'язків, здійснювати їх від свого імені та нести юридичну відповідальність за свої дії»*²⁵. За законодавством України об'єднання, що не мають статусу юридичної особи, не мають відповідної правосуб'єктності для того, щоб бути учасником зовнішньоекономічних правовідносин. Згідно зі статтею 55 Господарського кодексу України вони не можуть бути суб'єктами господарювання, і, таким чином, згідно із абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та частиною 1 статті 378 Господарського кодексу України такі об'єднання не можуть бути і суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. Крім того, такого роду об'єднання згідно зі

²⁵ Кириченко В.М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidnosini>.

статтею 2 Цивільного кодексу України не можуть бути учасниками цивільних, зокрема майнових правовідносин. Такі об'єднання, наприклад, не можуть від свого імені укласти зовнішньоекономічний договір купівлі-продажу товарів, набути за таким договором будь-які права чи обов'язки, нести за таким договором відповідальність тощо.

Абзац п'ятий статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначає, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності також є *«структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення, тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України»*. Таке положення закону є досить суперечливим. Адже, як уже зазначалося вище, структури, що не мають статусу юридичної особи не наділені достатньою правосуб'єктністю, щоб бути учасниками зовнішньоекономічних правовідносин. Вони згідно зі статтею 55 Господарського кодексу України не визнаються в Україні суб'єктами господарювання, а таким чином згідно із абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та частиною 1 статті 378 Господарського кодексу України такі структури не можуть бути і суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності (українськими суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин). Згідно зі статтею 2 Цивільного кодексу України такі структури також не можуть бути учасниками цивільних, зокрема майнових, правовідносин. Адже структурна одиниця іноземного суб'єкта господарської діяльності не може, наприклад, укласти зовнішньоекономічний договір купівлі-продажу товарів від свого власного імені, а укладає його на підставі довіреності від імені відповідного іноземного суб'єкта господарювання, який з точки зору права і виступає суб'єктом відповідних зовнішньоекономічних правовідносин. Якщо допустити, що структурна одиниця певного іноземного суб'єкта господарської діяльності, яка не є юридичною особою, є самостійним суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, то тоді треба допускати, що така структурна одиниця іноземного суб'єкта господарської діяльності може,

наприклад, укласти зовнішньоекономічні договори купівлі продажу товарів з тим іноземним суб'єктом господарської діяльності, структурною одиницею якого вона є, що з правової точки зору є просто абсурдним.

Абзац шостий статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначає, що суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності також є *«спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України»*. З цього приводу треба, по-перше, зазначити, що будь-які підприємства згідно з частиною 4 статті 62 Господарського кодексу України є апріорі юридичними особами. Юридичні ж особи як суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності окремо згадаються в абзаці третьому статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». З огляду на те, що поняття «юридичні особи» є більш широким і охоплює собою поняття «підприємства», ми не бачимо жодної потреби виділяти спільні підприємства як окремих суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. По-друге, треба відмітити, що чинним законодавством України, яке регулює порядок створення і державної реєстрації юридичних осіб, зокрема, Державним класифікатором організаційно-правових форм господарювання, взагалі не передбачається створення та державна реєстрація такої організаційно-правової форми юридичних осіб, як спільне підприємство.

В частині 2 статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначено, що *«Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з частиною четвертою статті 2 цього Закону і законами України»*. У зв'язку з нечіткістю формулювань зазначеної норми може виникнути питання: чи може держава, державні органи та органи

місцевого самоврядування бути суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності? Відповідь на це питання буде негативною з наступних причин:

по-перше, згідно з частиною 1 статті 8 Господарського кодексу України *«державна, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання»*¹, таким чином, згідно з абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та частиною 1 статті 378 Господарського кодексу України не можуть бути суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. В той же час, як уже зазначалося вище, суб'єктний склад, а саме участь в зовнішньоекономічних правовідносинах з одного боку українських суб'єктів господарювання, а з другого боку іноземних суб'єктів господарювання є кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічної діяльності як правовідносин. Таким чином, неучасть у правовідносинах одночасно українських суб'єктів господарювання (з одного боку) та іноземних суб'єктів господарювання (з другого боку) дає нам підстави не вважати такі правовідносини зовнішньоекономічними;

по-друге, згідно із статтею 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в основу зовнішньоекономічної діяльності покладено принцип свободи зовнішньоекономічного підприємництва, що полягає, в тому числі, у праві суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності добровільно вступати у зовнішньоекономічні зв'язки, та принцип юридичної рівності і недискримінації, що полягає, в тому числі, у рівності перед законом всіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Це означає, що зовнішньоекономічні правовідносини є приватноправовими відносинами, тобто відносинами, *«які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи»*²⁶. Ті ж правовідносини, де органи державної влади чи органи місцевого самоврядування виступають як суб'єкти владних

²⁶ Пункт 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

повноважень²⁷, та у які суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності змушені вступати у зв'язку із здійсненням ними зовнішньоекономічної діяльності (наприклад, відносини щодо сплати податків, розмитнення товарів, отримання різноманітних дозволів тощо), є за своєю природою публічно-правовими відносинами (податковими митними, адміністративними тощо) і характеризуються усіма ознаками публічно-правових відносин, як то «1) обов'язкова участь у цих відносинах суб'єкта, наділеного публічно-владними повноваженнями; 2) імперативність публічно-правових відносин; 3) підпорядкованість одного учасника публічно-правових відносин іншому - суб'єкту владних повноважень; 4) домінування публічно-правового інтересу в цих відносинах»²⁸. Так, наприклад, відносини, що складаються між українським суб'єктом господарювання та відповідним державним органом з приводу реєстрації зовнішньоекономічного контракту відносяться, вочевидь, не до зовнішньоекономічних, а до адміністративних правовідносин, тобто до «суспільних відносин, що виникають у зв'язку з реалізацією функцій державної виконавчої влади, змістом якої є управління суспільством»²⁹. Так само як, наприклад, відносини, що складаються між подружжям при укладення шлюбу і в тому числі шлюбного договору, є сімейними правовідносинами, а відносини, що складаються між подружжям і відповідним державним органом з приводу реєстрації шлюбу – є адміністративними правовідносинами, але аж ніяк не сімейними.

Таким чином, суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності можуть бути суб'єкти господарювання, зареєстровані в зазначених вище організаційно-правових формах, що були створені державними органами або органами місцевого самоврядування (наприклад, державні або комунальні підприємства), або корпоративні права відносно яких належать державним

²⁷ Визначення поняття «суб'єкти владних повноважень» дається в пункті 7 частини 1 статті 4 Кодексу адміністративного судочинства України.

²⁸ Майданик Р.А. Цивільне право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/1151051346551/pravo/tsivilni_publichni_pravovidnosini.

²⁹ Алфьоров С.М. Адміністративне право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/14631004/pravo/ponyattya_administrativnogo_prava.

органам або органам місцевого самоврядування (наприклад, акціонерні товариства, акції яких знаходяться у державній або комунальній власності), але не самі державні органи та органи місцевого самоврядування. При чому, як зазначається в частині другій і третій статті 32 Закону України «про зовнішньоекономічну діяльність *«Україна як держава не несе відповідальності за дії суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності не несуть відповідальності за дії України як держави»*».

З огляду на вищезазначене, треба відмітити, що внесені 17 січня 2019 року зміни до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (зокрема до п.12 ч.1 ст. 1 та ст. 3), згідно з якими до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності були віднесені державні замовники з державного оборонного замовлення (тобто *«визначені Кабінетом Міністрів України центральні органи виконавчої влади, інші державні органи - головні розпорядники бюджетних коштів, військові формування, утворені відповідно до законів України»*³⁰) є більш, ніж сумнівними.

3. Іноземні суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин

Вище ми розглянули в яких саме організаційно-правових формах можуть створюватись українські суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності. Але, як уже зазначалося вище, суспільні відносини, в тому числі і зовнішньоекономічні правовідносини, не можуть складатися за участі тільки одного суб'єкта (учасника). Іншими словами, не можна займатися зовнішньоекономічною діяльністю із самим собою. Для того, щоб зовнішньоекономічна діяльність, тобто зовнішньоекономічні правовідносини, мала місце, крім українського суб'єкта господарювання необхідна участь принаймні ще одного суб'єкта правовідносин. Таким

³⁰ Пункт 5 частини першої статті 1 Закону України «Про державне оборонне замовлення». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/464-14>

другим суб'єктом зовнішньоекономічних правовідносин згідно із абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» обов'язково має бути іноземний суб'єкт господарської діяльності. Таким чином, якщо український суб'єкт господарювання вступить у відносини з будь-яким іншим, ніж іноземний суб'єкт господарювання, суб'єктом права, будь-це український суб'єкт господарювання або український чи іноземний орган державної влади чи місцевого самоврядування, такі суспільні відносини не можуть бути кваліфіковані як зовнішньоекономічні. Так, наприклад, правовідносини, що складаються між відповідним українським суб'єктом господарювання і відповідним українським або іноземним державним органом з приводу отримання даним українським суб'єктом господарювання експортної чи імпоротної ліцензії, не є зовнішньоекономічними, тобто не є зовнішньоекономічною діяльністю, бо в них відсутня кваліфікуюча ознака зовнішньоекономічних правовідносин – участь у відносинах іноземного суб'єкта господарської діяльності.

Згідно із абзацом двадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» іноземними суб'єктами господарської діяльності вважаються *«суб'єкти господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України»*. Але тут може виникнути питання: хто визнається суб'єктами господарювання за кордоном і в яких організаційно-правових формах створюються суб'єкти господарювання за кордоном?

Згідно із нормами, закріпленими у розділі II Закону України «Про міжнародне приватне право», організаційно-правові форми та правовий статус іноземних суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин визначається правом тих країн, в яких такі суб'єкти мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання.

Крім України в світі існує біля двох сотень країн з різними правовими системами і в цих країнах існує велика кількість різноманітних організаційно-правових форм суб'єктів господарювання. Проте, в економічно

розвинутих країнах організаційно-правові форми суб'єктів господарювання в принципі уніфіковані і відрізняються фактично тільки своїми назвами на різних мовах. Враховуючи те, що англійська мова є найпоширенішою міжнародною мовою, для визначення організаційно-правових форм іноземних суб'єктів господарювання ми будемо використовувати ті терміни, які вживаються в англійській мові.

Пристаючи до розгляду іноземних суб'єктів господарювання, не можна не звернути увагу на деякі засадничі відмінності у праві економічно розвинутих країн та праві України і певних пострадянських країн. Говорячи про такі відмінності, треба зауважити наступне. В Україні існує таке поняття, як «господарська діяльність», тобто *«діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність»*³¹, яка згідно з частиною 2 статті 3 та статтями 42 та 52 Господарського кодексу України поділяється на два види: 1) господарську комерційну діяльність (підприємництво), та 2) некомерційну господарську діяльність (або некомерційне господарювання). Господарською комерційною діяльністю (підприємництвом) визначається *«самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку»*³². Некомерційною господарською діяльністю (або некомерційним господарюванням) визнається *«самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку»*³³. Господарське право України направлене на

³¹ Частина 1 статті 3 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print1390026913743584>.

³² Стаття 42 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print1390026913743584>.

³³ Частина 1 статті 52 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print1390026913743584>.

регулювання як господарської комерційної діяльності (підприємництва), так і на регулювання некомерційної господарської діяльності (або некомерційного господарювання), що має на меті не отримання прибутку, а *«досягнення економічних, соціальних та інших результатів»*. В законодавстві України не можна знайти чіткої відповіді на питання, про які саме *«економічні, соціальні та інші результати»* йде мова у зв'язку з некомерційною (непідприємницькою) діяльністю. Проте звернення до нашої недавньої історії допомагає нам зрозуміти ту логіку, якою в даному випадку, очевидно, керувалися автори Господарського кодексу України і які саме *«економічні, соціальні та інші результати»* вони могли мати на увазі.

Так, Економічний словник 1973 року видання визначає господарське право СРСР як *«сукупність правових норм, що визначають порядок керівництва господарською діяльністю та її здійснення, регулюють господарські відносини між соціалістичними господарськими органами та їхніми структурними ланками і покликані активно сприяти розв'язанню завдань будівництва комунізму»*³⁴. Таке визначення господарського права дозволяє зрозуміти, що в СРСР господарська діяльність була спрямована на виконання адміністративних актів (наказів, планів тощо) державних органів, які приймалися з метою побудови комунізму.

Після виходу із складу СРСР Україна в статті 42 Конституції закріпила право кожного на підприємницьку діяльність, яка була заборонена в СРСР, і прибуток став легальною метою господарської діяльності (чого також не було в СРСР). Проте, так би мовити, за старою традицією законодавець закріпив в Господарському кодексі України положення про те, що господарська діяльність може здійснюватися і без мети отримання прибутку, а заради *«досягнення економічних, соціальних та інших результатів»*³⁵, очевидно, знову маючи на увазі виконання вказівок державних органів.

³⁴ Економічний словник. — К.: Головна редакція Української радянської енциклопедії Академії наук Української РСР, 1973. — С.622. — 100 с.

³⁵ Частина 1 статті 52 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print1390026913743584>.

Таким чином, Господарський кодекс України зберіг певні радянські адміністративно-командні засади регулювання економіки. У зв'язку з цим в переліку учасників господарських відносин, що міститься в статті 2 Господарського кодексу України, ми знаходимо органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а в юридичній літературі - визначення того, що господарське право є комплексною галуззю права, яка містить норми як приватного, так і публічного права³⁶.

В правових доктринах економічно розвинутих країн замість концепції «господарського права», яка поряд з комерційною/підприємницькою господарською діяльністю передбачає існування некомерційної (непідприємницької) господарської діяльності, існують дві окремі концепції: 1) концепція комерційного права (англ. commercial law), яке регулює тільки комерційну/підприємницьку діяльність, тобто таку діяльність, що здійснюється з метою одержання прибутку; 2) концепція цивільного права (англ. civil law), яке регулює діяльність осіб приватного права, що не має на меті отримання прибутку (наприклад, благодійна діяльність). Такі концепції знайшли своє закріплення в Європі ще на початку 19-го сторіччя з прийняттям у Франції у 1804 році Цивільного кодексу Наполеона (фран. Code de Civil), та в 1807 році - Комерційного кодексу Наполеона (фран. Code de Commerce). При цьому, на відміну від українського господарського права, і цивільне право, і комерційне право в економічно розвинутих країнах відноситься до приватного права³⁷, яке регулює приватноправові відносини, тобто відносини, *«які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи»*³⁸.

³⁶ Вінник О.М. Господарське право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://textbooks.net.ua/content/view/1773/25/>.

³⁷ Register, Layton B. The Dual System of Civil and Commercial Law// University of Pennsylvania Law Review. - 241 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7290&context=penn_law_review.

³⁸ Пункт 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

Міжнародне право, наприклад, Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року, також розмежовує правовідносини, що складаються між суб'єктами комерційної діяльності, та правовідносини, що складаються за участі інших суб'єктів. Так, стаття 1 вищезгаданої конвенції зазначає, що вона *«застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах»*, а стаття 3 цієї конвенції зазначає, що вона *«не застосовується до продажу:*

- a) товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання...;*
- b) з аукціону;*
- c) у порядку виконавчого провадження чи іншим чином згідно із законом...».*

Суб'єктами комерційного права в економічно розвинутих країнах є тільки прибуткові (комерційні/підприємницькі) організації. Неприбуткові організації не можуть займатися комерційною діяльністю. Неприбуткові організації, органи державної влади (місцевого самоврядування) в економічно розвинутих країнах не є суб'єктами господарювання і, звідси, не являються суб'єктами комерційного права (суб'єктами комерційних правовідносин). Таким чином, іноземними суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин завжди виступають тільки суб'єкти комерційної (підприємницької) діяльності, тобто організації, які мають на меті отримання прибутку.

Таких понять, як «зовнішньоекономічна діяльність» (англ. *foreign economic activities*) та «суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності» (англ. *subjects of foreign economic activities*), в міжнародному праві та в праві економічно розвинутих країн не існує. Таке українське поняття, як «суб'єкт господарювання», на англійську мову перекладається як *«firm»*, *«enterprise»* або *«business»*. Таке словосполучення, як «організаційні форми

господарювання» перекладається на англійську мову як «forms of doing business».

В праві економічно розвинутих країн, зазвичай, виділяються такі організаційні форми господарювання (англ. forms of doing business), які на англійській мові називаються:

- 1) sole proprietorship;
- 2) partnership;
- 3) corporation³⁹.

Розглянемо більш детально кожен із зазначених організаційних форм іноземних суб'єктів господарювання.

Sole proprietorship

В Україні такій формі іноземних суб'єктів господарювання, що на англійській мові іменується «sole proprietorship», відповідає така форма господарювання, як фізична особа-підприємець. Це така форма, де суб'єктом господарювання є одна фізична особа, яка сама від свого імені здійснює господарську діяльність, сама отримує доходи від такої діяльності та сплачує податки з цих доходів, і відповідає за своїми зобов'язаннями у повному обсязі усім майном, що належить їй на праві власності.

В багатьох країнах світу для того, щоб фізична особа почала діяти як sole proprietorship (укр. «фізична особа-підприємець»), така особа не підлягає державній реєстрації. Фізична особа стає автоматично sole proprietorship (укр. «фізична особа-підприємець») з того моменту, коли вона розпочала свою комерційну/підприємницьку діяльність (зробила витрати, пов'язані з господарською діяльністю, або отримала дохід).

Sole proprietorship (укр. «фізична особа-підприємець») може наймати працівників за відповідними трудовими договорами.

Треба зауважити, що на відміну від України, в економічно розвинутих країнах фізична особа-підприємець (англ. sole proprietorship) може вживати

³⁹ Rogers, Patricia J. Forms of Doing Business in the United States. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.moyewhite.com/mediacenter/articleview.aspx?ArticleID=6>.

торгове ім'я (тобто комерційне найменування), яке може не співпадати з його ім'ям та прізвищем як фізичної особи.

Partnership⁴⁰

Слово «partnership» перекладається на українську мову як «партнерство». Ця форма господарювання виникла за сторіччя до появи такої організаційної форми господарювання, як юридична особа (лат. *persona ficta*; англ. *artificial person*). Партнерства згадуються в зведенні законів Римської Імперії шостого сторіччя нашої ери *Corpus Juris Civilis* (відомому як Кодекс Юстиніана) під латинською назвою «*societas*»⁴¹.

В праві економічно розвинутих країн партнерство визначається як *«добровільне об'єднання двох або більше осіб, які мають майно у спільній власності і спільно здійснюють підприємницьку діяльність. Згідно з Уніфікованим Законом про партнерства партнерство утворюється тоді, коли певні особи укладають договір, за яким між ними пропорційно розподіляються доходи та збитки від спільної підприємницької діяльності»*⁴².

*«Партнерство є просто об'єднанням осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність під спільним найменуванням, а не юридичною особою, що існує окремо від своїх учасників. Наслідком цього є те, що податки з доходів, які отримує партнерство, сплачують безпосередньо партнери»*⁴³.

Партнерство (англ. *partnership*) створюється двома або більшою кількістю підприємців шляхом укладення ними між собою договору про партнерство (англ. *partnership agreement*). Договір про партнерство визначає тільки права і обов'язки партнерів по відношенню один до одного. Він не визначає права і обов'язки партнерів по відношенню до третіх осіб, тому договір про партнерство є внутрішнім, як правило, конфіденційним документом. Права і

⁴⁰ В цьому посібнику розглядаються тільки підприємницькі партнерства. Але існують і не підприємницькі партнерства, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

⁴¹ *Corpus Juris Civilis*. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

⁴² *Black's Law Dictionary. Seventh Edition.* - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – 1142 p.

⁴³ *Encyclopedia Britannica.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/445244/partnership>.

обов'язки партнерів (які в сукупності складають партнерство) по відношенню до третіх осіб як, правило, визначаються відповідним законом.

Можна виділити наступні характеристики (ознаки) партнерства (англ. partnership):

- партнерство є організаційною формою господарювання;
- партнерство є договірним об'єднанням підприємців, що утворюється для здійснення ними спільної комерційної (підприємницької) діяльності шляхом укладення договору про партнерство;
- партнерство не є юридичною особою в українському значенні цього слова. Зокрема, партнерство не має відокремленого майна (тобто не може мати майно на правах власності чи інших речових правах) та не є платником податків;
- партнерство має найменування і виступає як суб'єкт господарювання. Найменування партнерства складається із прізвищ усіх або кількох партнерів, під яким зобов'язаний здійснювати підприємницьку діяльність кожен з партнерів відповідного партнерства;
- учасники партнерства, тобто особи, що підписали договір про партнерство, називається партнерами (англ. partners)⁴⁴;
- кожен з партнерів обов'язково має здійснювати комерційну (підприємницьку) діяльність в рамках певного партнерства і зароблений ним дохід має надходити на рахунок партнерства;
- партнер не має права займатись будь-якою підприємницькою діяльністю поза межами партнерства;
- певна особа може бути партнером тільки одного партнерства;
- усе майно, що використовується партнерством для здійснення партнерами спільної комерційної (підприємницької) діяльності, належить усім партнерам на праві спільної власності, визначеної в договорі про партнерство. Майно передається у спільну власність партнерами при

⁴⁴ В Україні в діловій мові в різних обставинах часто використовують слово «партнер», але треба мати на увазі, що це слово є побутовим, бо право України, на відміну від права економічно розвинутих країн, не передбачає такої форми господарювання, як партнерство, та такого статусу підприємця, як партнер.

створені партнерства або стає спільним при його придбанні партнерством після його створення;

- партнерство має окремий рахунок/рахунки у комерційних банках;
- кошти від спільної підприємницької діяльності надходять на рахунок партнерства і після утримання витрат на ведення спільної комерційної (підприємницької) діяльності розподіляються між партнерами відповідно до договору про партнерство;

- партнерство не платить податку на прибуток підприємств (англ. corporate tax). В партнерстві доходи, що отримуються на його рахунок, не стають власністю партнерства, а відповідно до визначених в договорі про партнерство правил перераховуються партнерам, які в подальшому як фізичні особи-підприємці декларують ці доходи і сплачують з них податки;

- усі партнери мають нести витрати, пов'язанні з веденням спільної комерційної (підприємницької) діяльності (наприклад, кошти на утримання приміщень, в якому знаходиться партнерство, кошти на розміщення реклами партнерства тощо) у відповідності із договором про партнерство. Зазвичай ці витрати покриваються партнерами за рахунок утримання відповідної суми коштів, необхідної на спільні витрати, із тих коштів, що надходять на рахунок партнерства в якості плати за виконану партнерами роботу;

- усі партнери приймають участь в вирішенні справ партнерства. Для вирішення поточних питань щодо функціонування офісу партнерства тощо, як правило, обирається управляючий партнер (англ. managing partner) та/або відповідний комітет. Управляючий партнер не є начальником над іншими партнерами;

- кожен з партнерів без довіреності має право діяти від імені партнерства (укладати договори тощо) і, таким чином, зв'язувати зобов'язаннями усіх партнерів відповідного партнерства;

- в партнерстві діє принцип солідарної відповідальності. Тобто будь-який з партнерів може бути притягнутий третіми особами до майнової відповідальності за дії будь-якого іншого партнера, вчиненні таким

партнером в процесі здійснення ним спільної комерційної (підприємницької) діяльності, передбаченої відповідним договором про партнерство. Майнову відповідальність перед третіми особами за свої власні дії та за дії своїх партнерів партнер несе своїм майном. Порядок розподілу між партнерами відповідальності та витрат щодо ведення спільної підприємницької діяльності визначається в договорі про партнерство.

Законодавство економічно розвинутих країн, як правило, вимагає здійснювати професійну комерційну (підприємницьку) діяльність (до якої відноситься діяльність з наданням юридичних послуг, медичних послуг, інженерінгових послуг, бухгалтерських послуг тощо) тільки в рамках партнерства або ж як фізична особа – підприємець (англ. sole proprietorship).

Існує три форми партнерств:

1) general partnership, що з англійської на українську мову можна перекласти, як загальне або повне партнерство (надалі – «повне партнерство»;

2) limited partnership, що з англійської на українську мову можна перекласти, як обмежене партнерство;

3) limited liability partnership, що з англійської на українську мову можна перекласти, як партнерство з обмеженою відповідальністю.

Повне партнерство (англ. general partnership) має усі вище перелічені ознаки партнерства, але має і певні особливості, які відрізняють його від інших форм партнерств, до яких відноситься те, що:

- учасниками повного партнерства є тільки повні партнери (англ. general partners), тобто повні партнерства не мають вкладників (англ. limited partners);

- солідарна відповідальність усіх і кожного із партнерів за дії будь-якого партнера є повною. Це означає, що з партнера може бути стягнуто усе його майно: як те, що передано ним у спільну власність партнерства, так і будь-яке інше майно, що належить партнеру на праві власності, до повного погашення відповідного боргу, не обмежуючись будь-якими сумами.

Український законодавець йшов до створення в Україні такої організаційної форми господарювання, якою в економічно розвинутих країнах є повне партнерство (англ. general partnership), двома шляхами, але так і не досяг відповідного результату.

Першим шляхом було створення в Україні повних товариств. Так, в Законі України «Про господарські товариства», а згодом в Цивільному та Господарському кодексах України було передбачено таку організаційну форму господарювання, як повне товариство. Повне товариство має низку спільних з повним партнерством ознак. Наприклад, згідно з частиною 1 статті 124 Цивільного кодексу України *«учасники повного товариства солідарно відповідають за зобов'язаннями товариства усім своїм майном, на яке може бути звернене стягнення»*⁴⁵. Але принципова різниця між українським повним товариством та повним партнерством, що існує в економічно розвинутих країнах, полягає в тому, що український законодавець зробив повні товариства юридичними особами. Це потягнуло за собою виникнення і інших суттєвих відмінностей, які відрізняють повні товариства від повних партнерств, а до того ж цілу низку юридичних проблем щодо українських повних товариств.

Таким чином, до основних відмінностей, які відрізняють таку організаційну форму суб'єкта господарювання, як українське повне товариство від такої організаційної форми суб'єкта господарювання, що існує в економічно розвинутих країнах, як повне партнерство, відноситься наступне:

- українське повне товариство, на відміну від повного партнерства, є юридичною особою;

⁴⁵ До речі це положення українського законодавства про відповідальність учасників юридичної особи за зобов'язаннями даної юридичної особи вступає в суперечність з концепцією юридичної особи, що існує в економічно розвинутих країнах та і з самою ідеєю, заради якої людство створило інститут юридичної особи: розмежувати правосуб'єктність, в тому числі і відповідальність, учасників юридичної особи і самої юридичної особи.

- українське повне товариство, на відміну від повного партнерства, має відокремлене майно, що належить повному товариству, як юридичній особі, на праві власності, та відповідає цим майном за своїми зобов'язаннями;

- українське повне товариство, на відміну від повного партнерства, сплачує дивіденди;

- прибутки, отримані українським повним товариством, є власністю такого повного товариства і воно сплачує податки з цих прибутків. Тільки після сплати податків з прибутків повне товариство може у встановленому порядку розподілити чистий прибуток між учасниками повного товариства у вигляді дивідендів. Дивіденди також оподатковуються. Таким чином, в українському повному товаристві, на відміну від повних партнерств, прибуток зазнає подвійного оподаткування: 1) тоді, коли він отримується повним товариством, та 2) тоді коли він отримується партнерами у вигляді дивідендів. В повному партнерстві доходи, що отримуються на рахунок повного партнерства, не стають власністю партнерства, а відповідно до визначених в договорі про партнерство правил перераховуються партнерам, які в подальшому як фізичні особи-підприємці декларують ці доходи і сплачують з них податки;

- учасники українського повного товариства солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями повного товариства. Це означає, що у випадку, якщо повне товариство, як юридична особа, має борги, то в процесі стягнення цих боргів спочатку має бути звернене стягнення на майно повного товариства, а у випадку недостатності такого майна – на майно партнерів. В повному партнерстві за зобов'язаннями будь-якого з партнерів, вчинених ним в процесі здійснення спільної підприємницької діяльності, стягнення може звертатися за правилами солідарної відповідальності відразу на майно будь-якого або усіх партнерів.

Другим шляхом в напрямку формування в Україні такої організаційної форми господарювання, як повне партнерство, було запровадження інституту «простого товариства», визначеного в главі 77 Цивільного кодексу України.

Так, згідно зі статтею 1130 Цивільного кодексу України «1. За договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. 2. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників».

Українське просте товариство має низку характеристик, що роблять його, навіть більше, ніж повне товариство, схожим на повне партнерство (англ. general partnership). Проте, принциповою відмінністю українського простого товариства від повного партнерства (англ. general partnership) є те що українське законодавство (стаття 55 Господарського кодексу України, Державний класифікатор України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» ДК 002:2004 тощо) не визнає просте товариство суб'єктом господарювання. Звідси, українське просте товариство, на відміну від повного партнерства, не має найменування та не може від свого імені виступати суб'єктом господарських правовідносин.

Обмежене партнерство (англ. limited partnership), яке відрізняється від повного партнерства (англ. general partnership) тим, що в ньому крім повних партнерів (англ. general partners) є також партнери з обмеженою відповідальністю (англ. limited partners).

Партнери з обмеженою відповідальністю (англ. limited partners) вносять грошові вклади (інвестують) в обмежене партнерство шляхом купівлі його акцій. Акції обмежених партнерств можуть продаватися на фондовій біржі і, таким чином, обмежені партнерства відносяться до акціонерних товариств (англ. joint stock companies). В обмін на свої вклади партнери з обмеженою відповідальністю отримують частину прибутку партнерства у вигляді дивідендів. Партнери з обмеженою відповідальністю не несуть відповідальності за зобов'язаннями обмеженого партнерства та не мають права приймати участь в управлінні обмеженим партнерством.

Український законодавець йшов до створення в Україні такої організаційної форми господарювання, якою в економічно розвинутих країнах є обмежене партнерство (англ. limited partnership), шляхом створення в Україні командитних товариств. Так, в Законі України «Про господарські товариства», а затим в Цивільному та Господарському кодексах України було передбачено таку організаційну форму господарювання, як командитне товариство. Незвичне для української мови слово «командитне» було взято законодавцем з європейського права, де обмежене партнерство називається: німецькою - kommanditgesellschaft, а французькою - societe en commandite.

Командитним товариством в Україні є *«товариство, в якому разом з учасниками, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями товариства усім своїм майном (повними учасниками), є один чи кілька учасників (вкладників), які несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, у межах сум зроблених ними вкладів та не беруть участі в діяльності товариства....3. До командитного товариства застосовуються положення про повне товариство, якщо інше не встановлено цим Кодексом, іншим законом»*⁴⁶. Але принципова різниця між українським командитним товариством та обмеженим партнерством (англ. limited partnership, нім. kommanditgesellschaft, фран. - societe en commandite) полягає в тому, що український законодавець зробив командитні товариства юридичними особами. Це потягнуло за собою виникнення і інших суттєвих відмінностей, які відрізняють командитні товариства від обмежених партнерств (та цілу низку юридичних проблем щодо українських командитних товариств). Такі відмінності, власне, співпадають з зазначеними вище відмінностями, що існують між українськими повними товариствами та повними партнерствами (англ. general partnership) країн з розвинутою

⁴⁶ Стаття 133 Цивільного кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

ринковою економікою (як, наприклад, визначення командитних товариств платниками податку на прибуток підприємств тощо).

Партнерство з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership або limited liability company) має вищезазначені ознаки партнерства, але, як правило, усі його партнери несуть обмежену відповідальність за зобов'язаннями, які виникли з вини будь-якого іншого партнера такого партнерства. Розмір суми такої відповідальності визначається в договорі про партнерство.

Український законодавець йшов до створення в Україні такої організаційної форми господарювання, якою в економічно розвинутих країнах є партнерство з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership, або яку на англійській мові ще називають limited liability company), шляхом створення в Україні товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю. Проте, принциповою різниця між українськими товариствами з обмеженою відповідальністю та додатковою відповідальністю і партнерством з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership/limited liability company) полягає в тому, що український законодавець зробив і товариства з обмеженою відповідальністю, і товариства з додатковою відповідальністю юридичними особами. Це потягнуло за собою виникнення і інших суттєвих відмінностей, які відрізняють товариства з обмеженою відповідальністю і товариства з додатковою відповідальністю товариства від партнерств з обмеженою відповідальністю.

Треба зауважити, що в українських товариствах з обмеженою відповідальністю учасники, насправді, не несуть ніякої юридичної відповідальності за зобов'язаннями цих товариств, а в партнерствах з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership/limited liability company) учасники несуть юридичну відповідальність за зобов'язаннями цих товариств тільки ця відповідальність є не повною, як у учасників повних

партнерств (чи повних учасників обмежених партнерств), а обмежена певною сумою.

Також треба зауважити, що на відміну від українських товариств з додатковою відповідальністю в партнерствах з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership/limited liability company) обмежена певною сумою відповідальність учасників не є субсидіарною. Тобто кредитори партнерств з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership/limited liability company) звертають стягнення за боргами таких партнерств відразу на майно учасників, бо партнерства з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership/limited liability company) не є юридичними особами і не мають власного майна.

Таким чином, до основних відмінностей, які відрізняють таку організаційну форму суб'єкта господарювання, як партнерство з обмеженою відповідальністю або компанія з обмеженою відповідальністю (англ. limited liability partnership або limited liability company), що існує в економічно розвинутих країнах, від таких українських суб'єктів господарювання, як товариство з обмеженою відповідальністю та товариство з додатковою відповідальністю, відноситься наступне:

- партнерство (компанія) з обмеженою відповідальністю не є юридичною особою;

- партнерство (компанія) з обмеженою відповідальністю, як і будь-яке партнерство, не має статуту та діє на підставі відповідного договору про партнерство (англ. partnership agreement або operating agreement), в той час як українські товариство з обмеженою відповідальністю та товариство з додатковою відповідальністю діють на підставі статуту;

- партнерство з обмеженою відповідальністю не зобов'язано обирати виконавчі органи для управління своїми справами, як це має робитись в українських товариствах з обмеженою відповідальністю та товариствах з додатковою відповідальністю, а управляється безпосередньо партерами;

- партнерство з обмеженою відповідальністю не є платником податків та не сплачує дивідендів. В партнерстві з обмеженою відповідальністю доходи, що надходять на його рахунок, відповідно до визначених в договорі про партнерство правил перераховуються партнерам, які в подальшому як фізичні особи-підприємці декларують ці доходи і сплачують з них податки. Таким чином, в партнерстві з обмеженою відповідальністю, на відміну від українських товариств з обмеженою відповідальністю і товариств з додатковою відповідальністю, прибуток не зазнає подвійного оподаткування.

Corporation⁴⁷

Дослівно слово «corporation» перекладається на українську мову як «корпорація». В економічно розвинутих країнах під корпорацією (англ. corporation) мається на увазі *«організація (зазвичай господарська), що законом наділена правом діяти як окрема особа, відокремлена від своїх учасників, які володіють нею, і яка має права випускати цінні папери і існувати на протязі невизначеного проміжку часу»⁴⁸*. *«Найпростіший та зазвичай найбільш правильний спосіб розуміння корпорації – це розглядати її як істоту, існування якої є юридичною фікцією, тобто юридичну особу, що існує окремо від своїх власників чи інвесторів»⁴⁹*.

На відміну від українського законодавства, в якому можна нарахувати десятки організаційно-правових форм суб'єктів господарювання-юридичних осіб, в розвинутих країнах існує всього одна організаційно-правова форма суб'єктів господарювання-юридичних осіб – це корпорація (англ. corporation). Термін «корпорація» походить від латинського слова *corpus*, що по-українськи означає тіло, або особа⁵⁰. Тобто ключовим в терміні «корпорація» є те, що він означає окрему особу, тобто юридичну особу (лат. *persona ficta*; англ. *artificial person*). У зв'язку з цим термін «корпорація»

⁴⁷ В цьому посібнику розглядаються тільки прибуткові (підприємницькі) корпорації (англ. *for-profit corporations*). Але існують також і не прибуткові (не підприємницькі) корпорації (*not-for-profit corporations*), які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

⁴⁸ Black's Law Dictionary. Seventh edition. - St. Paul, Minn., - 1999 p. - 1738 p. – P.341.

⁴⁹ Hamilton, Robert W. The Law of Corporations. West Publishing Co.- St. Paul, Minnesota, 1987. – 515 p. – P. 1

⁵⁰ Handlin & Hefferan. Commercial Law. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hh-attorney.com/?page_id=56.

(англ. corporation) в праві розвинутих країн вживається синонімом терміну «юридична особа» (лат. persona ficta; англ. artificial person), а слово «інкорпорація» (англ. incorporation) українською означає державну реєстрацію юридичної особи.

Термін «корпорація», в сенсі підприємницької структури певної організаційно-правової форми, як і термін «корпоративне право» (англ. corporate law), в сенсі права, що регулює відповідні суспільні відносини, пов'язані з корпораціями, увійшли у міжнародний вжиток із права США, в якому корпорація є однією із організаційно-правових форм здійснення підприємницької діяльності. В інших країнах, хоча і існують організаційно-правові форми здійснення підприємницької діяльності, тотожні американським корпораціям, але називаються вони на мовах відповідних країн не корпораціями, а інакше. Так, наприклад, у Франції до організацій, що тотожні американським корпораціям, відносять організації, що на французькій мові називаються «Société anonyme», у ФРН - організації, що на німецькій мові називаються «Aktiengesellschaft» тощо.

Корпорація, як юридична особа, має статут (англ. corporate charter). Вона виступає у правовідносинах від власного імені і самостійно несе відповідальність за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, що належить їй на праві власності. В праві економічно розвинутих країн учасники корпорації не несуть відповідальності за зобов'язаннями корпорації. Статутний капітал усіх корпорацій поділений на частки рівної номінальної вартості, які в українському праві називаються акціями (англ. shares⁵¹). В корпоративному праві США до основних ознак, що відрізняють корпорації від організацій інших форм господарювання, відносять наступні ознаки: (1) статус юридичної особи (англ. legal personality), (2) обмежена відповідальність учасників (англ. limited liability), (3) оборотоздатність часток в статутному капіталі (англ. transferable shares), (4) делегування функцій

⁵¹ Треба відмітити, що в праві України терміни «частка» та «акція» мають різне значення. В праві економічно розвинутих країн немає якогось поняття, яке б було еквівалентне українському поняттю «акція». На англійську мову і «частка», і «акція» перекладаються як «share».

управління колективним управлінським структурам (англ. delegated management with a board structure). *«Фактично в усіх економічно розвинutih країнах законодавство передбачає створення підприємницьких організацій, що відповідають усім цим ознакам»⁵².*

Треба зауважити, що поняття «корпорація» існує також і в українському праві. Так, згідно зі статтею 120 Господарського кодексу України *«корпорацією визнається договірне об'єднання, створене на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, що об'єдналися, з делегуванням ними окремих повноважень централізованого регулювання діяльності кожного з учасників органам управління корпорації».* Таке визначення поняття «корпорація» майже немає нічого спільного з тим поняттям «корпорація» (англ. corporation), яке існує в економічно розвинutih країнах. В українському праві під корпорацією мається на увазі одна із багатьох організаційно-правових форм об'єднань підприємств, в той час, як в економічно розвинutih країнах корпорація власне означає юридичну особу. Пояснити таку суттєву різницю між розумінням поняття «корпорація» в економічно розвинutih країнах та в Україні, як і в низці пострадянських країн, можна наступними словами російського правознавця: *«Основи створення корпоративного права закладені в США багато десятиріч тому, в результаті чого сформувалась добре прилаштована до ринкових відносин законодавча база. В цілому корпоративне право США вплинуло не тільки на країни англосаксонського права, але й на країни континентального права, в тому числі на російське законодавство. Однак терміни та поняття англосаксонської системи права часто використовуються невдало, ...а уривки з іноземних законів включаються в тексти російських нормативних правових актів в недостатньо точному*

⁵² John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman. The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? Harvard Law School,- Cambridge, 2009/ - Р. 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_643.pdf

перекладі»⁵³. Це пояснення є справедливим і по відношенню до українського права.

Такий організаційній формі господарювання, що існує в економічно розвинутих країнах, як корпорація, в Україні відповідає така форма господарювання, як акціонерне товариство. Тому часто термін «corporation» перекладається з англійської мови на українську не дослівно, як «корпорація», а як «акціонерне товариство».

Усі розглянуті вище види іноземних суб'єктів господарювання, незалежно від того чи є вони юридичними особами, чи ні, в англійській мові охоплюється такими поняттями, як «firm» (укр. «фірма») або «enterprise» (укр. «підприємство»). До партнерства (англ. partnership) та до корпорації (англ. corporation), що складається з кількох учасників, в англійській мові може бути застосований термін «company» (укр. «компанія»).

Треба відмітити, що кількість фірм у формі sole proprietorship (укр. фізична особа-підприємець) та partnership (укр. партнерство) в економічно розвинутих країнах значно переважають кількість фірм, зареєстрованих у формі corporation (укр. юридична особа). Так, наприклад на 13 січня 2014 року в США нараховувалось 23 мільйони фірм, зареєстрованих у формі sole proprietorship (укр. фізична особа-підприємець), 7,4 мільйони фірм, зареєстрованих у формі partnership (укр. партнерство) та усього 1,7 мільйона фірм, зареєстрованих у формі corporation (укр. юридична особа)⁵⁴.

2.4. Право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності

Після того, як ми з'ясували те, що суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин можуть бути тільки українські суб'єкти господарювання (які в ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність» називаються «суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності») та іноземні суб'єкти господарювання, а

⁵³ Становление корпораций в России. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rbp.ru/4/1/144/>.

⁵⁴ Tax Foundation. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://taxfoundation.org/blog/us-has-more-individually-owned-businesses-corporations>.

також те, в яких саме організаційно-правових формах можуть існувати суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин, перед нами постають два пов'язаних між собою питання: 1) з якого моменту зазначені суб'єкти господарювання набувають право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності та 2) з якого моменту відповідні суб'єкти господарювання стають суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин?

Як уже зазначалось вище, з правової точки зору зовнішньоекономічна діяльність, як предмет правового регулювання, є суспільними відносинами, тобто зовнішньоекономічними правовідносинами. Підставою виникнення зовнішньоекономічних правовідносин є зовнішньоекономічний договір, і, таким чином, зовнішньоекономічні правовідносини виникають (або, іншими словами, зовнішньоекономічна діяльність починається) з моменту укладення відповідного зовнішньоекономічного договору. З огляду на це, говорячи про право суб'єкта господарювання на здійснення зовнішньоекономічної діяльності, ми маємо на увазі право такого суб'єкта на вступ у зовнішньоекономічні правовідносини, тобто право на укладення зовнішньоекономічних договорів.

Згідно з абзацом дванадцятим статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин є суб'єкти господарської діяльності України та іноземні суб'єкти господарської діяльності. Тому питання про право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності має два аспекти: 1) право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарської діяльності України, та 2) право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності іноземних суб'єктів господарської діяльності. В даному посібнику буде розглядатися лише перший аспект даного питання, тобто право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарської діяльності України, які в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» називаються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. Розглянуто буде саме цей аспект тому, що право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності

суб'єктів господарської діяльності України визначається законодавством України. Право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності іноземних суб'єктів господарської діяльності визначається законодавством не України, а тих країн, де зареєстровані ті чи інші іноземні суб'єкти господарської діяльності (а таких країн біля двохсот), і тому цей аспект даного питання нами розглядатися не буде.

Право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності (тобто право на свій розсуд вступати у зовнішньоекономічні правовідносини чи право укладати зовнішньоекономічні договори) мають будь-які суб'єкти господарювання України. Для того, щоб український суб'єкт господарювання почав здійснювати зовнішньоекономічну діяльність і, таким чином, став суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, не потрібно спеціального дозволу будь-якого державного органу чи органу місцевого самоврядування, або спеціальної державної реєстрації.

Право українських суб'єктів господарювання на здійснення зовнішньоекономічної діяльності закріплене у відповідних нормах Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та Господарського кодексу України.

Так, частина третя статті 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та частина 2 статті 377 Господарського кодексу України закріплюють принцип свободи зовнішньоекономічного підприємництва, що, зокрема, полягає у:

- праві суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності добровільно вступати у зовнішньоекономічні зв'язки;
- праві суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності здійснювати її в будь-яких формах, які прямо не заборонені чинними законами України.

Частина перша статті 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» передбачає, що, *«всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають рівне право здійснювати будь-які її види, прямо не заборонені законами України, незалежно від форм власності та інших ознак»*. Частина

третя та четверта статті 6 зазначеного закону передбачають, що «для підписання зовнішньоекономічного договору (контракту) суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності не потрібен дозвіл будь-якого органу державної влади, управління або вищестоящої організації, за винятком випадків, передбачених законами України. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають право укладати будь-які види зовнішньоекономічних договорів (контрактів), крім тих, які прямо та у виключній формі заборонені законами України».

Згідно з частиною другою статті 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» «фізичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність з моменту набуття ними цивільної дієздатності згідно з законами України. Фізичні особи, які мають постійне місце проживання на території України, мають зазначене право, якщо вони зареєстровані як підприємці». «Юридичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність відповідно до їх статутних документів з моменту набуття ними статусу юридичної особи».

У зв'язку з положенням українського законодавства, відповідно до якого «юридичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність відповідно до їх статутних документів»⁵⁵, виникає питання: чи може здійснювати зовнішньоекономічну діяльність певний український суб'єкт господарювання-юридична особа тільки у тому випадку, якщо право на її здійснення закріплене у статутних/установчих документах цього суб'єкту? Або, іншими словами, чи має право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність певний український суб'єкт господарювання-юридична особа у випадку, якщо в його установчих документах право на здійснення зовнішньоекономічної діяльності не передбачене? Це питання є дискусійним тому, що Національний класифікатор України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затверджений наказом Державного комітету

⁵⁵ Частина друга статті 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/959-12/print1393940496873112>.

України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11.10.2010 N 457, не передбачає такого окремого виду економічної (господарської) діяльності, як зовнішньоекономічна діяльність, і, таким чином, при державній реєстрації відповідної юридичної особи немає потреби зазначати в установчих документах такої юридичної особи зовнішньоекономічну діяльність, як предмет діяльності такої особи.

Також треба відмітити, що при наявності загального необмеженого права на здійснення зовнішньоекономічної діяльності для здійснення окремих зовнішньоекономічних операцій суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності може потребувати отримання спеціального дозволу від відповідних державних органів. Так, наприклад, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 24 грудня 2019 р. № 1109 «Про затвердження переліків товарів, експорт та імпорт яких підлягає ліцензуванню, та квот на 2020 рік» для здійснення в 2020 році такої зовнішньоекономічної операції, як експорт антрациту, суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності необхідно отримати відповідну ліцензію (тобто дозвіл).

Кабінет Міністрів України може встановлювати перелік товарів (робіт, послуг), експорт та імпорт яких здійснюються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності лише за наявності ліцензії. Порядок ліцензування експортно-імпортних операцій та види ліцензій визначаються законом.

Режим квотування зовнішньоекономічних операцій запроваджується у випадках, передбачених законом, чинними міжнародними договорами України, та здійснюється шляхом обмеження загальної кількості та/або сумарної митної вартості товарів, яка може бути ввезена (вивезена) за певний період. Порядок квотування зазначених операцій та види квот визначаються законом.

Інформація щодо введення режиму ліцензування або квотування публікується в офіційних виданнях у порядку, встановленому законом⁵⁶.

Вчинення певних зовнішньоекономічних операцій законодавством України забороняється. Так, наприклад, згідно зі статтею 17 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в Україні забороняється:

- експорт з території України предметів, які становлять національне, історичне, археологічне або культурне надбання українського народу, що визначається згідно із законами України;

- імпорт або транзит будь-яких товарів, про які заздалегідь відомо, що вони можуть завдати шкоди суспільній моралі, здоров'ю чи становити загрозу життю населення, тваринному світу та рослинам, або призвести до заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, якщо стосовно транзитних товарів не вжито необхідних заходів для запобігання такої шкоди;

- імпорт продукції та послуг, що містять пропаганду ідей війни, расизму та расової дискримінації, геноциду тощо, які суперечать відповідним нормам Конституції України;

- експорт природних ресурсів, які вичерпуються, якщо обмеження також застосовуються до внутрішнього споживання або виробництва;

- експорт та імпорт товарів, які здійснюються з порушенням прав інтелектуальної власності;

- експорт з території України товарів у межах виконання рішень Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй про застосування обмежень або ембарго на поставки товарів у відповідну державу.

Деякі зовнішньоекономічні операції можуть здійснюватись тільки спеціально уповноваженими на це державою суб'єктами господарювання. Так, наприклад, згідно зі статтею 20 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» виключно уповноваженими Україною як

⁵⁶ Стаття 381 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

державою суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності може здійснюватися експорт та імпорт озброєння, боєприпасів, військової техніки та спеціальних комплектуючих виробів для їх виробництва, вибухових речовин, ядерних матеріалів (включаючи матеріали у вигляді тепловипромінюючих зборок), технологій, устаткування, установок, спеціальних неядерних матеріалів та пов'язаних з ними послуг, джерел іонізуючого випромінювання, а також інших видів продукції, технологій і послуг, які в даний час використовуються при створенні озброєнь і військової техніки або становлять державну таємницю України, яка визначається законами України; дорогоцінних металів та сплавів, дорогоцінного каміння; наркотичних і психотропних засобів; експорт творів мистецтва і старовинних предметів з музейних фондів України. Призначення уповноважених суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які можуть здійснювати зазначені експорт та імпорт, і регулювання відповідних експортно-імпортних операцій належать до компетенції Кабінету Міністрів України, який має погоджувати свої рішення з відповідними Комітетами Верховної Ради України.

Суб'єкти господарювання, які здійснюють зовнішньоекономічну діяльність, згідно зі статтею 22 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» мають вести бухгалтерський та оперативний облік зовнішньоекономічних операцій, а також статистичну звітність, яку мають надсилати органам Державної статистики України.

Суб'єкти господарювання, які здійснюють зовнішньоекономічну діяльність, відображають цю діяльність та її результати у своїй річній фінансовій звітності окремо зазначеними показниками:

- у бухгалтерському балансі окремо виділяються кошти (активи), що знаходяться у зовнішньоекономічному обороті, - товари, документи, цінні папери, а також їх джерела (пасиви) - кредити, заборгованість, одержані прибутки тощо;

- у звіті про прибутки та збитки окремо відображаються виручка від зовнішньоекономічних операцій і відповідні витрати. У додатку (коментарі)

до річного фінансового звіту робляться необхідні пояснення щодо наведених показників зовнішньоекономічної діяльності.

У випадку необхідності захисту прав і законних інтересів держави та інших суб'єктів зовнішньоекономічної і господарської діяльності України право на здійснення певних зовнішньоекономічних операцій може бути обмежене.

Так, наприклад, у разі якщо інші держави, митні союзи або економічні угруповання обмежують реалізацію законних прав та інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України згідно зі статтею 29 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» у відповідь на такі дії Україною можуть застосовуватися такі заходи, як:

- застосування повної заборони (повного ембарго) на торгівлю;
- застосування часткової заборони (часткового ембарго) на торгівлю;
- позбавлення режиму найбільшого сприяння або пільгового спеціального режиму;
- запровадження спеціального мита;
- запровадження режиму ліцензування зовнішньоекономічних операцій;
- встановлення квот;
- інші заходи, передбачені законами та міжнародними договорами України.

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування не мають права втручатися в оперативну діяльність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, крім випадків, передбачених законом⁵⁷.

Україна як держава не несе відповідальності за дії суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності не несуть відповідальності за дії України як держави⁵⁸.

⁵⁷ Стаття 380 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

⁵⁸ Стаття 32 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/959-12/print1393940496873112>.

Укладачі:

Доцент кафедри фінансового права та фіскального адміністрування, кандидат юридичних наук **В.Н. Петрина.**

Професор кафедри фінансового права та фіскального адміністрування, кандидат юридичних наук, доцент **І.Г. Андрущенко.**