

КОМЕНТАР ДО ПРОЕКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ
«ПРО ОСНОВНІ ЗАСАДИ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ»

Внесений на розгляд Верховної Ради України проект Закону України «Про основні засади господарської діяльності» (реєстр. № 3060 від 19.08.2008 р., поданий Кабінетом Міністрів України) є, хіба що, єдиним у законодавчій практиці як України, так і інших країн, прикладом *деструктивного подолання* окремих недоліків одного базового закону, яким є Господарський кодекс України (далі – ГК України), розпорошеності норм, які регулюють відносини у сфері господарювання, та їх недосконалості, не шляхом *доопрацювання* зазначеного Кодексу та інших законів, а шляхом *прийняття* низки нових законів з руйнуванням всього того, що роками розроблялось, перевірялось, доводилось не одним поколінням вчених і практиків – фахівців у сфері господарювання, а також того, що визнано в багатьох як європейських, так і пострадянських країнах досягненням законотворення України.

Наведені в *Пояснювальній записці* до проекту Закону аргументи про необхідність відміни ГК України вже давно і неодноразово були спростовані фактично по кожній позиції, у тому числі на рівні докторських і кандидатських дисертацій, відповідними документами вищих судових органів, чималою кількістю публікацій фахівців тощо. Зазначені аргументи не містять нічого нового, крім переліку окремих недоліків, причиною появи яких є не наявність самого ГК (як це представлено авторами законопроекту), а небажанням або нездатністю відповідних органів за чотири роки внести відповідні зміни та доповнення чи розробити відповідні нормативно-правові акти, необхідність яких викликана постійними змінами законодавства України.

Практика застосування як Господарського, так і Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) свідчить саме про протилежне від того, що зазначено в Пояснювальній записці, а саме про необхідність узгодження лише незначної кількості норм обох кодексів з урахуванням предметів їхнього правового регулювання.

Крім того, аналіз судової практики застосування ГК України свідчить також і про те, що рівень захищеності прав суб'єктів господарювання суттєво зріс саме після вступу в дію цього кодексу, особливо при порушенні прав таких суб'єктів органами державної влади, порушенні умов здійснення господарської діяльності, невиконанні господарських зобов'язань тощо, а не навпаки, як стверджується у Пояснювальній записці.

Вищенаведене підтверджується наступними загальними зауваженнями.

По-перше, процедура підготовки і внесення на розгляд Верховної Ради законопроекту порушує вимоги частини 2 ст. 19 Конституції України про те, що органи державної влади зобов'язані діяти тільки на підставі, в межах повноважень у *спосіб*, які передбачені Конституцією і *законами* України. Повноваження Мін'юсту щодо підготовки і внесення пропозицій стосовно скасування ГК України чітко урегульовані Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». Відповідно до цього Закону Мін'юст має право внести відповідні пропозиції лише після відстеження результативності регуляторного акта, тобто здійснення заходів, спрямованих на оцінку стану впровадження регуляторного акта та досягнення цим актом цілей, задекларованих при його прийнятті.

Оскільки Мін'юст протягом 2004–2008 рр. моніторингу застосування ГК України й результатів його застосування не проводив, то ані економічного, ані юридичного обґрунтування законопроекту не має, а отже висновок у Пояснювальній записці про те, що ГК України не став кодифікованим нормативним актом у сфері господарювання, є безпідставним.

Це прямо слідує зі ст. 11 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», відповідно до якої перегляд регуляторного акта здійснюється на підставі аналізу звіту про відстеження результативності цього регуляторного акта, і тільки на його основі може прийматись рішення про зупинення дії регуляторного акта, про скасування чи про необхідність залишення цього регуляторного акта без змін або про його перегляд. Наразі за даними експертної правової системи «Нормативні акти України» посилення на ГК України зроблено у близько трьох тисячах нормативних документів, серед яких: 48 законів України, 6 міжнародних договорів і 5 міжнародних конвенцій, 5 указів Президента України, 24 постанови Кабінету Міністрів України, нормативні акти різних міністерств і відомств (понад 1300 актів), а також документи судової практики (понад 5500 рішень), у тому числі понад 500 рішень вищих судових органів (Конституційного, Верховного та Вищого господарського судів України).

Аналіз лише зазначених даних, навіть без урахування вже готових законопроектів (у тому числі і внесених Кабінетом Міністрів), свідчить саме про

протилює від того, що стверджується у Пояснювальній записці.

По-друге, основний аргумент щодо прийняття нового закону замість чинного ГК України, а саме «необхідність врегулювання відносин у сфері господарювання на якісно новому рівні», спростовується аналізом проекту Закону України «Про основні засади господарської діяльності», зміст якого, окрім деяких «новел», є дублюванням положень Господарського кодексу (див.: проект ст. 16, 18, 23 тощо), Цивільного кодексу (див.: проект ст. 3, 21 тощо), Законів України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» (див.: проект ст. 19), «Про захист економічної конкуренції» (див.: проект ст. 5, 17), «Про Кабінет Міністрів України» (див.: проект ст. 14), «Про народних депутатів» (див.: проект ст. 14) та багато інших. З цього слід висновок, що «врегулювання відносин у сфері господарювання на якісно новому рівні» — це дублювання (копіювання) окремих положень чинних законів, при цьому в основному — ГК України, за виключенням тільки тих його положень, які не влаштовують авторів проекту Закону, зокрема, щодо складу суб'єктів господарювання.

Тим самим порушується ще одна норма Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», а саме щодо недопущення прийняття регуляторних актів, які є непослідовними або не узгоджуються чи дублюють діючі регуляторні акти (ст. 5).

По-третє, представлений проект Закону не відповідає заявленому у Пояснювальній записці меті та основному завданню, а саме — «встановленню єдиних правил поведінки для всіх юридичних і фізичних осіб-підприємців у сфері господарської діяльності, а також внесенню системності та єдності у правове регулювання господарської діяльності», бо направлений на руйнування тієї самої єдності та системності правового регулювання у сфері господарювання, тобто руйнування вже визначених у ГК України основних засад господарювання в Україні, тих самих засад, які відповідно до предмету правового регулювання не можуть визначатись ЦК України. Це підтверджується і тим, що енциклопедичним є твердження, що кодифікація — є найбільш ефективний техніко-юридичний засіб консолідації, компактизації, систематизації, удосконалення законодавства, надання йому найбільш зрозумілої і зручної для застосування форми.

По-четверте, законопроект підготовлено фахівцями, яким невідомі законодавство та наука господарського права, що підтверджується неврахуванням тих положень господарського законодавства, правильність і доцільність застосування яких уже підтверджено практикою, у тому числі судовою, і не

викликає будь-яких проблем; крім того, відсутністю системного підходу, оскільки проект Закону порушує систему основних засад господарювання, закладену в діючому законодавстві, зокрема у ГК України, руйнує ключові поняття, положення, на яких ґрунтується така система, не пропонуючи нової системи, надаючи лише її фрагменти, хоча і претендуючи на встановлення основних засад; а також наявністю у законопроекті протиріч здобуткам науки господарського права як України, так і інших країн, якими неодноразово доводились необхідність і доцільність окремого правового регулювання господарських відносин і вносились конкретні пропозиції щодо такого регулювання, які, в основному, представлені у відповідному проекті Закону «Про внесення змін до Господарського кодексу України» від 23.11.2007 р. № 853 (цей законопроект був розглянутий Верховною Радою 25 березня 2007 р. і з урахуванням зауважень народних депутатів і Президента України знову направлений к доповіді на сесії Верховної Ради, але відізнаний з невідомих причин згідно з листом Кабінету Міністрів від 8 лютого 2008 р.).

Таким чином, прийняття зазначеного проекту Закону України «Про основні засади господарської діяльності» призведе до суттєвого розбалансування господарського законодавства, бо норми та термінологія ГК України за роки його дії широко використовуються в законодавчій і правозастосовній практиці органів державної влади, місцевого самоврядування, судових органів, суб'єктів господарювання, міжнародній практиці, в чому досить легко переконатись, якщо провести конкретний аналіз норм законопроекту.

Так, викладення у розділі I проекту Закону принципів господарювання не несе нормативного навантаження, оскільки містить окремі теоретичні узагальнення щодо основних засад господарської діяльності, викладених у розділі першому ГК України і навіть не охоплює всі конституційні основи правового господарського порядку, які узагальнено у ст. 5 ГК України.

Крім того, викладення окремих принципів (наприклад, вільного вибору видів господарської діяльності, предмета, контрагента договору та визначення умов договору, що не суперечать закону; відповідальності за неналежне виконання та невиконання умов договору відповідно до закону тощо) без будь-яких застережень (зокрема, див.: частина третя ст. 5 ГК, абз. 3 частини 1 ст. 6 ГК, частина перша ст. 19 ГК, частина перша ст. 45 ГК, ст. 49 ГК, ст. 179–180 ГК, частина друга ст. 193 ГК, ст. 219 ГК, частина друга ст. 224 ГК, ст. 235–237 тощо) буде сприяти найбільш розповсюдженім у сфері господарювання порушенням, а саме: невиконанню чи неналежному виконанню господарських зобов'язань,

здійсненню підприємницької діяльності без належних дозвільних документів, реєстрації тощо.

Доцільність застосування застережень у сфері господарювання, закріплених у ГК України (на відміну від сфери особистих майнових і немайнових відносин) вже підтверджена практикою їх застосування (у тому числі судовою) в Україні, а також є звичайною практикою регулювання відповідних відносин у більшості європейських країн, на що неодноразово зверталась увага в науковій літературі з господарського права.

Зміст *розділу II проекту Закону* суттєво звужує свободу підприємницької діяльності, зокрема щодо вибору організаційно-правової форми та виду суб'єкта господарювання, найбільш зручного для засновників, в межах визначених законом. На відміну від ст. 55 ГК України, в якій передбачено можливість існування трьох груп суб'єктів господарювання — юридичних осіб, а саме: (1) створених відповідно до ЦК України, (2) створених відповідно до ГК України і (3) створених відповідно до інших законів України, проект Закону передбачає можливість існування лише першої групи суб'єктів і встановлює вичерпний перелік суб'єктів господарської діяльності (ст. 6).

Більш того, запропонований перелік суб'єктів господарської діяльності суперечить відповідній концепції господарського права щодо таких суб'єктів, яка склалась десятки років потому і не була ніким спростована (більш того — неодноразово обґрунтована провідними вченими України, Росії та багатьох інших країн), а на практиці підтвердила свою дієвість. Це підтверджується значною кількістю діючих на сьогодні зазначених у ГК України суб'єктів господарювання, зокрема підприємств (приватних, об'єднань громадян, споживчої кооперації тощо).

Крім того, алогічним є використання поняття терміну «унітарне підприємство» за відсутності у проекті Закону будь-яких інших понять щодо видів підприємств, а також виключення можливості існування підприємств, що тепер існують (зокрема, підприємств з іноземними інвестиціями, дочірніх (корпоративних) підприємств; підприємств релігійних організацій, підприємств об'єднань громадян, підприємств споживчої кооперації тощо), створення яких (крім ГК України) передбачено низкою інших законів України; зокрема, за даними ЄДРПОУ станом на 1 січня 2008 р. в Україні зареєстровано 270331 приватне підприємство, 27708 колективних підприємств, 2323 іноземних підприємства, 21648 дочірніх підприємств, 4590 підприємств об'єднань громадян, 1167 підприємств споживчої кооперації, 1222 орендних підприємства.

До того ж, віднесення в частині третій ст. 10 проекту Закону до організацій закладів освіти, науки, культури, охорони здоров'я суперечить уста-

лений практиці та нормам багатьох діючих законів України, бо дотепер такі суб'єкти є установами (державні та комунальні) або товариствами (приватні), тим більш, що особа чи особи, що їх утворюють, не беруть участь в управлінні ними.

Також викликає заперечення та є необґрунтованим зміст частини четвертої ст. 11 проекту Закону, відповідно до якої пропонується «...*органи державної влади та органи місцевого самоврядування визнавати суб'єктами господарювання в тій частині їх діяльності, яка за своїм характером є господарською*». По-перше, це суперечить усталеним підходам до системи суб'єктів господарювання (підприємництва), що склалися як в Україні, так і в багатьох європейських країнах, тим більш за наявності права зазначених органів на створення товариств, які й мають бути суб'єктами господарювання. По-друге, на сьогодні зазначені органи не можуть здійснювати відповідно до частини 3 ст. 52 ГК України навіть некомерційну господарську діяльність і є лише носіями організаційно-установчих повноважень, тобто учасниками господарських відносин, а внесення настільки радикальних змін до їх статусу не слід з практики їхньої діяльності. По-третє, запропонований статус зазначених органів має співвідноситися із законами, що регулюють статус таких органів, в жодному з яких не передбачено їхнє право на здійснення господарської діяльності, тоді як здійснювати свою діяльність відповідно до Конституції України вони мають право лише в межах закону. По-четверте, надання можливості здійснення органами державної влади та місцевого самоврядування господарської діяльності суперечить призначенню, завданням і функціям таких органів, правовому режиму їх майна тощо.

Більш вдалим є підхід, який застосовується в законодавчій практиці, у тому числі у ГК України, коли в разі, якщо діяльність набуває характеру господарської, до неї застосовуються положення закону, якими регулюється господарювання. Тобто діяльність не визнається в цьому разі господарською (а тим більше, суб'єкти не стають від цього в якійсь частині іншими суб'єктами), а на відповідну діяльність розповсюджуються норми щодо правового режиму господарської діяльності (див.: наприклад, частина 3 ст. 52 ГК України).

В цілому цей розділ суперечить принципу забезпечення захисту прав всіх суб'єктів права власності та господарювання, що позбавляє їх рівності перед законом, закріпленому у ст. 13, та порушує ч. 5 ст. 116 Конституції України.

Зміст ст. 14 *розділу III проекту Закону* на відміну від ст. 42 ГК України не має нормативного навантаження, бо в такому вигляді є лише повтором відповідних норм Конституції.

Так, зміст частин третьої-сьомої ст. 14 проекту Закону не відповідає назві ст. 14 «Свобода підприємницької діяльності та її обмеження», бо йдеться в них про окремі особи, щодо яких відповідні заборони встановлено нормами Конституції, які мають пряму дію, а також окремими законами, тоді як назва цієї статті вказує на необхідність визначення в ній меж свободи підприємницької діяльності, які більш чітко визначено у ст. 6 і ст. 43 ГК України.

При цьому у ст. 14 проекту закону необґрунтовано розширено межі свободи здійснення підприємницької діяльності, зокрема органами державної влади та місцевого самоврядування, що суперечить відповідному діючому законодавству.

Не є коректним визначення в частині першій ст. 15 неприбуткової (некомерційної) господарської діяльності як такої, що здійснюється суб'єктами господарської діяльності, без мети одержання прибутку для досягнення економічних, соціальних та інших результатів, на відміну від правильного порядку слів у ст. 52 ГК України (див.: частина перша ст. 52 ГК України). Із запропонованої статті виходить, що якщо діяльність буде здійснюватись без мети одержання прибутку, але не для досягнення економічних, соціальних та інших результатів, то така діяльність буде прибутковою, тобто підприємницькою, тоді як це суперечить суті такої діяльності.

Крім того, зазначене визначення дає можливість тлумачити як некомерційну будь-яку діяльність будь-якого суб'єкта підприємницької діяльності з моменту, коли його підприємницька діяльність перестав здійснюватись з метою одержання прибутку, наприклад, через економічні ускладнення тощо. Це стає можливим через відсутність у визначенні некомерційної діяльності спрямованості (як це зроблено у ч. 1 ст. 52 ГК України) такої діяльності саме на досягнення економічних, соціальних та інших результатів у момент створення відповідних суб'єктів, а не у процесі здійснення ними діяльності.

Положення частини четвертої ст. 15 проекту Закону суперечать нормам як самого проекту (зокрема, ст. 2, 3, 13, 14 щодо самостійності та інших прав суб'єктів підприємницької діяльності), так і багатьом нормам діючих нормативно-правових актів України стосовно того, що *«кошти, отримані у результаті діяльності створюваних установами та організаціями суб'єктів підприємницької діяльності, спрямовуються на статутну діяльність цих установ та організацій»*. При цьому реалізація зазначеної норми означатиме абсолютну безглуздість існування створених суб'єктів підприємництва, бо імперативний характер зазначеного положення призведе до відсутності у них будь-яких коштів у складі їх майна, тобто грошей у національній та іноземній валюті, призначених для здійснення товарних відносин цих суб'єктів з інши-

ми суб'єктами, а також фінансових відносин відповідно до законодавства (див.: частина 5 ст. 21 проекту Закону), а отже, до неможливості здійснення підприємницької діяльності.

Запропоноване до розділу V проекту Закону визначення поняття «майно» ніякою мірою не відображає визначення майна саме у сфері господарювання, як це правильно зроблено у частині першій ст. 139 ГК України, бо це не будь-які речі чи майнові права і обов'язки (частина 1 ст. 21 проекту), а лише ті, що *виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів*. Таке уточнення є суттєвим з урахуванням абзацу другого частини першої ст. 19 проекту Закону (тепер це абз. другий частини третьої ст. 19 ГК України), відповідно до якого збереження і витрачання коштів і матеріальних цінностей суб'єктами господарських відносин — за станом і достовірністю бухгалтерського обліку і звітності — є однією із сфер державного нагляду (контролю).

До того ж частина друга та третя ст. 23 проекту Закону не відповідають назві цієї статті, бо йдеться в них про загальні положення щодо правового режиму майна суб'єктів господарської діяльності, а не про встановлення такого режиму в залежності від видів майна, як це зроблено в частині другій ст. 140 ГК України. До того ж джерела формування майна суб'єктів господарювання можуть розглядатись лише як одна зі складових такого режиму, а тому стаття про них мала б слідувати після визначення загальних засад щодо правового режиму майна у сфері господарювання (див.: ГК України).

Крім того, відсутність серед зазначеного розділу статті щодо правового режиму майна суб'єктів господарювання, в якій мали б бути визначені основні правові форми використання майна у сфері господарювання (право власності, право господарського відання, право оперативного управління; інші речові права, передбачені ЦК України; інші права відповідно до умов договору з власником майна, як це зазначено у ст. 133 ГК України), фактично без будь-яких підстав та обґрунтування призведе до необхідності зміни правового режиму майна державних і комунальних підприємств, господарських об'єднань і багатьох інших суб'єктів господарювання, а отже, до порушення права власності, бо власники (у тому числі територіальні громади та держава) можуть бути позбавлені такого права після прийняття проекту Закону, яке перейде до створюваних ними суб'єктів.

Це є суттєвим обмеженням майнових прав власника при створенні суб'єктів господарювання, який сьогодні (крім базових форм, визначених законом для окремих суб'єктів) має право самостійно обира-

ти правову форму використання майна для створюваних ним суб'єктів (див.: ст. 135 ГК України), оскільки іншими законами не передбачено наведених зараз у ГК України тих правових форм (крім власності), що використовуються у практиці господарювання багато років, і які слід вважати скоріше здобутком ніж недоліком нашого законодавства, бо ділком відповідають принципу забезпечення рівності та захисту прав усіх суб'єктів господарської діяльності.

Зауваження до інших розділів і статей проекту відсутні, бо вони фактично повторюють нині закріплені норми у Господарському кодексі України.

Вищенаведене вказує на те, що запропонований проект Закону направлено саме на збільшення прогалів у правовому регулюванні господарських відносин, які з'являються в результаті відміни Господарського кодексу України. Це неминуче призведе до системних погіршень у сфері господарської діяльності, зниження ділової активності суб'єктів господарювання та розвитку підприємництва і негативно вплине на утвердження правового господарського порядку в економічній системі України, тим самим не буде сприяти гармонізації її з іншими економічними системами. Така суттєва зміна у правовому регулюванні економічних відносин є не тільки загрозою національній безпеці власної країни, але є й об'єктивним показником нестабільності бізнесового середовища для інвесторів і партнерів з інших країн.

Проведений аналіз норм запропонованого проекту Закону є ще одним підтвердженням, що найбільш раціональним і доцільним на сьогодні є не заміна Господарського кодексу України декількома законами (на перший погляд таких законів має бути прийнято не два, як стверджується, а не менш 20), а внесення відповідних змін і доповнень як до Господарського, так і до Цивільного кодексів України з урахуванням предметів їхнього правового регулювання.

Загальний висновок:

Проект Закону України «Про основні засади господарської діяльності» (реєстр. № 3060 від 19.08.2008 р., поданий Кабінетом Міністрів України)

не відповідає дійсному стану господарського та іншого законодавства, не враховує судову та господарську практику, що склалась в останні чотири роки і має позитивні тенденції, містить пропозиції, що руйнують теоретичні та практичні напрацювання науки господарського права без будь-якого обґрунтування.

Крім того, процедура підготовки і внесення на розгляд Верховної Ради України законопроекту порушує вимоги частини 2 ст. 19 Конституції України про те, що органи державної влади зобов'язані діяти тільки на підставі, в межах повноважень у спосіб, які передбачені Конституцією і законами України (в частині невиконання вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»), а його зміст суперечить принципу забезпечення захисту прав всіх суб'єктів права власності та господарювання, що позбавляє їх рівності перед законом, закріпленому у ст. 13 Конституції України, та порушує частину 5 ст. 116 Конституції України.

Таким чином, найбільш раціональним на сьогодні є не заміна Господарського кодексу декількома законами, а внесення відповідних змін і доповнень як до Господарського, так і до Цивільного кодексів з урахуванням предметів їхнього правового регулювання. Зокрема, за доцільне внесення на розгляд Верховної Ради України вже доопрацьованого проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України» від 23 листопада 2007 р. № 853.

А.Г. Бобкова,

*д-р юрид. наук,
завідуюча кафедрою*

Донецького національного університету

О.О. Ашурков,

*канд. юрид. наук,
завідуючий відділом*

*Інституту економіко-правових
досліджень НАН України,
м. Донецьк*