

РОЗДІЛ 3

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

3.1. Поняття та загальні засади господарсько-правової відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності

Загальні засади відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності містить Закон «Про ЗЕД»

Згідно із ст. 32 Закону «Про ЗЕД» Україна як держава і всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності та іноземні суб'єкти господарської діяльності несуть відповідальність за порушення цього або пов'язаних з ним законів України та/або своїх зобов'язань, які випливають з договорів (контрактів), тільки на умовах і в порядку, визначених законами України. Держава не несе відповідальності за дії суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

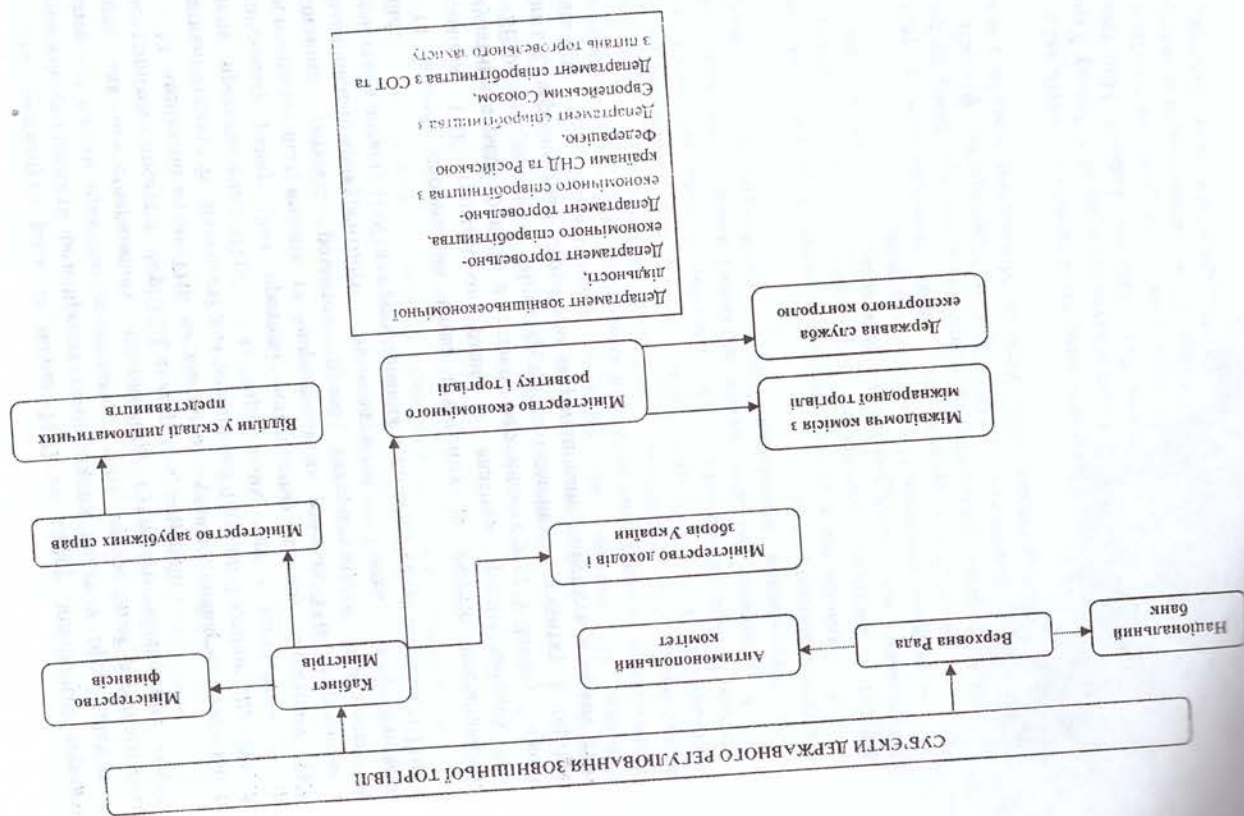
Зовнішньоекономічна діяльність, через яку країна, її національна економіка взаємодіє з досить інтенсивними і суперечливими світовими економічними процесами, потребує адекватного, потужного ефективного державно-правового реагування [152, с. 25]. Серед засобів такого реагування важливе місце займає правова регламентація господарсько-правової відповідальності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх контрагентів.

Для того, щоб визначити відповідальність у ЗЕД, слід зосередитися на особливостях, які притаманні тільки їй, оскільки категорія, що є об'єктом дослідження, має досить специфічні ознаки, які відокремлюють її від інших видів відповідальності за порушення правил здійснення господарської діяльності. Такі *особливості* правового регулювання відповідальності за правопорушення у зовнішньоекономічній діяльності містяться у характеристиках:

- 1) суб'єкта;
- 2) суб'єктивної сторони правопорушення;
- 3) об'єктивної сторони правопорушення;
- 4) юридичних актах, які є підставою для виникнення, зміни або припинення охоронних відносин у ЗЕД.

1. Специфіку відповідальності у ЗЕД відображає визначення **суб'єкта** правопорушення. Згідно із Законом про ЗЕД, якщо Україна бере участь у зовнішньоекономічній діяльності як суб'єкт такої діяльності, то вона несе відповідальність на загальних та рівноправних засадах з іншими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. Суб'єктів ЗЕД називає ст. 3 Закону про ЗЕД. Слід зазначити, що наведена норма не охоплює іноземних суб'єктів господарської діяльності, які здійснюють ЗЕД на території України. Іх, ст. 1 Закону про ЗЕД визначає як суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України.

А суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності в Україні є:



- фізичні особи, які постійно проживають на території України;

- юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України, 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;

- структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності;

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

Але аналіз положень Закону «Про ЗЕД» дозволяє дійти висновку, що ГК України «звужив перелік» суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності [153, с. 644].

З огляду на ст.ст. 55 та 378 ГК України суб'єктами зазначеної діяльності є:

1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦКУ, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГКУ, 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.

На сьогодні з переліку виключено осіб, які не мають статусу юридичної особи, а також інших суб'єктів, передбачених законами України. При чому серед останніх можна було побачити іноземних суб'єктів господарювання, бо наведений перелік визначав необмежений круг суб'єктів господарювання та не був вичерпним, на відміну від чинного законодавства. З цього слід зробити висновок, що згідно із ст. 35 «Відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності» Закону «Про ЗЕД» та ГК України за порушення господарського законодавства України при здійсненні зовнішньоекономічних операцій до відповідальності притягають лише національних суб'єктів господарювання, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку на території України, тобто резидентів. А іноземний суб'єкт господарської діяльності не охоплюється поняттям «суб'єкт ЗЕД».

Необхідно звернути увагу на ст. 14 Податкового кодексу України [154], згідно з якою іноземні компанії, організації, утворені відповідно до законодавства інших держав, їх зареєстровані (акредитовані або легітимовані) відповідно до законодавства України філії, представництва та інші відокремлені підрозділи з місцезнаходженням на території України іменуються нерезидентами. А прийнятий у 2012 р. Митний кодекс України № 4495-VI [155] (далі – МК України) до нерезидентів відносить відокремлені підрозділи іноземних юридичних осіб з місцезнаходженням на території України, які

здійснюють господарську діяльність відповідно до законодавства України (ст. 4). Жодна норма законодавства достатнім чином не відповідає на питання щодо статусу відповідних суб'єктів.

Заслугує на увагу думка В.К. Мамутова, що виключення філій та представництв із переліку суб'єктів господарювання призвело до небезпечних результатів у економіці. Це дало можливість здійснювати ряд тінювих операцій за допомогою незареєстрованих на місці їх діяльності структурних підрозділів (они зазначаються в документах тільки за місцем реєстрації юридичної особи, що ними керує). Крім того, юридична особа веде загальний облік фірми в цілому, що дозволяє їй не показувати в загальному обсязі прибутку рентабельних філій [156]. І. Щербак вважає, що особливої актуальності набувають проблеми, які розглядаються з урахуванням того, що самі іноземні юридичні особи позбавлені в Україні статусу суб'єкта ЗЕД. У зв'язку з цим єдиним варіантом підприємництва іноземних осіб в Україні слід вважати лише ту діяльність, яка здійснюється ними через відокремлені підрозділи (структурні одиниці) [157, с. 55]. Здійснення ЗЕД структурними одиницями юридичних осіб, створених за законодавством України, на сьогодні залишається нелегітимним, оскільки серед суб'єктів ЗЕД вони відсутні. При цьому вказані підрозділи фактично задіяні у зовнішньоекономічних операціях [158, с. 63].

Слід зауважити, що думка деяких науковців помилкова щодо меншої підприємницької свободи українських учасників ЗЕД у конкуренції з іноземцями, бо «представництва іноземних юридичних осіб не мають загального статусу суб'єктів господарювання, але мають спеціальний – суб'єктів ЗЕД», на відміну від українських представництв, які «не мають жодного статусу за господарським законодавством. Порядком застосування норм у колегії можна вирішити як співвідношення загальних і спеціальних норм, тобто розширення кола суб'єктів ЗЕД відбувається за рахунок учасників зовнішньоекономічних відносин, які вказані в Законі «Про ЗЕД», але відсутні у ГК України» [159, с. 104]. Оскільки на сьогоднішній день перелік суб'єктів ЗЕД у ГК є обмеженим, на нашу думку, національні та іноземні структурні одиниці, що зареєстровані на території України, мають рівний статус та права. Але головним є не суперечки про визначення зазначених підрозділів, а регулювання проблеми правового забезпечення їх діяльності.

Насправді важливим є той факт, що статус іноземного суб'єкта господарської діяльності іноді має і відокремлений підрозділ такого суб'єкта, який зареєстрований на території іншої держави та вступає у взаємини із українським суб'єктом господарювання. Перш, ніж намагатися надати статус підрозділам, треба визначити статус самого іноземного суб'єкта господарювання. Отже, норми українського законодавства, що встановлюють права, обов'язки, гарантії, захист та відповідальність суб'єктів ЗЕД, не поширюються на іноземного суб'єкта господарської діяльності.

Звичайно ж санкції, що є засобом відповідальності у ЗЕД, можуть накладатися на іноземного суб'єкта господарювання, але у законодавстві з цього приводу містяться певні недоліки. Згідно із ст. 37 Закону «Про ЗЕД» за

2. **Суб'єктивна сторона правопорушення**, за яке суб'єкт господарювання притягується до відповідальності, також має свої особливості.

Учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх належних від нього заходів для недопущення господарського порушення.

Суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Не вважаються такими обставинами, зокрема, порушення зобов'язань контрагентом суб'єкта ЗЕД, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів. Крім того, ГК України дозволяє сторонам у контракті передбачити інше.

Згідно зі ст. 79 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. [163] сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого із своїх зобов'язань, якщо доведе, що воно було викликано перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди чи її наслідків. Пунктом 4 або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків. Пунктом 4 зазначеної норми передбачено, що сторона, яка не виконує свого зобов'язання, повинна повідомити іншу сторону про перешкоду і про її вплив на її здатність здійснити виконання. Якщо це повідомлення не отримане іншою стороною протягом розумного строку (після того, як про цю перешкоду стало чи повинно було стати відомо контрагенту), то сторона, яка не виконує своє зобов'язання, несе відповідальність за збитки, які є результатом того, що таке повідомлення не було отримане.

Судячи з наведеного, відповідальності перед контрагентом можна було б уникнути, якщо повідомлення про перешкоду здійснення зобов'язання за контрактом було зроблено вчасно, тобто «протягом розумного строку». Адже сторони можуть вказати у контракті, що неповідомлення або несвоєчасне повідомлення про перешкоду здійснення зобов'язання (тимчасове зупинення ЗЕД) або інші форс-мажорні обставини не звільняє від відповідальності.

«Відповідальність у строгому значенні цього поняття неможлива без конкретних несприятливих наслідків для винної особи» [164, с. 94], але доволі часто на практиці суб'єкт ЗЕД притягається до відповідальності за проведення ним дій, які відбуваються без його вини. Наприклад, до відповідальності притягується український суб'єкт господарської діяльності, коли зобов'язання перед ним не виконує його іноземний контрагент. Такі випадки трапляються при неосдержанні валютної виручки або неотриманні її в повному обсязі резидентом (згідно із Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 р.).

порушення цього закону або пов'язаних з ним законів України до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності або іноземних суб'єктів господарської діяльності можуть бути застосовані такі спеціальні санкції: накладення штрафів у випадках несвоєчасного виконання або невиконання суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності своїх зобов'язань згідно з законами України; індивідуальний режим ліцензування або тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності.

Важливим є той факт, що санкції самі по собі є засобом, за допомогою якого *правопорушник* притягується до відповідальності при здійсненні правопорушення. А з наведеного переліку спеціальних санкцій, особливо останніх двох, можна побачити, що до відповідальності притягуються суб'єкти господарювання і без наявності факту здійснення правопорушення.

На увагу заслуговує сприйняття відповідальності як застосування до *правопорушника* встановлених законом або договором санкцій [160]. Або таке: «правова відповідальність – це охоронні, породжені правопорушенням правовідносини, змістом яких є санкція, у стані, що випливає внаслідок активізації зобов'язку *правопорушника*, як наслідок активізації права (повноваження) управленої сторони» [161, с. 6].

Традиційно в юридичній літературі правова відповідальність трактується як зобов'язок особи відповідати за скоєне правопорушення. Але зазначене поняття вказує лише на суб'єктний аспект юридичної відповідальності. Слід зазначити, що ЗЕД – це настільки специфічна сфера господарської діяльності, санкції у якій (при певних випадках) застосовуються до особи, яка не скоює правопорушення.

Також до відповідальності притягують за дії суб'єкта ЗЕД та/або дії його іноземного контрагента, які можуть зашкодити інтересам національної безпеки економіки країни (ст. 37 Закону «Про ЗЕД») або які можуть призвести до порушень міжнародних зобов'язань України (Положення про порядок застосування до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону «Про ЗЕД» [162], затверджене наказом Міністерства економіки України від 17.04.2000 р. № 52). Слід зауважити, що наслідки таких дій можуть і не настати. Це свідчить про відсутність причинно-наслідкового зв'язку у об'єктивній стороні правопорушення у ЗЕД, за яке відповідну особу притягають до відповідальності.

Зазначеними діями може бути здійснення експорту або імпорту товарів, що є основною діяльністю суб'єкта господарювання. Але зазвичай від економічного стану країни, у певних випадках, держава може забороняти здійснення такої зовнішньоекономічної діяльності.

Отже, при тлумаченні «відповідальності» у ЗЕД слід уникати слова «правопорушник», бо суб'єкт господарювання, до якого застосовуються санкції як заходи захисту, не завжди порушує законодавство або умови договору (контракту).

З огляду на чинне законодавство, сучасне регулювання зовнішньоекономічної діяльності свідчить про існування підстав притягнення суб'єктів ЗЕД до відповідальності без наявності вини. А особливістю реалізації господарсько-правової відповідальності суб'єктів ЗЕД є перетворення презумпції вини на незаперечний факт, виходячи з неправильної оцінки ризиків, пов'язаних з вибором партнерів при здійсненні зовнішньоекономічних операцій.

3. Зміст об'єктивної сторони правопорушення у ЗЕД, як і кожного іншого правопорушення, розкривається через специфіку дій, які здійснює суб'єкт ЗЕД. Тобто, щоб визначити відповідальність суб'єкта господарювання у операції, слід дослідити його протиправні дії та їх наслідки.

Відповідно до ст. 218 ГК України підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин, яким є і суб'єкт ЗЕД, буде здійснене ним правотворення в сфері господарювання.

[illegible][illegible]

Дев'ять авторів під юридичною відповідальністю розуміють обов'язок винести суб'єктом господарювання, про що вже було зазначено вище.

Значення цієї статті полягає в тому, що вона визначає правову базу для здійснення правосуддя у сфері господарства. Вона є основою для розв'язання питань, пов'язаних з порушеннями прав та інтересів учасників господарської діяльності.

Важливою особливістю цієї статті є те, що вона не містить жодного слова про те, хто саме повинен нести відповідальність за порушення прав та інтересів учасників господарської діяльності. Це означає, що відповідальність за порушення прав та інтересів учасників господарської діяльності несе той, хто порушив ці права та інтереси.

Важливою особливістю цієї статті є те, що вона не містить жодного слова про те, хто саме повинен нести відповідальність за порушення прав та інтересів учасників господарської діяльності. Це означає, що відповідальність за порушення прав та інтересів учасників господарської діяльності несе той, хто порушив ці права та інтереси.

відповідальності [17], с. 883].
Наведене не можна цілком віднести до відповідальності у ЗЕД, бо відповідальність для суб'єкта позбавлення у зовнішньоекономічній сфері, та й у внутрішньоекономічній, здійснюється і без наявності відповідних дій товарно-привної взагалі. Бездіяльність суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності та/або внутрішньоекономічної діяльності також являється однією з ознак об'єктивного порушення контрагента та/або порушення у зазначеній діяльності. Отже, відповідальності за порушення як за протиправні дії, так і за бездіяльність зазначених суб'єктів. Це охоплюється загальним поняттям «діяння». Так, згідно із Законом України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у сфері зовнішньоекономічної діяльності» (в редакції на момент написання тексту закону) [172] від 25.12.1998 р. суб'єкт, що імпортує товар за бартерним контрактом, повинен нести його на митну територію України не пізніше 90 днів з моменту оформлення товарів, фактично експортованих

Д. Лук'янець зазначав, що нести господарсько-правову відповідальність особа, *винна* у вчиненні відповідного правопорушення, а може тільки санкції – тільки особа, наділена відповідними юрисдикційними повноваженнями. До того ж, несення відповідальності є наслідком застосування санкцій і проявляється в реалізації обов'язку особи, *винної* у вчиненні правопорушення, зазнавати обмежень особистого, майнового чи організаційного характеру [165, с. 10]. Слід зауважити, що презумпція *вини* та особливості її визначення як характерні ознаки господарсько-правової відповідальності вже неодноразово були об'єктом наукових досліджень [166, с. 52].

Щодо учасників господарських відносин ч. 2 ст. 218 ГК України визначає досліджень [166, с. 52].

Щодо умов настання господарсько-правової відповідальності. Але, що стосується господарювання, які здійснюють господарську діяльність, на власний ризик, ГК України встановлена відповідальність без винятку, яка спочатку застосовувалася до цивільного права, а на сучасному етапі існує як загальне правило, що притаманно господарським відносинам [167, с. 373]. У даному випадку знаходить своє відображення так зване «правило ризику», яке спочатку застосовувалася до цивільного права, а на сучасному етапі існує як загальне правило, що притаманно господарським відносинам [167, с. 373].

Теорія Рікмана знайшла свій етап існує як самостійна наука в сучасному світі. Вона є важливим елементом відносин між економікою та суспільством. Теорія Рікмана є необхідним елементом теорії економіки кожної країни, яка може бути використана для розв'язання проблем економіки. На думку прихильників цієї теорії, кожний, хто вирішив зайнятися підприємництвом, повинен нести ризик шкоди, яка може винести з нього. Іншими словами, підставою відповідальності є діяльність підприємця. Іншими словами, підприємство повинно відповідати за свою діяльність. Іншими словами, підприємство повинно відповідати за свою діяльність. Іншими словами, підприємство повинно відповідати за свою діяльність.

(контракти)

[168 с. 320-322].

[illegible]

зовнішньоекономічних та А.Д. Болотова визначали умови (особливості) законодавства контрагентів. Д.Х. Липницький та А.Д. Болотова визначали умови (особливості) законодавства контрагентів. Д.Х. Липницький та А.Д. Болотова визначали умови (особливості) законодавства контрагентів.

за бартерним договором. За порушення строків ввозу товарів (робіт, послуг), тобто за бездіяльність суб'єктів ЗЕД, передбачена санкція – пеня за кожний день прострочення у розмірі 0,3% вартості неоплачених товарів (робіт, послуг).

З аналізу наведеної норми слід зробити висновок, що пеня стягується з вітчизняного суб'єкта господарювання, навіть якщо прострочення ввозу товару відбувається через його іноземного контрагента – імпортера. У такому випадку суб'єкт ЗЕД є постраждалою стороною, бо на собі відчуває негативні наслідки у вигляді неотримання товару. Наведене слід вважати недоліком правового регулювання відповідальності у ЗЕД, що потребує більш детальної регламентації, яка відіграє значну роль для підтримки національного товаровиробника на міжнародному ринку.

4. Юридичні акти, на підставі яких здійснюється притягнення суб'єктів ЗЕД до відповідальності, потребують додаткового аналізу.

Господарсько-правова відповідальність ґрунтується на певних правових підставах. Це «нормативні підстави, тобто сукупність норм права щодо відповідальності учасників господарських відносин» [173, с. 373].

Багато науковців досліджують відповідальність, до якої повинні притягуватися суб'єкти господарювання лише згідно із державними актами. Тобто підставою для відповідальності суб'єкта ЗЕД є, насамперед, охоронна норма права, що міститься в ГК України, Законі «Про ЗЕД», інших законодавчих та підзаконних актах, які регулюють зазначену сферу діяльності. Але у ЗЕД заходи для належного здійснення зовнішньоекономічного зобов'язання застосовуються не тільки державними органами, а ще і стороною за зовнішньоекономічним контрактом.

Оскільки сторони зовнішньоекономічного договору (контракту) по суті є суб'єктами господарювання і, відповідно, учасниками господарських відносин, то на них поширюються загальні засади майнової відповідальності за порушення у сфері господарювання з урахуванням особливостей укладення договорів [174, с. 75].

Ст. 7 Закону про ЗЕД зазначає, що регулювання ЗЕД може здійснюватися самими суб'єктами ЗЕД на підставі *відповідних координаційних угод*, які укладаються між ними. Також, наведена норма зазначає, що регулювання ЗЕД здійснюється за допомогою як *законів України*, так і *угод*, що укладаються між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, які не суперечать законам України. Відповідно, і порядок притягнення до відповідальності за порушення умов здійснення договору (контракту) одним із суб'єктів регулюється цим договором.

На особливу увагу заслуговує арбітражна угода, яку сторони укладають при визначенні компетенції міжнародного комерційного арбітражу, у випадку виникнення в майбутньому спорів та протиріч виконання зобов'язань між зовнішньоекономічним договором (контрактом) [175, с. 88; 176, с. 177; 177, с. 65; 178, 179, с. 91–92; 180; 181, с. 28]. Важливим є той факт, що «угода про застосування права» не є зовнішньоекономічною угодою [182], але вплив на вирішення спірних питань між контрагентами за зовнішньоекономічним

договором (контрактом) та притягнення до відповідальності порушника зовнішньоекономічного зобов'язання, слід визнати достатньо ватомим. За період 2007–2008 рр. у Міжнародний комерційний арбітражний суд (далі – МКАС) при ТПП надійшло МКАС надійшло 650 справ із 66 країн [183, с. 6]. За період з 01.01.2011 р. по 31.12.2011 р. до провадження у МКАС було прийнято 406 справ, що на 27 спорів більше, ніж у 2010 р. Сторони за справами, прийнятих до МКАС в 2011 р., були з 58 країн, в тому числі з 49 країн дальнього зарубіжжя, 8 країн СНД [184].

Статтею 35 Закону «Про ЗЕД» передбачено, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності несуть відповідальність у видах та формах, передбачених цим Законом, іншими законами України, та/або зовнішньоекономічними договорами (контрактами).

Отже, притягнення до відповідальності у ЗЕД здійснюється не тільки за допомогою державного примусу, а ще і стороною на основі договору, який був економічно укладений цією стороною та його контрагентом, що також передбачає охопити для повного та об'єктивного тлумачення категорії, яка досліджується.

Відповідальність при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності, згідно з договором (контрактом), як вже зазначалося, не тільки може застосовуватися відповідно до законів України (ст. 32 Закону «Про ЗЕД»), а ще згідно з *міжнародними правилами*, правом іншої країни, що сторони самостійно обрали. Крім того, в договорі (контракту), що регулюється нормами іноземного законодавства контрагента, можуть передбачатися *правові звичаї певної країни* та *норми прикладного права*, що не вважається джерелом права в Україні. Це означає, що правила міжнародної торгівлі та порушення договірних зобов'язань суб'єктів ЗЕД визначаються також нормами міжнародних угод.

Також суб'єкти ЗЕД при складанні тексту зовнішньоекономічного договору мають право використовувати відомі *міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організації*, якщо це не заборонено прямо та у спеціальній формі цим та іншими законами України.

Відповідно до ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, *звичай ділового обороту, звичаїв розумності та справедливості*.

Порівнявши підстави відповідальності суб'єктів ЗЕД (комерційні правила, звичаї, міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та договори), типичні ділового обороту, вимоги розумності та справедливості, та ст. 35 Закону про ЗЕД, можна передбачити зовнішньоекономічними контрактами (договорами), а також встановити як «правила комерційної торгівлі», перелік яких не може бути повним.

Отже, юридичними актами, що виступають підставами притягнення суб'єктів ЗЕД до відповідальності, є зовнішньоекономічний договір (контракт) та/або державні акти (акти національного законодавства, міжнародні акти та/або

законодавство іноземних держав, якщо воно обрано контрагентами та про це є договірна домовленість між ними).

Результат проведеного дослідження теоретичних засад застосування заходів відповідальності в сфері ЗЕД свідчить, що відповідальність суб'єктів господарювання у галузі ЗЕД є, перш за все, господарсько-правовою, з притаманними їй специфічними ознаками, особливостями та винятками із загальних правил (норм), що дозволяє визначити досліджену категорію серед інших видів відповідальності залежно від інститутів господарського законодавства.

Загальні засади та особливості притягнення до господарсько-правової відповідальності у ЗЕД полягає у тому, що застосування її заходів передбачає несприятливі майнові або організаційно-примусові наслідки для суб'єкта ЗЕД або іноземного суб'єкта господарської діяльності, який не завжди здійснює правопорушення, тобто відсутні такі елементи складу правопорушення як вина, протиправні діяння суб'єкта та негативні наслідки, на відміну від інших видів відповідальності, де сукупність всіх зазначених елементів обов'язкова.

Аналіз господарського законодавства і судової практики свідчить про складність виявлення та визначення форми, виду та розміру відповідальності, до якої притягують за конкретне правопорушення [185, с. 29]. Такі труднощі частіше за все виникають при визначенні відповідальності за правопорушення суб'єктами господарювання в ЗЕД, якій притаманні транснаціональні ознаки, що виділяють серед інших видів господарської діяльності та, відповідно, потребують більш чіткої правової регламентації. Згідно із Законом «Про ЗЕД» у сфері зовнішньоекономічної діяльності застосовується майнова та кримінальна відповідальність, про що є посилення у наукових дослідженнях, що, на нашу думку, не є об'єктивним.

Форма відповідальності суб'єктів господарювання у ЗЕД потребує більш детального дослідження та пояснення. Бо Законом про ЗЕД зазначені тільки майнові (матеріальні) санкції та, відповідно, і майнова форма відповідальності.

В.С. Щербина стверджує, що відповідальність суб'єктів господарювання «цілком є матеріальною і застосовується у формі певної системи майнових (економічних) санкцій, передбачених або дозволених нормами господарського законодавства. Господарюючі суб'єкти як організації можуть нести лише матеріальні витрати як відповідальність» [186, с. 145]. Н. Ненюк зазначає, що відповідальність у ЗЕД називають заходи не тільки майнового характеру (штраф, вилучення прибутку, стягнення зборів), а й організаційно-правового характеру (анулювання ліцензії, обмеження діяльності суб'єкта тощо), спрямовані на запобігання та припинення правопорушень, а за необхідності й застосування певних стягнень у вигляді необхідних наслідків для правопорушника [187, с. 57]. На увагу заслуговує визначення господарсько-правової відповідальності, під якою О.М. Вінник розуміє майново-організаційні заходи впливу на економічні інтереси учасників господарських правовідносин [188, с. 386]. Наведене свідчить про те, що майнова відповідальність, яка передбачена ст. 33 Закону «Про ЗЕД», не

охоплює всі заходи відповідальності, що застосовуються до суб'єктів господарювання у ЗЕД. Майнова відповідальність, що має прояви через застосування майнових санкцій, є лише однією складовою господарсько-правової відповідальності.

Судячи з наведеного, майнова відповідальність має місце, якщо її застосування призводить до матеріальних витрат (наприклад, стягнення штрафів), які є обов'язковим засобом примусу суб'єкта ЗЕД державою згідно із законом. Якщо такий захід міститися тільки у контракті, він вважається засобом впливу стороною за договором, та завжди спрямований на захист майнових прав контрагентів.

Але тут проявляється дуалістична природа санкцій. З одного боку, у ст. 317 ГК України господарські санкції зазначені як правовий засіб господарської відповідальності в галузі господарювання, такими визначаються заходи впливу на правопорушника, у результаті здійснення яких для нього настають несприятливі економічні та/або правові наслідки. З іншого — застосування таких санкцій є засобом захисту прав суб'єктів господарювання. Таким чином, для правопорушника застосування таких санкцій має ознаки господарсько-правової відповідальності, а для потерпілої сторони від правопорушення суб'єкта господарювання — засіб захисту прав та економічних інтересів [189, с. 53].

Отже, відповідальність у ЗЕД має не тільки майновий характер, а ще й організаційно-примусовий. Майновий характер, з огляду на ст. 33 Закону про ЗЕД, проявляється у застосуванні матеріальної (майнової) форми відповідальності, тобто у формі матеріального відшкодування прямих, побічних збитків, упущеної вигоди, матеріального відшкодування моральної шкоди, а з огляду на ГК України — у формі матеріального відшкодування прямих, побічних (втраченої вигоди) збитків, а саме майнових санкцій.

Законодавцем передбачена господарсько-правова відповідальність, що охоплює правосуб'єктність правопорушника — суб'єкта ЗЕД. Заходи такої відповідальності передбачені задля того, щоб звести до мінімуму правопорушення у сфері ЗЕД, усунення умов, що породжують відповідні правопорушення, досягнення у незаконний спосіб позитивних економічних результатів [190, с. 157]. Наведені ознаки господарсько-правової відповідальності у ЗЕД мають прояви через певні адміністративно-господарські заходи (господарсько-організаційного характеру), що застосовуються з боку органів державної влади, та оперативного-господарські санкції (ст. 235 ГК України), які встановлюються контрагентами у запобіганні скоєння правопорушення та належного виконання умов контракту. Така форма господарсько-правової відповідальності характеризується суттєвими відмінностями порівняно з відповідальністю у майновій (матеріальній) формі, що застосовується за невиконання або неналежне виконання зовнішньоекономічних контрактів.

Ознаки за характером спрямування заходів господарсько-правової відповідальності у ЗЕД можуть бути не тільки майновими, а ще й

організаційно-правовими (з огляду на застосування у зазначеній діяльності оперативного-господарських та адміністративно-господарських санкцій, які відповідно супроводжуються примусом з боку контрагента або держави), то слід визнати ще одну форму відповідальності у зовнішньоекономічній діяльності, а саме, — *організаційно-примусову*.

Потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. Загальним принципом: цієї відповідальності є державна забезпеченість застосування передбачених договором чи законом майнових або інших господарських санкцій. Посадження майнових та організаційно-примусових засобів за порушення господарського законодавства учасниками зовнішньоекономічних відносин слід вважати господарською відповідальністю.

Господарською відповідальністю є настання несприятливих майнових наслідків (стягнення збитків, штрафу тощо) при порушенні правил функціонування господарського механізму, які встановлюються державними органами в інтересах держави або сторонами в договорі [191, с. 6]. Таке визначення дослідженої категорії не є об'єктивним. Звичайно, майнова відповідальність має значення при порушенні зовнішньоекономічного законодавства, але:

по-перше, вона може застосовуватися при порушенні будь-яких норм законодавства при здійсненні зовнішньоекономічних операцій (господарського, адміністративного, навіть кримінального тощо). Бо відповідальністю вважається застосування до правопорушника встановлених законом або договором санкцій, внаслідок чого він зазнає майнових втрат;

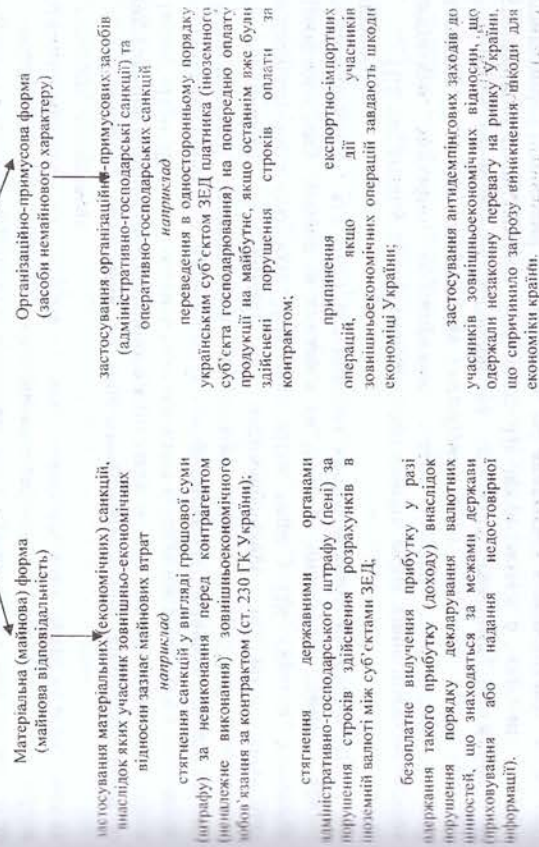
по-друге, вона застосовується у вигляді (формі) майнових санкцій, які у законодавстві вживаються як тотожні з «економічними». А за змістом економічною є господарсько-правова відповідальність;

по-третє, немає такого виду відповідальності як майнова за галузевими ознаками.

Отже, для повноти правового регулювання замість «майнових» треба передбачити «господарсько-правовий» вид відповідальності у ЗЕД.

Реалізація господарсько-правової відповідальності суб'єктів ЗЕД відбувається через її форми, що визначено у нишенаведеній схемі.

Господарсько-правова відповідальність суб'єктів ЗЕД



Законом про ЗЕД передбачено, що суб'єкти ЗЕД несуть відповідальність у видах та формах, передбачених ст. 33 і 37 цього Закону, іншими законами України та/або зовнішньоекономічними договорами (контрактами). Важливим є той факт, що ст. 36 Закону «Про ЗЕД» зазначає, що зовнішньоекономічними договорами (контрактами) може визначатися порядок притягнення до цивільно-правової відповідальності, здійснення такої відповідальності та звільнення від неї. Але цивільно-правова відповідальність серед видів відповідальності суб'єктів ЗЕД у ст. 33 наведеного Закону зазначена не була.

В.Б. Марченко та Д.В. Шаповалов майнову відповідальність, передбачену ст. 33 Закону «Про ЗЕД», пропонують замінити на «цивільно-правову». Але досліджують її із посиланням на норм ГК та ЦК, а також зазначають, що у ЗЕД окремим випадком цивільно-правової відповідальності є різновид господарсько-правової санкції. А саме: «покладення на правопорушника основаних на законі невинітих правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав або заміні невиконаного обов'язку новим, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового» [192, с. 156]. Слід зауважити, що автори визначали зовнішньоекономічний контракт як специфічний різновид цивільно-правового договору, але особливості договірної відповідальності аналізують виключно як застосування господарських санкцій.

З наведеним про визначення цивільно-правової (договірної) відповідальності у ЗЕД не можна погодитись, бо договір є міжгалузевим

господарської діяльності. Так, Л.Р. Левчук стверджує, що в умовах спаду виробництва проблема захисту прав споживачів загострюється, оскільки чиняться товари закордонного походження, що створює для споживачів додатковий ризик щодо їх якості. А господарсько-правова відповідальність є невід'ємним елементом механізму правового регулювання відносин, які складаються у різних сферах економічного життя суспільства, в тому числі, і на споживчому ринку [193, с. 82, 91]. Тим більше, що ст. 1 ГК України визначає предмет регулювання господарських відносин, що можуть виникати як між суб'єктами господарювання (суб'єктами ЗЕД), так і між іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Основним актом, що регулює відповідальність суб'єкта ЗЕД перед споживачем, є Закон України «Про захист прав споживачів» [194] від 12.01.1991 р., згідно з яким споживач має право вибору притягнення до відповідальності виробника чи продавця, навіть, якщо виробником є імпортер недоброякісної продукції. Крім того, існує ряд підзаконних нормативних актів, в яких кілька постанов та роз'яснень порядку застосування норм введеного законодавства, які видані судовою гілкою влади. Такі роз'яснення не мають прямої юридичної сили, але фактично застосовуються судами України при вирішенні спорів [195]. Основними з таких роз'яснень є Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.04.1996 р. № 5 «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів» (з відповідними змінами) [196] та Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.03.1992 р. № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» (з відповідними змінами) [197]. З аналізу наведених актів можна стверджувати, що суб'єкт ЗЕД притягується до відповідальності іноземним громадянином (споживачем), який не є суб'єктом господарювання.

Отже, відповідальність за порушення зобов'язання (за недоброякісну продукцію) суб'єкт ЗЕД може нести перед іноземним споживачем. Така відповідальність, з огляду на діюче законодавство, може вважатися *цивільно-правовою*, але проблему захисту прав споживачів треба вирішувати тільки шляхом взаємодії різних галузей законодавства.

Досить поширеними засобами відповідальності, які передбачені суб'єктами ЗЕД у зовнішньоекономічному контракті та застосовуються державними органами у примусовому порядку за порушення зовнішньоекономічного законодавства, є адміністративно-господарські санкції.

Адміністративно-господарські санкції, які передбачені Главою 27 ГК України, ст. 37 Закону «Про ЗЕД» та іншими законами, є засобами господарсько-правової відповідальності. Їх не можна відносити до адміністративної відповідальності лише з огляду на те, що повноваженнями щодо їх застосування наділені органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Порівняльний аналіз застосування заходів відповідальності між суб'єктами ЗЕД дозволяє також виділити суттєві ознаки та розбіжності між адміністративно-господарськими санкціями (тобто господарською

правовим інститутом. Вчинення суб'єктом зовнішньоекономічних відносин правопорушення у сфері господарювання тягне застосування до правопорушника заходів господарської відповідальності, які передбачені законодавством України, іншими законами, що регулюють цей вид діяльності та нормами ГК України. Таким чином, відповідальність за порушення нормами ГК України, іншими законами, що регулюють цей вид діяльності та санкціями, передбаченими у зовнішньоекономічному договорі (контракті). Така відповідальність у ГК України і в теорії господарського права визначається як господарсько-правова.

Помилкове посилення на цивільно-правовий вид відповідальності за порушення зовнішньоекономічного контракту можна пояснити тим, що норма Закону «Про ЗЕД», яка містить таке посилення, існує ще з часу його прийняття, коли навіть проект ГК України не був розроблений (слід зауважити, що діючий Закон про ЗЕД – заснований на колишньому законодавстві УРСР із змінами та доповненнями). А санкції, які застосовувались як захід договірної відповідальності суб'єктів ЗЕД мали місце лише у ЦК України. Упродовж тривалого часу договір розглядався як інститут цивільного права, а отже і відповідальність, яка була встановлена контрагентами, вважалась цивільно-правовою.

Під час аналізу юридичної природи певних видів зовнішньоекономічних договорів, звичайно, неодноразово підкреслювався їх цивільно-правовий характер. Але такі твердження потребують ретельного уточнення. На відміну від цивільних господарських договорів наділені особливостями, пов'язаними із специфікою господарської діяльності. Це проявляється в тому, що поряд з приватними інтересами контрагентів, які являються комерсантами, договором фіксуються інтереси інших осіб (споживачів та суспільства загалом). За змістом ГК України кваліфікуючими ознаками господарських договорів відносин у ЗЕД є: суб'єктний склад, специфічний характер діяльності суб'єктів (реалізація товару, виконання робіт чи надання послуг), обмеження договірної свободи господарським законодавством. Отже, договірна відповідальність суб'єктів господарського законодавства. Отже, договірна відповідальність суб'єктів господарського законодавства.

У п. 2 ст. 216 ГК України зазначено, що застосування господарських санкцій повинно гарантувати захист прав і законних інтересів громадян, організацій та держави, в тому числі відшкодування збитків учасникам господарських відносин, завданих внаслідок правопорушення, та забезпечувати застосування санкцій за порушення. А згідно із п. 3 зазначеної норми правопорядок у сфері господарювання виробника (продавця) за передбаченого законом відповідальності незалежно від того, чи є недоброякісність продукції застосовується незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. Останнє свідчить про те, що у ГК України не залишилися поза увагою інтереси споживача та їх захист. Слід зауважити, що питання правової регламентації захисту прав споживачів досліджуються в межах цивільного права, а відповідальність суб'єктів господарювання за недоброякісну продукцію вважалась цивільно-правовою.

Однак, дослідження питання захисту прав споживачів в межах цивільного права не дозволяє науковцям побачити основну гарантію – необхідність забезпечення прав споживачів на стадії виробництва й у процесі виконання

відповідальності) та санкціями, що застосовуються як захід адміністративної відповідальності до суб'єктів ЗЕД.

по-перше, досліджені категорії застосовуються за різними нормативними підставами. Адміністративна відповідальність застосовується згідно із Кодексом про адміністративні правопорушення, перелік яких є вичерпним. А адміністративно-господарські штрафи застосовуються як господарсько-правові санкції за порушення суб'єктом ЗЕД порядку здійснення господарської діяльності, що регламентована багатьма господарсько-правовими законодавчими та підзаконними актами;

по-друге, адміністративні санкції спрямовані на покарання правопорушника та охорону громадського порядку в сфері управління. Адміністративно-господарські санкції застосовуються як заходи відповідальності, та за своїм призначенням повинні спричинити правопорушення та усунути його наслідки;

по-третьє, відрізняються підстави правосуб'єктності порушника. Адміністративна відповідальність застосовується до фізичної особи або до уповноваженої особи підприємства. А господарська відповідальність у вигляді адміністративно-господарської санкції застосовується як до фізичної особи – СПД, так і до юридичної особи – суб'єкта ЗЕД;

по-четверте, зазначені санкції розрізняються за юридично-фактичними підставами застосування. Адміністративна відповідальність застосовується лише за вчинені адміністративні проступки, які вважаються правопорушеннями при наявності обов'язкового елементу складу суб'єктивної сторони правопорушення – вини. А господарська відповідальність у вигляді адміністративно-господарських санкцій застосовується без наявності вини суб'єкта ЗЕД;

по-п'яте, адміністративні заходи впливу на правопорушника та адміністративно-господарські санкції застосовуються різними органами стягнення. Розгляд справ про адміністративні правопорушення та накладення адміністративної відповідальності належить лише до компетенції суддів. А повноваженнями притягнення до господарсько-правової відповідальності застосування адміністративно-господарських санкцій наділені державні органи влади та органи місцевого самоврядування.

Слід нагадати, що Закон «Про ЗЕД» не передбачає такого виду відповідальності, як адміністративна. Якщо порівняти положення Закону про ЗЕД та інших нормативних актів, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність, а саме притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД державними органами, із статтями загальної частини Кодексу України про адміністративні правопорушення [198] (далі – КпАП), то побачимо, що в них закладена адміністративна відповідальність [199, с. 127]. Адміністративне відповідальність – це специфічне реагування держави на адміністративні правопорушення у сфері господарської діяльності, яке полягає у застосуванні правопорушенням у сфері господарської діяльності, що містить державний осуд особистості та діяння адміністративного стягнення, що застосовуються як захід адміністративної

правопорушників, мають на меті не лише покарання, а ще охорону державного порядку в сфері управління [200, с. 4, 5].

Склади адміністративних порушень містить ст. 164, 212⁴, 188¹⁷ КпАП. Слід також наголосити, що заходи адміністративної відповідальності встановлюють спеціальні закони, а саме: ст. 8 Закону України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» [201], ст. 25, 27 Закону України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» [202].

Отже, з аналізу застосування штрафів до суб'єктів ЗЕД державними органами та порівняння Закону «Про ЗЕД» з іншими нормативними актами, що регулюють ЗЕД, а саме притягнення до відповідальності службових осіб підприємства або фізичних осіб – СПД державними органами із статтями загальної частини КпАП, можна стверджувати, що серед видів відповідальності у ЗЕД має місце і адміністративна.

Слід відрізнити правопорушення у ЗЕД від злочинів, що призводять до *кримінальної відповідальності*. Такий вид відповідальності застосовується тільки у випадках, передбачених Кримінальним Кодексом України [203], перелік злочинів у якому є вичерпним, на відміну від інших порушень зовнішньоекономічних зобов'язань.

Зазначені злочини містяться у розділі VII Кримінального кодексу України, який має назву «Злочини у сфері господарської діяльності». Злочинами у ЗЕД слід вважати зазначені у диспозиціях норм протиправні дії, що відбуваються саме при перетинанні митного кордону, та визначаються як «перевезення, пересилка та ввезення в Україну...». Важливе значення для ознак ЗЕД при таких порушеннях мають слова «експорт» та «імпорт».

Протиправні дії будуть вважатися злочином у зовнішньоекономічній сфері, якщо їх здійснюватимуть суб'єкти ЗЕД, тобто фізична особа – СПД або уповноважена особа підприємства, яке здійснює зовнішньоекономічну операцію.

Поширеним злочином у ЗЕД вважається контрабанда, тобто переміщення товарів, до яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення через митний кордон України поза митним контролем. Судячи з наведеної норми, якщо вартість товарів, що перевозяться контрабандою, не більше ніж 17000 грн, до суб'єкта ЗЕД будуть застосовуватися санкції, які містяться у Законі «Про ЗЕД» та пов'язаних з ним законах. А замість кримінальної відповідальності уповноважена фізична особа (правопорушник) буде нести винний вид відповідальності відповідно до КпАП та МК України. Якщо суб'єкт ЗЕД без отримання обов'язкової ліцензії здійснює експорт товарів і отримує дохід у великих розмірах, до винної фізичної особи застосовується санкція кримінальним кодексом України, а до підприємства – спеціальна санкція за господарської відповідальності.

Слід зазначити, що суб'єкт ЗЕД – юридична особа, згідно з українським законодавством, кримінальну відповідальність не несе, але деякі санкції КК України передбачають конфіскацію майна такого суб'єкта, якщо воно незаконно перевозиться через митний кордон та передбачає отримання певного прибутку. Ця проблема актуальна, оскільки у таких випадках до кримінальної відповідальності притягується уповноважена фізична особа, з уміслу якої здійснювалося правопорушення, підприємство все ж зазнає певних майнових втрат, які є незначними, порівняно із суспільною та державною безпекою.

3.2. Господарсько-правова відповідальність за порушення правил здійснення окремих видів зовнішньоекономічних операцій

3.2.1. Відповідальність суб'єктів господарювання при здійсненні експортних/імпорتنих операцій

Економічне становище держави можна оцінити з огляду наявності на міжнародному ринку її національних товаровиробників. Вітчизняні суб'єкти господарювання здійснюють зовнішньоторговельні операції товарами з партнерами із 212 країн світу, а їх об'єм тільки з січня по серпень 2008 р. складає більше 91 млрд дол. США [204, с. 163]. У 2008 р. експорт товарів та послуг склав 78,7 млрд дол., імпорт – 92 млрд дол. У 2009 р. ці показники значно зменшились, а саме: експорт товарів та послуг дорівнює 49,3 млрд дол., а імпорт – 50,6 [205]. У 2009 р. зменшився обсяг експорту до Італії та становив 39,5% від рівня 11 місяців 2008р., Туреччині – 42,7%, Польщі – 50,2%, Російській Федерації – 50,6%, Білорусі – 59,4%, Німеччині – 64,9% та Казахстану – 83,1% [206]. За 2010 р. експорт товарів склав 31590,6 млн дол., імпорт – 36 млрд 231,5 млн дол. У порівнянні з січнем-вереснем 2009 р. експорт збільшився на 33,2%, імпорт – на 31,8% [207]. Статистичні дані свідчать, що в умовах світової фінансово-економічної кризи 2008–2009 рр. обсяг зовнішньоекономічних операцій значно знизився. Хоча за останні два роки ситуація виправляється, у 2011 р. в Україні експорт товарів та послуг відстає від імпорту на 8 млрд дол. [208].

А вимоги до належних зовнішньоекономічних зобов'язань породжують підвищення контролю та заходів відповідальності до українських суб'єктів ЗЕД, які повинні такі зобов'язання здійснювати за зовнішньоекономічним контрактом. Слід зауважити, що крім договору на належне виконання зовнішньоекономічного зобов'язання має вплив чинне господарське законодавство, яке на сучасному етапі не відповідає темпам розвитку економіки.

Слід наголосити, що згідно із ГК України при визначенні зовнішньоекономічної діяльності категорія «послуга» не зазначена, але це не означає, що у ЗЕД операції з надання послуг не здійснюються. Категорії, що характеризують господарську діяльність «реалізація продукції, виконання робіт та надання послуг», повністю знайшли своє відображення при влученні ЗЕД,

а саме у перетинанні кордону «майном та/або робочою силою». Не можна ототожнювати поняття «майно» та «продукція». До речі, при аналізі норм ГК України, слід зробити висновок, що остання категорія входить до складу поняття «майно».

Стаття 139 ГК України визначає майно як сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, 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. Залежно від економічної форми, якої набуває майно у процесі здійснення господарської діяльності, майнові цінності належать до основних фондів, оборотних засобів, коштів, товарів. Коштами у складі майна суб'єктів господарювання є гроші у національній або іноземній валюті, призначені для здійснення товарних відносин цих суб'єктів з іншими суб'єктами (у даному випадку із іноземними суб'єктами господарювання), а також фінансових відносин, відповідно до законодавства. А товарами у складі майна суб'єктів господарювання згідно із п. 6 ст. 238 ГК України є вироблена продукція (товарні запаси), виконані роботи та послуги.

Отже, твердження, що не всі види ЗЕД, які визначені ст. 4 Закону «Про ІД», здійснюються з перетинанням митного кордону [209, с. 55] є помилковим.

Згідно із ст. 4 Закону про ЗЕД до видів зовнішньоекономічної діяльності, які здійснюються в Україні суб'єкти цієї діяльності, належать експорт та імпорт товарів, капіталів та робочої сили; товарообмінні (бартерні) операції та інша діяльність, побудована на формах зустрічної торгівлі між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності; інші види зовнішньоекономічної діяльності, не заборонені прямо і у виключній формі законами України. Останнє свідчить про те, що наведений перелік зовнішньоекономічних операцій не є вичерпним.

Багато авторів «за напрямом руху товарів» при здійсненні зовнішньоекономічних операцій [210, с. 36] або «у залежності від напрямку торгівлі» визначають експортні, імпорتنі, реекспортні та реімпорتنі операції як основні види у зовнішній торгівлі. А в залежності від об'єкту угоди зовнішньоторговельні операції розподіляють на угоди купівлі-продажу товарів, послуг, результатів творчої діяльності. Головне місце серед зовнішньоторговельних операцій займають угоди купівлі-продажу товарів у матеріально-майновій формі [211, с. 10, 11]. Інколи в науковій літературі дотримує (контракти), згідно з якими здійснюються зовнішньоекономічні операції з товаром (експорт або імпорт) іменуються договорами купівлі-продажу. Але саме тлумачення зазначеної категорії вже акцентує увагу на продажу товару, що на нашу думку є неправильним, бо важливим має бути факт перетину (перевезення) товару через митницю з наступним продажем.

Слушною є думка стосовно того, що з розвитком зовнішньоекономічних відносин відбувається активізація відносин поставки в ЗЕД. Договір поставки на сучасному етапі набуває великого значення і стає одним з найпоширеніших

зовнішньоекономічних контрактів, після договору купівлі-продажу, та передає здійснення експортних/імпорتنих операцій суб'єктами господарювання.

Отже, у ЗЕД відбувається укладення багатьох контрактів, що за своїм змістом та характером здійснення зобов'язань становлять дуже складний механізм, опосередкований перетином майнової діяльності до відповідальності за чіткішою правовою регламентацією притягнення до відповідальності за порушення в зазначеній сфері.

Відповідно до ст. 82 МК України експорт – це митний режим, відповідно до якого українські товари випускаються для вільного обігу за межами митної території України без зобов'язань щодо їх зворотного ввезення. Товаром МК називає будь-яке рухоме майно. А його «випуск» – дозвіл митного органу на розпорядження або користування, де останнє на завжди закінчується продажем.

Стаття 1 Закону «Про ЗЕД» передбачає, що експорт – це продаж товарів українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності іноземним суб'єктам господарської діяльності з вивезенням або без вивезення товарів.

Виникає ускладнення тлумачення слів «...з вивезенням або без вивезення товарів через митний кордон України». Якщо продукція резидента після її продажу іноземному суб'єкту господарської діяльності залишилась на території України і не буде перевезена через митницю, то це вже не буде зовнішньоекономічною операцією і норми, що містять підстави та порядок здійснення до відповідальності за правопорушення, коли іноземний суб'єкт застосовується не будуть. Такі випадки трапляються, коли іноземний суб'єкт господарської діяльності здійснює закупівлю продукції у українського суб'єкта господарювання для свого філіалу чи представництва, що розташовані в межах території України, та розрахунки за цю продукцію здійснюється з рахунку, держави (тобто грошовий переказ за цю продукцію здійснюється з рахунку, відкритого у банківській установі на Україні). З цього слід зробити висновки, що визначення терміну «експорт» не відповідає повною мірою діючим нормам і потребує вдосконалення.

Але є науковці, які наполягають на визначенні належності такої діяльності як експорту до зовнішньоекономічної, за порушення якої повинні застосовуватися відповідні заходи відповідальності: «До експортних операцій відносять комерційні угоди без вивезення товарів з митної території України за кордон у випадку закупівлі іноземним підприємством товару у вітчизняного підприємства та передача його іншому українському підприємству для обробки та майбутнього вивезення переробленого товару за кордон» [212, с. 11].

З наведеним не можна погодитись.

По-перше, зазначене тлумачення суперечить сучасному визначенню «ЗЕД».

По-друге, увагу слід приділити визначенню термінів, а саме: «закупівля іноземним підприємством товару у вітчизняного підприємства». Подібні відносини взагалі виникають між національним підприємством та іноземним,

яке створене на території України за національним законодавством як резидент, відповідно до ст. 117 ГК України. Мабуть, мали на увазі іноземного суб'єкта господарювання, якого не можна ототожнювати з іноземним підприємством, з огляду на діюче законодавство України.

По-третє, зазначено було декілька операцій, які супроводжуються різними договорами: перша – закупівля товару, друга – оброблення товару, остання – вивезення його з митної території України. Перші дві операції не супроводжуються перетином митного кордону майном, з чого слід зробити висновок, що вони не відносяться до зовнішньої торгівлі, та порушення забезпечення щодо ЗЕД не повинно мати на них вплив, та за порушення зобов'язання до суб'єктів господарювання не повинні застосовуватися санкції, які є заходами відповідальності у ЗЕД.

Для більш досконалого та повного визначення «експорту» слід об'єднати його тлумачення у законодавчих актах інших пострадянських держав.

Стаття 2 Федерального Закону РФ «Про державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності» від 13.10.1995 р. № 157-ФЗ визначає експорт, як вивезення товару, робіт, послуг, результатів інтелектуальної діяльності, в тому числі виключних прав на них, з митної території Російської Федерації за кордон без зобов'язання про зворотнє ввезення. До експорту товарів дорівнюється відповідні комерційні операції без вивезення товарів з митної території Російської Федерації за кордон, в тому числі при закупівлі іноземною особою товару у російської особи та передача його іншій російській особі для перероблення та майбутнього вивезення обробленого товару за кордон. Наведена норма істотно відрізняється від Закону України «Про ЗЕД», бо посиляється лише на перевезення через митний кордон та не згадує про продаж товару, що перевозиться.

Відповідно до п. 1.25 ст. 1 Закону Республіки Білорусь «Про державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності» від 25.11.2004 р. № 347-З експортом вважається вивезення товару з митної території Республіки Білорусь з метою реалізації її за кордоном.

Останнє співпадає з обов'язковим «перевезенням через митницю товару», що дозволяє розрізняти всі операції суб'єктів господарювання, які здійснюються в межах держави чи поза ними, що відповідно розмежує заходи відповідальності, які застосовуються у ЗЕД та внутрішній господарській діяльності відповідно.

Оскільки у наукових дослідженнях неодноразово відзначалась бажаність уніфікації норм законодавства щодо вчинення відповідних договорів у внутрішньому та зовнішньому господарському обігу [213, с. 11], усунення несправданних спеціальних санкцій, що мають застосовуватися за порушення господарського законодавства та нездійснення зобов'язання за зовнішньоекономічною угодою, саме таке визначення категорії є рішенням визначених проблем.

Згідно із ст. 1 Закону «Про ЗЕД» імпорт (імпорт товарів) – це купівля (у тому числі, з оплатою в неторговій формі) українськими суб'єктами ЗЕД в іноземних суб'єктів господарської діяльності товарів з ввезенням або без ввезення цих товарів на територію України, включаючи купівлю товарів, призначених для власного споживання установами та організаціями України, розташованими за її межами.

Останнє також суперечить сучасному тлумаченню ЗЕД, тобто виключає обов'язковість перетину митного кордону.

Якщо порівнювати наведену норму із ст. 2 Федерального Закону РФ «Про державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності» від 13.10.1995 р. № 157-ФЗ, згідно з якою «імпорт – це ввезення товару, работ, послуг, результатів інтелектуальної діяльності, в тому числі виключних прав на них, на митну територію Російської Федерації», то така норма включає обов'язкове ввезення через митний кордон. Отже і український законодавець для вдосконалення господарського законодавства, що регулює ЗЕД, а саме імпорт, повинен піти таким шляхом, тобто не відносити до зовнішньоекономічних операцій такі, що відбуваються без перетину митного кордону України. Адаже до відповідальності за недодержання таких операцій повинні притягуватись суб'єкти господарювання згідно з господарським законодавством, що регулює відповідні зобов'язання (тобто розподіляти на порушення внутрішнього господарського зобов'язання та зовнішньоекономічного).

З огляду англійського права, відповідальність за порушення законодавства при здійсненні ЗЕД шляхом перетину майном митної території держави іменується «відповідальністю за продукт» та базується на принципах безумовної відповідальності (strict), умовної відповідальності (qualified liability) або відповідальності за вину (fault liability) [214, с. 99]. Безумовна відповідальність базується на позиках, що виникли внаслідок порушення відповідальності за умовної відповідальності (контракту). До умовної відповідальності зовнішньоекономічного договору (контракту). До умовної відповідальності суб'єкти ЗЕД притягуються внаслідок порушення законодавства, а до відповідальності з вини, якщо позика виникла з делікту або необережності.

Відповідальність «за продукт» передбачає і Директива Ради ЄС, що спочатку мала переклад «Про апроксимацію законів, постанов і адміністративних положень держав-членів, що стосуються відповідальності за дефектні продукти». «Продуктом», а з визначення українського законодавства – «продукцією» вважається будь-яка рухомість, за винятком первинної сільськогосподарської продукції та дичини, включаючи ту, що є часткою іншої рухомості чи нерухомості. Директивою Ради 85/374/ЄС «Про наближення законів, постанов і адміністративних положень держав-членів щодо відповідальності за неякісну продукцію» від 25.07.1985 р. (далі – Директива) визначено, що існує потреба наближення законів держав-членів щодо відповідальності виробника за збитки, завдані недоброякісною продукцією, оскільки існуючі розбіжності можуть порушити конкуренцію і вплинути на рух товарів всередині спільного ринку, а також викликати різниці в рівні захисту

споживачів від збитків, завданих їхньому здоров'ю чи майну неякісною продукцією.

Хоча Україна не є членом ЄС, та не є стороною Договору про утворення ЄС, проте зобов'язання щодо імплементації норм ЄС в чинне законодавство виникають із ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною, яка підписана 14.06.1994р., ратифікована 10.11.1994 р. Законом України № 237/94-ВР, а також із Угоди про асоціацію України з ЄС та Додатків до неї. Відповідно до вказаного Закону Україна зобов'язалася вжити заходів для того, щоб її законодавство поступово було приведенне у відповідність до законодавства Співтовариства. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, є частиною національного законодавства України. Указ Президента України «Про додаткові заходи щодо прискорення вступу України до Світової організації торгівлі» від 05.09.2001 р. № 797/2001 [215] містить ряд положень щодо підготовки вступу України до ЄС, а Указом Президента України від 14.09.2000 р. № 1072/2000 затверджено Програму інтеграції України до Європейського Союзу. Цим же указом Кабінету Міністрів України, центральним та місцевим органам виконавчої влади дано вказівку на виконання заходів, що передбачені Програмою.

Європейська Рада закріпила свою політику, коли прийняла зазначений акт, за яким передбачається визначати відповідальність виробника або постачальника у випадках, якщо шкода була спричинена дефектною продукцією [216]. Значна кількість країн, які є членами ЄС та намагаються ними бути, застосували основні положення у національному законодавстві. Наприклад, Англійський Закон «Про захист споживача» від 01.03.1989 р., який зазначає, що відповідальність виробника базується на безумовній відповідальності. Згідно з наведеним актом до відповідальності за виготовлення недоброякісної продукції (продукту) може бути притягнутий іноземний імпортер за позикою іноземного споживача, навіть якщо зазначена фізична особа придбала таку продукцію у оптового торговця.

У відповідності з наведеним актом особа, якій спричинена шкода, може притягнути до відповідальності імпортера. Це стосується як імпортерів до ЄС, так і імпортерів до Об'єднаного Королівства. У тому випадку, якщо товари імпортується з іншої країни ЄС та потім продаються у Об'єднаному Королівстві, цивільно-правову відповідальність несе перший імпортер, але не імпортер, що ввозить до Об'єднаного Королівства. Отже, ризик відповідальності суб'єкт ЗЕД несе не тільки перед своєю державою та контрагентом, а ще і перед іноземними потенційними споживачами, якщо імпортована продукція має бути реалізована під торговою маркою такого суб'єкта ЗЕД. Звичайно ж існує складність притягнення до такої відповідальності, яка викликана відсутністю правового забезпечення угодовності дій виконавчих органів держав, де має місце знаходження виробник та продавець (відповідно і споживач).

Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.01.1991 р. (в редакції на момент написання тексту монографії) не розмежовує національного виробника та іноземного, але теж дозволяє на вибір споживача, чий права були порушені, звертатися до суду України та притягувати до відповідальності продавця або виробника продукції. Згідно із п. 3 ст. 3 наведеного акту на товари, що ввозяться на територію України, повинен бути передбачений законодавством документ, який підтверджує їх належну якість. Іноземний виробник позбавляється відповідальності, якщо доведе, що недолік імпортованої продукції виник внаслідок дотримання відповідності продукції обов'язковим постановам, виданим державною владою (згідно із п. 4 ст. 7 Директиви).

О. Поліводський та Р. Муді зазначають, що виробник звільняється від відповідальності, якщо доведе, що дефект продукції був спричинений невідворотним результатом слідування вимогам законодавства. Однак, автори пропонують усунути з законодавства концепцію, яка полягає у тому, що наявність сертифікату на продукцію виключає відповідальність за шкоду, яка заподіяна продукцією [217]. З цим неможливо погодитись, бо таке «зневажання» обов'язкових документів державної влади, що підтверджують якість товару, буде становити загрозу для національного виробника та призведе до здійснення правопорушень у ЗЕД і неможливості притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД, які порушують законодавство.

У всіх американських штатах відповідальність за продукт базується на ст. 402А Зводу деліктного права США, де також знайшла своє місце безумовна відповідальність. Однак, конфлікт між захисниками інтересів виробників та споживачів такий гострий, що до цього часу не знайшов чіткого відображення у федеральному законодавстві. У різних штатах встановлені різні положення, тому досягнення однакового регулювання у федеральному законодавстві було б у інтересах міжнародної торгівлі. Крім того, при застосуванні Брюсельської конвенції про юрисдикцію та виконання рішень по цивільним та комерційним справам 1968 р. потерпіла особа має право вибору: вона може звернутися з позовом до суду країни виробника або до суду своєї країни [218, с. 105, 106]. На сьогодні відповідальність без вини з боку виробника, яка вперше була закріплена у Директиві, «...є єдиним засобом адекватного вирішення характерної для нашого часу зростаючої технічності проблеми справедливого і пропорційного розподілу ризиків, притаманних сучасному технологічному виробництву». Саме така передумова наведена у вступі Директиви. Відповідальність суб'єкта господарювання, яка на даний час закріплена ГК України, є аналогом безумовної відповідальності, яка має місце у англійському та американському законодавстві.

Зазначена Директива також була прийнята із врахуванням того, що захист споживачів вимагає, щоб всі виробники, зайняті у виробничому процесі, несли відповідальність за недоліки їхнього кінцевого продукту, складової частини чи сировини; враховуючи, що з цієї ж причини відповідальність поширюється на імпортерів продукції у Співтовариство та осіб, які представляються

виробниками, ставлячи на продукції своє ім'я, товарний знак чи інший розпізнавальний знак, або які постачають продукцію, виробника якої не встановлено. У ст. 1 Директиви зазначено, що виробник є відповідальним за дефекти, завдані недоліками його продукції. Згідно із ст. 3 «виробник» означає виробника кінцевого продукту, будь-якої сировини чи будь-яких комплектуючих, а також будь-яку особу, що, позначаючи продукцію своїм ім'ям, товарним знаком чи іншою відмінною ознакою, заявляє про себе як виробника. Не зачіпаючи відповідальність виробника, будь-яка особа, що імпортує в Співтовариство продукцію з метою продажу, найму, оренди чи будь-якої іншої форми розповсюдження, протягом своєї господарської діяльності вважається виробником в тому значенні, яке вживається в рамках цієї Директиви, і несе відповідальність виробника.

Отже, український суб'єкт господарювання згідно із національним, іноземним законодавством та нормами міжнародного права несе відповідальність не тільки перед іноземним суб'єктом господарської діяльності за неякісну продукцію, а ще і перед іноземним споживачем, що придбає таку продукцію у контрагента суб'єкта ЗЕД та багатьох його посередників. При таких обставинах українському експортеру слід детальніше продумати питання забезпечення ризику відповідальності за продукцію, яка може не відповідати іноземним стандартам. Навіть страхування такого товару може не покрити імовірні непередбачені витрати.

Для вирішення остаточного питання щодо загальної можливості суб'єкта господарювання укладати зовнішньоекономічні договори з приводу того чи іншого предмета (продукції), обов'язковим є встановлення та з'ясування змісту субсидіарних колізійних прив'язок – законів, що регулюють експорт та імпорт товару за зовнішньоекономічним договором. Це пов'язано з тим, що право різних країн не завжди містить однаковий перелік товарів, вільний обіг яких заборонено на території даних країн, та перелік товарів, стосовно яких існують заборони щодо їх експорту та імпорту. Так, вітчизняне законодавство встановлює певну заборону щодо окремих видів експорту та імпорту. Отже, навіть, якщо іноземний суб'єкт господарської діяльності буде мати право за власним національним законом укладати договори з приводу експорту/імпорту таких товарів, такий договір повинен бути визнаний недійсним, з усіма правовими наслідками, що випливають із цього [219, с. 42]. В Україні забороняється експорт предметів, які становлять національне, історичне, археологічне або культурне надбання українського народу, що визначається згідно із законами України, експорт природних ресурсів, які вичерпуються, якщо обмеження також застосовуються до внутрішнього споживання або виробництва, та ін. З приводу наведеного слід зробити висновки, що правове регулювання експортних та імпорتنних операцій в Україні потребує вдосконалення та узгодження з нормами ГК України, а саме: вдосконалення потребують визначення термінів «експорт» та «імпорт» на законодавчому рівні та приведення їх у відповідність з тлумаченням ЗЕД, яке надано ГК України.

3.2.2. Відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за правопорушення при здійсненні бартерних операцій

Важливе значення при здійсненні експорту (імпорту) відіграє Закон України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» від 23.12.1998 р. (в редакції на момент написання тексту монографії) (далі – Закон про бартер), згідно з яким порушення суб'єктом ЗЕД України строків ввезення товарів (виконання робіт, надання послуг), що імпортується за бартерним договором, стягнення пені за кожний день прострочення у розмірі 0,3% вартості неоплачених товарів (робіт, послуг), що імпортується за бартерним договором. Відповідальність експортера за порушення умов здійснення бартерного договору Закон про бартер не містить, зазначає тільки, що суб'єкти ЗЕД України, які здійснили експорт, зобов'язані протягом п'яти робочих днів з дня підписання акта, що засвідчує експорт, повідомити органи державної митної служби України або органи державної податкової служби України про факт здійснення експорту товарів (робіт, послуг). Неподання або несвочасне подання такої інформації тягне за собою нарахування пені у розмірі одного відсотка вартості експортованих товарів (робіт, послуг) за кожний день прострочення. За зазначенням Законом до відповідальності завжди притягується тільки резидент, навіть, якщо за контрактом на нього не були покладені зобов'язання ввезення товару на митну територію України, (тобто невиконання зобов'язання відбулось через іноземного контрагента (імпортера) або третьої особи – посередника, перевізника тощо).

Товарообмінна (бартерна) операція, згідно із Законом про бартер, це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених бартерним договором або договором із змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпортних) поставок передбачена у натуральній формі, між суб'єктом ЗЕД України та іноземним суб'єктом господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

Особливості даної конструкції полягає в тому, що у її положенні закладені певні суперечності. Зміст наведеної норми потребує певного уточнення.

По-перше, увагу слід акцентувати на «обміні товарами, роботами, послугами». Така категорія як «послуги» у ГК України при визначенні «зовнішньоекономічної діяльності» не зазначена, про що вже йшлося раніше. Звичайно ж «послуги» та «робота» цілком знайшли відображення у «перетині митного кордону робочою силою», але зустрічне здійснення таких операцій вважати бартером не можна. Товарообмінна (бартерна) операція (якщо трактувати дослідно), в першу чергу, передбачає «обмін товарами», тобто продукцією, під зміст якої наведені вище категорії не підпадають. Товаром, відповідно до Закону «Про ЗЕД», вважається будь-яка продукція, послуги,

роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі). Тому, для уникнення тавтології, тлумачення дослідженої операції повинно бути вдосконалено на законодавчому рівні, а саме, у ч. 1 ст. 1 Закону про бартер при тлумаченні терміну «товарообмінна (бартерна) операція» доцільно виключити слова «...роботами, послугами», які вже присутні у змісті категорії «товари», наведеною Законом «Про ЗЕД».

По-друге, не завжди можливо обмінити товар, збалансований за вартістю. Згідно з текстом Закону різницю у вартості товарів, що підлягають обміну, зарахувати неможливо. Тобто не можна зробити обмін, не опосередкований рухом коштів. А умовою еквівалентності обміну за бартерним договором є обмін товарами за цінами, що визначаються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України на договірних засадах з урахуванням попиту та пропозиції, а також інших факторів. Тим більше, що Закон про бартер підставою здійснення товарообмінних операцій в ЗЕД називає не тільки договір бартеру, а ще й будь-який інший договір із змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпортних) поставок передбачена в натуральній формі.

Важливим є той факт, що Закон про бартер не відповідає нормам, які регулюють розрахунки між суб'єктами ЗЕД за експорт (імпорт) товарів. Здійснення розрахунків в іноземній валюті між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності регулюється Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 р. (в редакції на момент написання тексту монографії), згідно з яким виручка резидентів у іноземній валюті підлягає зарахуванню на їх валютні рахунки в уповноважених банках у строки виплати заборгованостей, зазначені в контрактах, але, за загальним правилом, не пізніше 180 календарних днів з дати митного оформлення продукції, що експортується.

У ч. 1 ст. 7 Декрету «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р. (в редакції на момент написання тексту монографії) встановлено, що у розрахунках між резидентами і нерезидентами у рамках торгівельного обороту використовуються як засіб платежу іноземна валюта. Такі розрахунки здійснюються тільки через уповноважені банки. Цим же Декретом встановлено, що здійснення розрахунків через уповноважені банки – це здійснення розрахунків у безготівковій формі і відступи від встановленого порядку розрахунків визнаються недійсними, є порушеннями, тягнуть відповідальність суб'єктів ЗЕД. Тобто здійснення розрахунків між резидентами та нерезидентами в межах торгівельного обороту без участі уповноважених банків тягне накладання штрафу. Це свідчить про те, що деякі норми Закону про бартер являються винятками із загального правила. Бартер виключає участь банківських установ та рух коштів, бо передбачає обмін товарами, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

Слід погодитися з думкою деяких науковців стосовно того, що вітчизняні суб'єкти господарювання активно використовують товарообмінні (бартерні) операції для тінізації зовнішньоекономічної господарської діяльності. Перш за

призводить до виникнення проблем та вчинення контрагентами порушень законодавства.

Звичайно, у науковій літературі були спроби вирішення такої проблеми. К. Шмітгофф пропонував при укладанні бартерних контрактів (з огляду на англійське законодавство) відкривати рахунки для взаємних контрактів, бажано у валюті країни, де відсутній валютний контроль. Вартість товарів, що підлягатимуть обміну, має бути відображеною на цьому рахунку, та при припиненні угоди сальдо відшкодовувалося б іншому контрагенту [221, с. 96]. Але слід враховувати, що українському суб'єкту ЗЕД дозволено відкривати рахунки за кордоном тільки за умови повідомлення Національного банку України, та і валютного контролю навряд чи можна буде уникнути, що призведе до певної відповідальності та накладення санкцій державою.

Оскільки один із контрагентів бартерного договору все ж може отримати товар, який не збалансований за вартістю, то на законодавчому рівні треба дозволити рух коштів для врегулювання різниці платежів. А для того, щоб суб'єкти ЗЕД не зловживали дозволенням та бартер не мав вигляд звичайної купівлі-продажу, сальдо, що підлягатиме відшкодуванню, слід закріпити у процентній ставці до суми імпортованого/експортованого товару.

Отже, у п. 2 ч. 4 ст. 2 Закону про бартер крім перерахування коштів на суму, еквівалентну вартості товарів, на рахунок суб'єкта ЗЕД слід дозволити перераховувати частину коштів на суму, еквівалентну вартості недопоставленої продукції (товарів), та викласти у такій редакції: «У разі, коли замість поставок товарів (робіт, послуг) або частини товарів, що імпортуються за бартерним договором, іноземний контрагент виконує свої зобов'язання шляхом перерахування коштів на рахунок суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності України – сторони договору, підставою для зняття з контролю митного органу питання щодо імпортової частини за бартерним договором є подання зазначеним суб'єктом до митного органу довідки уповноваженого банку про надходження коштів у рахунок цього договору в установлені законодавством України строки на суму, еквівалентну вартості частини вартості недопоставлених товарів (робіт, послуг), зазначених у договорі, та копії додаткових угод, які зумовлюють зміну характеру договору». Саме така «вартість недопоставлених товарів» буде вважатися різницею між вартістю товарів, що обмінюються, яка може виявитися на будь-якій стадії здійснення взаємних зобов'язань та відповідно суб'єктам ЗЕД уникати відповідальності та накладання санкцій, а також дасть змогу виконувати умови контракту без порушення господарського законодавства та втручання державних органів.

3.2.3. Відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при здійсненні операцій з давальницькою сировиною

Операції з давальницькою сировиною можуть здійснюватися як між резидентами України, так і за участі нерезидентів. При цьому операції з давальницькою сировиною, що провадяться за участі нерезидентів, мають складіти схему виникнення податкових наслідків [222, с. 23]. Правовому

все тому, що вони використовуються без грошових розрахунків або поза банківської системи. Реальна ціна товарів, що обмінюються, не співпадає із номінальною оцінкою, що спричиняє диспропорцію між заявленою та фактичною ціною реалізації бартерного договору. Саме з таких причин бартер створює сприятливі умови для утворення тіньової економіки [220, с. 10]. Отже, бартерні операції потребують чіткішої правової регламентації, оскільки, з одного боку їх використання недобросовісними підприємцями має негативний вплив на економіку країни, з іншого – на даний час, бартер є єдиним видом зовнішньоекономічної діяльності, де відсутній валютний контроль з боку держави, та існує можливість без додаткових витрат та перерахування своїх коштів суб'єктом ЗЕД отримати відповідний товар.

Закон про бартер дозволяє здійснити розрахунки за бартерним договором лише з боку однієї сторони у разі, якщо це передбачено законом або контрактом, при чому на рахунок повинна потрапити грошова сума, еквівалентна вартості товарів, зазначена договором.

Так, у разі, коли замість поставок товарів (робіт, послуг), що імпортується за бартерним договором, іноземний контрагент виконує свої зобов'язання шляхом перерахування коштів на рахунок суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності України – сторони договору, підставою для зняття з контролю митного органу питання щодо імпортової частини за бартерним договором є подання зазначеним суб'єктом до митного органу довідки уповноваженого банку про надходження коштів у рахунок цього договору в установлені законодавством України строки на суму, еквівалентну вартості товарів (робіт, послуг), зазначених у договорі, та копії додаткових угод, які зумовлюють зміну характеру договору (ч. 2 п. 4 ст. 2 Закону про бартер). Отже, якщо такий розрахунок буде здійснено іноземним суб'єктом господарювання не вчасно або не в повному об'ємі, суб'єкт ЗЕД також притягується до відповідальності за порушення строків розрахунків, передбачених господарським законодавством.

Слід додати, що у організаційному плані дотримання встановлених законодавством правил здійснення товарообмінних (бартерних) операцій на зовнішньому ринку відбувалось би, якщо ввести єдину систему обліку укладення та виконання зовнішньоекономічних контрактів на базі телекомунікаційної комп'ютерної мережі, яка повинна обробляти статистичну інформацію та данні всіх причетних до їх контролю служб та органів, включаючи банки, міністерства, відділення державної податкової адміністрації, митної служби.

Дійсно, попередження правопорушень та притягнення до відповідальності не відбувається належним чином через відсутність узгоджених дій відповідних контролюючих органів, їх інформованості та правового забезпечення їх діяльності, про що вже неодноразово згадувалось. Між національним суб'єктом ЗЕД та його іноземним контрагентом також повинна бути домовленість про врегулювання вартості товарів, бо на практиці це іноді

регулюванню операцій з давальницькою сировиною (толлінгу) були присвячені дослідження В.П. Жушмана, Б.Т. Клименко, В.К. Мамутова.

У теорії господарських зобов'язань автори такі операції називають толлінговими схемами. Сутність толлінгових операцій полягає у тому, що власник сировини не володіє технічними ресурсами для її переробки та не знаходить можливості переробки сировини на території держави, резидентом якої він є. А подальше здійснення своєї господарської діяльності для суб'єкта неможливе без виготовлення та реалізації продукції із сировини, якою він володіє.

Так, за 2011 р. вивезено давальницької сировини з території України на 35,3 млн дол. США. Ввезено готової продукції, виготовленої з давальницької сировини, на 39,2 млн дол. У той же час в Україну надійшло іноземної давальницької сировини на 1552,4 млн дол. Експортовано готової продукції з давальницької сировини на 2474,1 млн дол. [223]

З юридичної точки зору толлінг є видом господарського договору (господарського зобов'язання), коли одна сторона (толлер) постачає свою сировину іншій стороні (переробнику), та оплачує витрати з переробки сировини в обумовлену договором готову продукцію, яка буде надана у власність толлеру. У господарстві така конструкція тягне за собою ряд наслідків, вигідних для толлера, та невигідних для підприємства переробника [224, с. 570]. Аналіз господарського законодавства дає змогу стверджувати, що навіть толлер – український суб'єкт господарювання, який перевозить через митницю свою сировину для переробки іноземному суб'єкту господарської діяльності, несе ризик незапланованих (додаткових) витрат та невигідних наслідків через неефективне державне регулювання і відсутність належного правового забезпечення зазначених операцій.

Здійснення операцій з давальницькою сировиною у ЗЕД послуг декілька дій, які за своїм змістом нагадують експортні та імпорتنі операції (тобто вивезення та ввезення майна, але з його продажем лише у певних випадках), при яких український суб'єкт ЗЕД може бути і експортером (тобто замовником), і переробником давальницької сировини, ввезеної на територію України іноземним суб'єктом господарської діяльності. Саме тому притягнення до відповідальності за правопорушення при здійсненні зазначених операцій потребує більш детального дослідження.

З прийняттям у 2012 р. МК України втратив чинність Закон України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах», який встановлював заходи господарської відповідальності до суб'єкта ЗЕД за порушення правил здійснення досліджених операцій. Особливості операцій з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах визначені у Митному кодексі Главою 23 «Переробка на митній території».

МК України 2012 р. встановлено строк переробки товарів на митній території України та за її межами, який встановлюється митним органом у кожному випадку, і не повинен перевищувати 365 днів. Відповідно до ст. 480 МК України порушення порядку здійснення операцій з переробки товарів, у

тому числі неввезення за межі митної території України (неввезення на митну територію України) товарів, що переміщувалися через митний кордон України з метою переробки, та/або продуктів їх переробки після закінчення строку, тягне за собою накладення штрафу в розмірі однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян на уповноважену особу підприємства, тобто – фізичну особу. А адміністративно-господарських санкцій, як заходів господарсько-правової відповідальності до суб'єкта ЗЕД не передбачено.

Крім того, МК України порушення митних правил визнає адміністративним правопорушенням, яке являє собою протиправні, винні (умисні або з необережності) дії чи бездіяльність, що посягають на встановлений цим Кодексом та іншими актами законодавства України порядок переміщення товарів комерційного призначення через митний кордон України. Відповідно до ст. 462 МК України за одне і те саме порушення митних правил може накладатися тільки основне або основне і додаткове адміністративні стягнення.

З урахуванням наведеного, залишається не з'ясованим питання щодо припинення правопорушення та подальшого контролю за суб'єктом ЗЕД щодо повернення товарів (сировини). Доцільно було б на законодавчому рівні встановити застосування тимчасового зупинення ЗЕД, як спеціальної санкції до суб'єкта господарювання.

3.3. Особливості застосування санкцій до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при здійсненні певних видів зовнішньоекономічних операцій

3.3.1. Господарсько-правові санкції як правовий засіб відповідальності у зовнішньоекономічній діяльності

Відповідно до ст. 32 Закону «Про ЗЕД» суб'єкти ЗЕД та іноземні суб'єкти господарської діяльності несуть відповідальність тільки на умовах і в порядку, визначених законами України. Відповідно до п. 1 ст. 126 ГК України учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. Отже, Закон про ЗЕД виключає застосування санкцій до суб'єктів ЗЕД на підставі інших актів. Але зовнішньоекономічна діяльність має досить специфічний характер, чим і відрізняється від інших видів господарської діяльності, оскільки відповідальність за неналежне виконання договору (контракту) може регулюватися не тільки національним законодавством, але і правом країни, резидентом якої являється іноземний контрагент.

Засобами господарсько-правової відповідальності, що застосовуються до суб'єктів господарювання у ЗЕД, є певні господарсько-правові санкції. В рамках подальшої кодифікації господарського законодавства актуальною стає

проблема теоретико-правового обґрунтування господарських санкцій як правового засобу відповідальності за порушення господарського законодавства у ЗЕД.

У даний час законодавством передбачено широке коло заходів господарсько-правової відповідальності, що застосовуються до суб'єктів господарювання у ЗЕД. Умовно санкції можна класифікувати за різними підставами.

І. В залежності від суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, до яких застосовуються санкції, їх можна поділити:

1. За колом суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності:

а) індивідуальні (наприклад, стягнення штрафу з конкретного суб'єкта господарювання за неповернення валютної виручки у встановлений законодавством строк (ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»);

б) колективні (наприклад, застосування тимчасового зупинення зовнішньоекономічної діяльності до суб'єктів однієї промислової сфери (ст. 37 закону про ЗЕД) або припинення імпорتنих операцій щодо ввозу конкретної групи товарів (ст. 245 ГК України), якщо це може зашкодити економіці країни.

2. В залежності від транснаціонального характеру ЗЕД:

а) санкції, що застосовуються до резидентів – національних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (наприклад, безоплатне вилучення суми податку (мита), не сплаченого за прихований об'єкт оподаткування ст. 405 ГК України);

б) санкції, що застосовуються до нерезидентів – іноземних суб'єктів господарювання (спеціальні санкції, що застосовуються до нерезидентів за недотримання законодавства щодо ЗЕД).

ІІ. За колом учасників зовнішньоекономічних відносин, з ініціативи яких можуть застосовуватись санкції:

1) санкції, що застосовуються державними органами та органами місцевого самоврядування (наприклад, застосування антидемпінгових заходів у разі здійснення окремими учасниками господарських відносин ЗЕД, пов'язаної з одержанням незаконної переваги на ринку України (ст. 244 ГК України);

2) санкції, що самостійно встановлюються контрагентами (резидентом та нерезидентом) у зовнішньоекономічному контракті (визначення заздалегідь сторонами за п. 5 ст. 255 ГК України розміру збитків, що підлягатимуть відшкодуванню у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків порушення зобов'язання сторонами).

ІІІ. За змістом санкції поділяються на:

1) майнові (штрафні санкції, вилучення прибутку, відшкодування збитків);

2) організаційно-правові (застосування індивідуального режиму ліцензування, оперативного-господарські санкції, зупинення дії ліцензії на здійснення певного виду ЗЕД та ін.).

ІV. За наслідками санкції поділяються на:

- 1) попереджувальні;
- 2) каральні;
- 3) компенсаційні.

V. За характером застосування:

1) основні (відповідно до ст. 242 ГК України у разі порушення суб'єктом установлених правил обліку щодо сплати зборів (наприклад, митний збір) сума, яку належить сплатити, стягується до відповідного бюджету);

2) додаткові (відповідно до ст. 242 ГК України крім стягнення зборів (обов'язкових платежів) з суб'єкта ЗЕД може бути стягнуто штраф у визначених законом випадках).

VI. За підставами застосування:

1) санкції – заходи захисту (застосовуються до суб'єкта ЗЕД іншою стороною контракту як забезпечення належного виконання зобов'язання, або пераваю, якщо діяльність такого суб'єкта може завдати шкоди національній економічній безпеці України);

2) санкції – заходи відповідальності (застосовуються за порушення господарського законодавства національним суб'єктом ЗЕД або його іноземним контрагентом, тобто підставою застосування є факт правопорушення).

Цей перелік санкцій не може бути вичерпним. Будь-які науковці мають своє бачення критеріїв класифікації санкцій, що застосовуються до суб'єктів ЗЕД при порушенні господарського законодавства.

ГК України серед видів господарських санкцій передбачає: відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативного-господарські та адміністративно-господарські санкції. Господарські санкції застосовуються у встановленому законом порядку за ініціативою учасників господарських відносин, а адміністративно-господарські санкції – тільки органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

Відповідно до ст. 20 ГК України **відшкодування збитків**, застосування штрафних та оперативного-господарських санкцій, застосування адміністративно-господарських санкцій визначаються як заходи захисту прав суб'єктів господарювання.

Захист прав суб'єктів господарювання – це діюча система правових та організаційно-технічних заходів, спрямованих на забезпечення реалізації прав цих суб'єктів та недопущення їх порушень. Сукупність взаємопов'язаних правових засобів і форм, за допомогою яких поведінка суб'єктів господарювання, їх контрагентів та державних органів у їх правовідносинах прилюдиться у відповідність до вимог і дозволів, що містяться у нормах права, і тим самим забезпечується захист законних прав суб'єктів, складає механізм захисту [225, с. 44]. Серед засобів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання, передбачених ст. 20 ГК України, Н. Шевченко визнає заходом відповідальності відшкодування збитків, інші – заходи захисту [226, с. 53].

На нашу думку, якщо відшкодування збитків за невиконання зобов'язання передбачене зовнішньоекономічним контрактом, така санкція

застосовується контрагентами виключно як заходи захисту. Але, якщо постала потреба застосування такої санкції після реального порушення законодавства, то це – захід відповідальності.

Слушною в науковій літературі є думка стосовно відмежування «збитків» від «шкоди» [227, с. 873]. Під збитками розуміються витрати, зроблені управленою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також не одержані нею доходи, які управлена сторона одержала б у разі дотримання правил здійснення господарської діяльності іншою стороною (ст. 224 ГК України).

ГК України **штрафними санкціями** визнає господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. Традиційною сферою застосування таких санкцій є договірні відносини (майново-господарські зобов'язання).

Відповідно до ст. 230 ГК України грошовою сумою у вигляді штрафної санкції може бути неустойка, штраф, пеня.

До набрання чинності ГК України визначення пені у сфері зовнішньоекономічної діяльності, а також її родова належність законодавством закріплені не були. На сьогодні порядок нарахування та сплати пені за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності встановлено Законом України «Про порядок погашення зобов'язання перед платниками податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» [228] від 21.12.2000 р.

№ 2181-III.

Негативним у регулюванні штрафних санкцій вважають відсутність встановлення межі таких санкцій для нетрешових господарських зобов'язань та проблеми зменшення розміру санкцій, тобто відповідальності [229, с. 86–87].

Положення щодо зменшення розміру відповідальності, що може використовуватись суб'єктами ЗЕД при порушенні умов зовнішньоекономічного контракту, містяться в принципах УНДРУА. Відповідно до ст. 7.4.7 зазначеного акту, якщо шкода завдана частково в результаті дій або упущень потерпілої сторони або іншої події, відносно якої вона несе ризик, розмір збитків, що відшкодовується, має бути зменшений тією мірою, якою ці фактори сприяли виникненню шкоди з урахуванням поведінки кожної сторони.

Деякі науковці вважають, що такі події, за якими потерпіла сторона несе ризик, можуть бути спричинені діями чи бездіяльністю осіб, за яких вона несе відповідальність. Наприклад, дії працівників або представників (агентів) [230, с. 228]. Іноді такі події, що мали вплив на суб'єкта господарювання, пов'язували з виною його органів, трудового колективу, та навіть з «неправильним підбором кадрів». З наведеним повністю погодитись не можна. Дослідження відповідальності суб'єкта господарювання з вини його працівників неодноразово розглядалися прихильниками цивільної науки, з метою спростувати господарське право як самостійну галузь взагалі.

Навіть в науці господарського права вину підприємства розглядали як винну його працівників [231, с. 393].

Якщо з вини своїх уповноважених осіб або інших робітників до господарської відповідальності притягується суб'єкт ЗЕД, то його економічна відповідальність може бути підставою для притягнення їх до «особистої» (дисциплінарної, матеріальної, адміністративної) відповідальності. Виникнення негативних наслідків в результаті протиправних дій інших організацій може бути підставою застосування до них санкцій економічного (матеріального) характеру самим суб'єктом, тобто заходів господарсько-правової відповідальності, а також обмеження (зменшення) відповідальності перед іншим суб'єктом ЗЕД.

Оперативно-господарські санкції – це заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторень порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку. Такі санкції застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив зобов'язання.

Оперативно-господарськими санкціями є: одностороння відмова від виконання свого зобов'язання; відмова від оплати за зобов'язання; відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт; відмова від подальшого прийняття зобов'язання; встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання порушеного зобов'язання. Перелік оперативно-господарських санкцій у ГК України не є вичерпним, про що згадується у нормі цього закону: «сторони також можуть передбачити інші оперативно-господарські санкції». Оперативно-господарські санкції застосовуються з метою припинення або попередження повторень порушення зобов'язання незалежно від вини порушника. До суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативно-господарські санкції, застосування яких передбачено договором.

Адміністративно-господарські санкції – це заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків.

Адміністративно-господарські санкції виключно за правопорушення у зовнішньоекономічній діяльності регламентовані ст. 244 ГК України (застосування антидемпінгових заходів), ст. 245 ГК України (припинення експортно-імпорتنих операцій, застосування індивідуального режиму ліцензування). Інші санкції, застосування індивідуального режиму ліцензування). Інші санкції, передбачені Главою 27 ГК України (Адміністративно-господарські санкції), можуть також застосовуватися до суб'єктів ЗЕД, які скоїли правопорушення у цій сфері.

Слід зауважити, що ст. 244 ГК України містить норму про застосування не тільки антидемпінгових заходів, а й компенсаційних та спеціальних заходів. У той самий час антидемпінгові та компенсаційні заходи є самостійними заходами, які застосовуються відповідно до Законів України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» та «Про захист

ЗЕД можуть бути Постанови НБУ щодо притягнення до відповідальності за порушення правил валютного регулювання та валютного контролю.

3.3.2. Застосування спеціальних санкцій до українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та іноземних суб'єктів господарювання

Згідно зі ст. 37 Закону «Про ЗЕД» за порушення цього Закону або пов'язаних з ним законів України до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності або іноземних суб'єктів господарської діяльності можуть бути застосовані такі спеціальні санкції:

- накладення штрафів у випадках несвочасного виконання або невиконання суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності своїх обов'язків згідно з законами України. Розмір таких штрафів визначається відповідними положеннями законів України та/або рішеннями судових органів України;
- індивідуальний режим ліцензування у випадках порушення такими суб'єктами положень Закону «Про ЗЕД» стосовно зазначених в ньому положень, що встановлюють певні заборони, обмеження або режими здійснення зовнішньоекономічних операцій з дозволу держави;
- тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності у випадках порушення Закону «Про ЗЕД» або пов'язаних з ним законів України, проведення дій, які можуть зашкодити інтересам національної економічної безпеки.

Приведені санкції застосовуються до суб'єктів за різні правопорушення у ЗЕД та на будь-якому етапі здійснення зовнішньоекономічного контракту, навіть після такого здійснення. Наприклад, коли іноземний партнер перерахував всю суму за контрактом, а банк з цієї суми списує комісію, то це вже є правопорушенням у зовнішньоекономічній діяльності, а саме – неповернення валютної виручки. Хоча вини контрагента (резидента) немає, до цього може застосовуватися спеціальна штрафна санкція, зокрема, пеня в розмірі 0,3% від суми неповернутої виручки за кожен день прострочення.

Особливість спеціальних санкцій полягає в тому, що вони застосовуються державними органами при здійсненні зовнішньоекономічних операцій не тільки до національного суб'єкта господарювання, а ще до його іноземного контрагента. Такі заходи можуть бути спрямовані як на обмеження здійснення певних операцій, так і на зовнішньоекономічну діяльність суб'єкта господарювання взагалі.

Як приклад, лише за 2011 р. на території Дніпропетровщини до 28 резидентів та 26 нерезидентів застосовано спеціальні санкції, передбачені ст.37 Закону «Про ЗЕД» [236].

Накладення штрафів за своєю сутністю відносяться до майнових санкцій, що стягуються в адміністративному порядку за порушення господарського законодавства. Відповідно до Податкового кодексу України штрафна санкція (фінансова санкція, штраф) – це плата у вигляді фіксованої суми та/або відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з

національного товаровиробника від субсидіарного імпорту». Більше того, ні демпінговий імпорт, ні субсидіарний не є правопорушеннями.

Оскільки ЗЕД суттєво відрізняється від інших видів господарської діяльності та має свої специфічні ознаки та особливості, відповідні санкції у зазначеній сфері застосовуються як заходи захисту.

При виході на ринки інших держав українські експортери часто мають проблеми через антидемпінгове регулювання. Такі «протекціоністські» заходи, як правило, призводять до усунення з ринку іноземних підприємств [232, с. 202]. Тому застосування антидемпінгових заходів неодноразово визнавали заходами захисту національних товаровиробників, які поступово стануть одними з найдієвіших інструментів захисту внутрішнього ринку в «несправедливої торговельної практики». Навіть теорія вільної торгівлі в ГАТТ/СОТ не забороняє застосування таких спеціальних обмежувачів інструментів. Протягом останніх років кількість антидемпінгових справ зростає та проблема їхнього застосування особливо набуває актуальності у зв'язку з вступом України у СОТ [233, с. 67, 68]. Так, за станом на січень 2009 р. в Україні антидемпінгові заходи застосовувалися відносно 15 видів ввезених товарів. Щодо українських товарів антидемпінгові заходи застосовуються за 34 видами продукції. Лише за шість місяців 2012 р. Міжвідомча комісія з міжнародної торгівлі опублікувала 9 повідомлень про порушення та застосування антидемпінгового розслідування та застосування остаточних проведення антидемпінгових заходів [234]. Такі заходи застосовуються як адміністративно-антидемпінгові заходи [234]. Такі заходи застосовуються та іноземними суб'єктами господарської діяльності при здійсненні національних операцій, але серед спеціальних господарювання зовнішньоекономічних операцій, а саме – правопорушеннях, що застосовуються у цій сфері, антидемпінгові заходи на даний час не передбачаються.

Адміністративно-господарський штраф – це грошова сума, що сплачується суб'єктом господарювання до відповідного бюджету у разі порушення ним встановлених правил здійснення господарської діяльності. Перелік порушень, за які стягуються адміністративно-господарський штраф, розмір і порядок його стягнення визначаються законами, що регулюють податкові та інші відносини, в яких допущено порушення. Відмінність адміністративно-господарського штрафу від штрафних санкцій, зазначених ст. 230 ГК України, що застосовуються контрагентом, полягає в тому, що грошова сума стягується не на користь контрагента, а до державного бюджету.

Адміністративно-господарські санкції відрізняються від інших видів господарських санкцій тим, що вони визначаються тільки законами [235, с. 81]. Але, в дійсності, застосування певних адміністративно-господарських санкцій та встановлення їх розміру відбувається на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Хоча ст. 238 ГК України зазначає, що «види адміністративно-господарських санкцій, умови та порядок їх застосування визначаються цим Кодексом, іншими законодавчими актами. Адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами». Прикладом встановлення розміру санкцій підзаконними нормативно-правовими актами в

порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням яких покладено на контролюючі органи, а також штрафні санкції за порушення у сфері ЗЕД.

За даними Міністерства економіки України у 2003 р. із загальної кількості штрафних санкцій за порушення діяльності до 2703 були застосовані 33249 суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності [237, с. 127]. У 2008 р. ДПА спеціальні санкції, більшість з яких – штрафи [237, с. 127]. У 2008 р. ДПА України направлено пропозиції до Міністерства економіки України для застосування спеціальних санкцій та попередження про можливість їх застосування. ДПА України запропонувала застосувати спеціальні санкції щодо 424 суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (по 237 резидентів і 187 нерезидентів України). Міністерство економіки України застосувало спеціальні санкції та офіційно попередило про можливість застосування таких санкцій до 340 суб'єктів (178 українських та 162 іноземних суб'єктів), або 86% від розглянутих пропозицій, що більше в порівнянні з аналогічним періодом 2007 р. на 19%. Застосування спеціальних санкцій сприяло поверненню з початку 2009 р. на територію України простроченої дебіторської заборгованості на суму 22,5 млн дол. США, у зв'язку з чим скасовано спеціальні санкції по 43 суб'єктах зовнішньоекономічної діяльності та 32 іноземних суб'єктах господарської діяльності [238].

Необхідно зазначити, що законодавець не визначив коло законів України, пов'язаних із Законом про ЗЕД, що мають регулювати застосування спеціальних штрафних санкцій. Однак можна припустити, що до таких законів належать ті, що регулюють правовідносини у сфері ЗЕД [239, с. 96]. І дійсно, при регулюванні ЗЕД застосовуються норми багатьох законодавчих актів, що іноді не узгоджені та породжують певні проблеми правозастосування. Навіть з моменту прийняття ГК України ситуація не виправилася. Тому, на нашу думку, узгодженості норм господарського законодавства можна досягти шляхом подальшої кодифікації ГК України, удосконалення розділів, що присвячені ЗЕД (розділ VII) та відповідальності за порушення в сфері господарювання (розділ V). Невирішенням залишається питання щодо існування штрафу серед переліку спеціальних санкцій ст. 37 Закону «Про ЗЕД», що застосовуються за порушення законодавства в сфері ЗЕД.

Особливість спеціальних господарських санкцій полягає в тому, що вони:

- по-перше*, застосовуються лише з ініціативи органів державної влади, отже, *по-друге*, являються адміністративно-господарськими санкціями, іншими умовами та порядком їх застосування визначаються ГК України, іншими законодавчими актами. Адміністративно-господарські санкції можуть бути встановлені виключно законами (відповідно до ст. 238 ГК України);
- по-третьє*, застосовуються виключно до суб'єктів господарювання, які порушили господарське законодавство при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності;
- по-четверте*, застосовуються не тільки до національного суб'єкта, а ще до іноземного суб'єкта господарювання, на відміну від інших господарських санкцій;

по-п'яте, в більшості випадків є заходами захисту в сфері ЗЕД, для застосування яких здійснення правопорушення – не обов'язкова підстава.

Аналіз господарського законодавства свідчить, що штраф є універсальним засобом господарської відповідальності та не завжди може застосовуватися як спеціальна санкція, тобто відповідати вищевизначеним особливостям. Така форма відповідальності застосовується при порушенні господарського зобов'язання до суб'єкта як іншою стороною зобов'язання, так і боржаною у всіх сферах господарювання. Головне, що ця санкція, на відміну від інших спеціальних санкцій (які є заходами захисту економічної безпеки України), стягується тільки після факту здійснення правопорушення (є виключно способом відповідальності). У більшості випадків перелік правопорушень, за здійснення яких у ЗЕД стягуються штрафи, їх розмір, встановлюються підлягають нормативно-правовими актами (а саме – Постанови НБУ щодо валютного контролю).

Штрафні спеціальні санкції підпадають під зміст майнової господарської відповідальності лише у тій частині, де вони є лише обов'язковим засобом примусу суб'єкта ЗЕД державою згідно із законом. На відміну від штрафу – засобу впливу контрагента зовнішньоекономічного контрагенту. Штрафна спеціальна санкція у ЗЕД застосовується за порушення господарського законодавства в будь-якому випадку, не зважаючи на те, чи постраждав контрагент від дій суб'єкта ЗЕД.

Закон про ЗЕД підстави застосування **тимчасового зупинення зовнішньоекономічної діяльності** фактично не визначає. Адже правопорушення у ЗЕД вважається проведення дій, «...які можуть зашкодити інтересам національної економічної безпеки». Закон не передбачає, що саме є інтересами національної економічної безпеки з юридичної точки зору та які до суб'єктів ЗЕД призводять до негативних наслідків у розвитку національної економіки. Саме на це посилюються іноді науковці, коли засуджують «безпідставність» застосування такої санкції.

Слід наголосити, що тимчасове зупинення ЗЕД як санкція не передбачена ГК України серед інших адміністративно-господарських санкцій. Ст. 245 ГК України передбачає лише «припинення експортно-імпорتنих операцій» у випадках:

- недобросовісної конкуренції;
- розміщення валютних цінностей з порушенням встановленого законодавством порядку на рахунках та вкладах за межами України;
- в інших випадках, якщо дії учасників зовнішньоекономічної діяльності *підлягають шкоди економіці України*.

Замість тимчасового зупинення ЗЕД «припинення експортно-імпорتنих операцій» застосовують не за ймовірності настання шкоди, а при її фактичному спричиненні. Аналіз тимчасового зупинення ЗЕД (передбаченого ст. 37 Закону «Про ЗЕД») та припинення експортно-імпорتنих операцій (відповідно до ст. 245 ГК України), дає змогу стверджувати, що йдеться про різні заходи відповідальності, неоднакові підстави та різні наслідки застосування цих

навантажив його на транспорт, здійснив доставку до митниці на території України, уклавши посередницькі угоди, угоди з перевізниками тощо, — а митні органи відмовляються здійснити митне оформлення, бо до суб'єкта застосоване тимчасове зупинення його діяльності. У такому випадку відбувається простій транспорту та невиконання зобов'язання перед іноземним контрагентом у певний строк, що призводить до інших санкцій, передбачених вже не державою контрагентом, а контрагентами згідно із основним зовнішньоекономічним контрактом та іншими договорами, за допомогою яких можна здійснити зобов'язання за зазначеним контрактом.

«А санкції зовнішньоторговельних контрактів купівлі-продажу спрямовані на те, щоб зацікавити партнерів добросовісно виконувати обов'язки та захистити інтереси однієї із сторін у разі порушення будь-якої з умов контракту іншою стороною [24], с. 86). Та експортери частіше становляться платниками так званого конвенційного штрафу, який є найпоширенішим видом санкцій у вигляді штрафу з продавців за прострочення поставки товару.

Якщо з боку іноземного суб'єкта господарської діяльності були передраховані кошти до застосування тимчасового зупинення ЗЕД, то для повернення експортної операції українському суб'єктові ЗЕД слід у встановленому порядку отримати розову (індивідуальну) ліцензію Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, на що потрібен додатковий час та кошти. Але іноді іноземний суб'єкт господарської діяльності – контрагент – взагалі відмовляється від товару, оскільки строки, у які резидент зможе відновити зовнішньоекономічну діяльність та експортувати товар, не визначені (частіше вивезення товару забороняється і діяльність по експортуванню не тимчасово зупиняється, а припиняється взагалі), або товар був потрібен контрагенту саме у той строк, який було зазначено у контракті. Крім того, згідно з нормами ГК України та ЦК України в контракті може також передбачатись обов'язок винної сторони відшкодувати збитки за втрачену угоду.

Тимчасове зупинення ЗЕД як спеціальна санкція застосовується державними органами за дії, які не призвели до шкідливих наслідків, а лише можуть призвести», – тобто за ймовірності їх настання. Згідно із зазначеним можна стверджувати, що застосування тимчасового зупинення зовнішньоекономічної діяльності, як заходу відповідальності, у більшості випадків є безпідставним, бо суб'єкт, здійснюючи зобов'язання за контрактом, запропонування не здійснює. Та якщо він зобов'язання перед іноземним контрагентом, негативні наслідки та шкода від таких дій може й не настати. Слід зауважити, що такі дії відбуваються з одного боку без наявності наслідків такого правопорушення (що повинно бути ознакою об'єктивної сторони), та без вини суб'єкта з іншого боку (що свідчить про відсутність обов'язкового елементу суб'єктивної сторони правопорушення). Отже, така санкція застосовується у більшості випадків не як засіб відповідальності, а як засіб захисту державою своїх економічних інтересів.

індивідуальний режим ліцензування зовнішньоекономічної діяльності

601

санкцій у ЗЕД. У першу чергу, це прямо стосується дії санкцій. Припинення експортно-імпорتنих операцій обмежується тільки двома видами операцій: експортом та/або імпортом, та не має дії на інші види, перелік яких надано ст. 4 Закону «Про ЗЕД».

Інша відмінність наведених номіналів полягає в термінах «тимчасове зупинення» та «припинення». В науковій літературі при дослідженні спеціальних санкцій у ЗЕД неодноразово висловлювалася думка та пропозиції щодо заміни приведених термінів. І дійсно, при застосуванні тимчасового зупинення ЗЕД фактично для всіх зовнішньоекономічних операцій здійснюється до моменту, поки цей суб'єкт не здійснить заходів щодо приведення у відповідність своєї діяльності до вимог суб'єкта господарювання припинення у відповідних відносин та подальшого здійснення ЗЕД. Тимчасовий характер цієї санкції прямо залежить від чинного законодавства у сфері зовнішньоекономічних відносин та подальшого відновлення ЗЕД. Тимчасовий характер цієї санкції прямо залежить від можливостей та бажання самого суб'єкта ЗЕД, а іноді і від державних органів, ініціативи яких ця санкція було накладено як запобіжний (попереджувальний) захід для підтримки ефективного функціонування економіки країни при певних обставинах. Отже, якщо строк, на який державою (форс-мажорних) запроваджується заборона здійснення певних зовнішньоекономічних операцій не може йти.

не встановлюється, то про «тимчасовість» не може йтися. Відповідно до п. 3.2. Положення № 52 санкції у вигляді тимчасового зупинення ЗЕД можуть застосовуватися Міністерством економічного розвитку і торгівлі України до суб'єктів господарювання в разі проведення ними таких дій, які суперечать інтересам національної економічної безпеки;

- які можуть зашкодити інтересам України;
- які призводять до порушень міжнародних зобов'язань України;
- якщо суб'єкт ЗЕД, до якого раніше була застосована санкція не
- якщо суб'єкт ЗЕД, протягом року після її застосування не

індивідуальний режим ліцензування, протягом року після її застосування до вимог

живих заходів щодо приведення у відповідність своєї діяльності до вимог

ЗЕД, що

законодавства.

Отже, не всі підстави застосування тимчасового закону наведені в Положенні № 52, вийшли до Закону «Про ЗЕД». Хоча, слід зауважити, Положення № 52 (його текст) майже повністю було відображене в ст. 37 Закону «Про ЗЕД».

Такі підстави є не просто юридично неґрунтованими, а й економічно неґрунтованими. Таке твердження особливо з огляду на плани України щодо побудови правової держави. Адже будь-які санкції суттєво обмежують права підприємства та є для нього матеріально обтяжливими. Зупинення ЗЕД — це практично параліч підприємства, якщо воно орієнтоване на зовнішній ринок і його продукція на внутрішньому ринку України не має попиту [240, с. 50]. Тому застосування такої санкції має бути достатньо мотивоване, що неможливо при перетинанні оцінки кожного конкретного випадку правопорушення здійснювати. Може статися так, що резидент здійснив всі дії, передбачені зовнішньоекономічним контрактом для експортування товару: здійснив заходи щодо зберігання товару,

українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та іноземних суб'єктів господарської діяльності передбачає здійснення Міністерством економічного розвитку і торгівлі України індивідуального ліцензування кожної окремої зовнішньоекономічної операції певного виду зовнішньоекономічної діяльності, що зазначена в ст. 4 Закону «Про ЗЕД».

З метою контролю за зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання, що допустили порушення у цій сфері, оформляється разова (індивідуальна) ліцензія, яка є підставою для здійснення зовнішньоекономічних операцій суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, до яких застосовано санкції. Оформляється разова (індивідуальна) ліцензія у порядку, визначеному Міністерством економічного розвитку і торгівлі України.

Закон України «Про ліцензування окремих видів господарської діяльності» (далі – Закон про ліцензування) від 01.06.2000 р. (в редакції на момент написання тексту монографії) [242] визначає види діяльності, ліцензування яких здійснюється спеціальними законами, що регулюють відносини у цих сферах. Пунктом 4 ст. 9 наведеного акту передбачено також зовнішньоекономічна діяльність. Види господарської діяльності, не передбачені у ст. 9 цього Закону, не підлягають ліцензуванню.

Ліцензія, за змістом Закону про ліцензування, є єдиним документом дозвільного характеру, який надає право на здійснення окремого виду господарської діяльності. А ось у Законі «Про ЗЕД» індивідуальний режим ліцензування, відповідно до ст. 37, застосовується як санкція, як покарання за порушення законодавства тільки у зовнішньоекономічній діяльності, на відміну від інших видів господарської діяльності, де ліцензування є засобом державного регулювання та підставою використання свого права на реалізацію господарської діяльності.

Кожна окрема зовнішньоекономічна операція – це комплекс дій українського та іноземного суб'єкта, який включає в себе закінчену разову передачу товару та закінчені розрахунки за неї [243, с. 49]. Отже, кожна експортна операція майже щоразу потребує окремої ліцензії. А для підприємства, орієнтованого на експорт без збуту продукції в Україні, режим індивідуального ліцензування може призвести до зниження або втрати рентабельності ЗЕД.

Детальніше питанням ліцензування присвячена ст. 16 Закону про ЗЕД відповідно до якої «...спеціальний режим ліцензування впроваджується державою через такі обставини: погіршення розрахункового балансу; суттєве збільшення зовнішньої заборгованості країни; значне порушення рівноваги окремих товарів на внутрішніх ринках; необхідність забезпечення певних пропорцій між імпортом та вітчизняною сировиною у виробництві необхідність здійснення заходів у відповідь на дискримінаційні дії інших держав».

З прийняттям нової редакції наведеної статті до законодавства України імпортовано норми Світової організації торгівлі, вітчизняне законодавство у сфері ліцензування експорту/імпорту гармонізовано з вимогами угод

організації. Таким актом є Угода про процедуру ліцензування імпорту, де ліцензування імпорту визначене як адміністративна процедура, що може застосовуватися як попередня умова для ввезення товару на митну територію СОТ [244, с. 238].

Частина 10 ст. 16 Закону «Про ЗЕД» передбачає, що рішення про впровадження режиму ліцензування у разі застосування заходів щодо захисту національного товаровиробника приймається Міжвідомчою комісією з міжнародної торгівлі згідно із законодавством. Слід зауважити, що Закон України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» від 12.12.1998 р. [245] серед спеціальних заходів захисту національного товаровиробника не передбачає режиму індивідуального ліцензування взагалі.

Індивідуальний режим ліцензування як спеціальна санкція у ЗЕД може бути застосована до суб'єктів ЗЕД або іноземних суб'єктів господарської діяльності протягом *трьох років* з дня виявлення порушення законодавства. Однак, відповідно до ст. 239 ГК України індивідуальний режим ліцензування, встановлений як адміністративно-господарська санкція, може бути застосований (ст. 250 ГК України) до суб'єкта господарювання *протягом шести місяців* з дня виявлення, але не пізніше ніж через *один рік* з дня порушення цим суб'єктом встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності. Наведена неузгодженість норм щодо строків застосування санкцій призводить до значних проблем застосування заходів зовнішньоекономічності у ЗЕД.

Науковці завжди сперечалися з моменту прийняття ГК України щодо застосування неузгоджених норм зазначеного акту та Закону «Про ЗЕД», як для загального та спеціального законів.

Так, С.І. Юшина зазначала, що внесені до Закону про ЗЕД (ст. 16) зміни суттєво удосконалили процедуру ліцензування, імпорту/експорту товарів. Зокрема, ст. 381 ГК України, присвячена загальним питанням організації ліцензування в Україні, змін не зазнала. Так ГК України вимагає, щоб порядок ліцензування експортно-імпортних операцій та види ліцензій визначалися законами (ст. 381), а ст. 16 Закону «Про ЗЕД» визначає лише порядок ліцензування [246, с. 56].

Відповідно до Закону «Про ЗЕД» у разі усунення порушень законодавства України або застосування практичних заходів, що гарантують виконання цього Закону та/або пов'язаних з ним законів України, і приведення їх у відповідність до вимог міжнародних зобов'язань України, і приведення до достатніх доказів неможливості (безперспективності) застосування спеціальних заходів, що гарантують виконання закону, суб'єкти ЗЕД та іноземні суб'єкти господарської діяльності, до яких застосовано санкції, мають право звернутися до центрального органу виконавчої влади з питань економічної політики відповідні матеріали та виходити з клопотанням про скасування заходів, тимчасове зупинення дії санкцій.

Загальний термін розгляду вказаних клопотань не повинен перевищувати шість календарних днів. Тобто, для відновлення ЗЕД та отримання дозволу

на отримання продукції, резиденту потрібен певний час та додаткові витрати. Це може призвести до збільшення вартості експортованого товару або взагалі до розірвання контракту, бо продукція може втратити свої властивості, або кошти на зберігання та отримання дозволу на вивезення з-за кордону перебільшать її вартість.

Оскільки зовнішньоекономічні операції здійснюються не без участі державних органів України, то слід детальніше ознайомитися з їх повноваженнями щодо попередження і виявлення порушень при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності, та порядку притягнення суб'єктів ЗЕД до відповідальності.

Санкції, зазначені у ст. 37 Закону «Про ЗЕД», застосовуються центральним органом виконавчої влади з питань економічної політики за поданням органів державної податкової та контрольно-ревізійної служб, митних, правоохоронних органів, органів Антимонопольного комітету України, спеціально уповноваженого органу виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг та Національного банку України або за рішенням суду.

Положення № 52 передбачає, що застосуванню санкцій до суб'єкта ЗЕД може передувати офіційне попередження з боку Міністерства економічного розвитку і торгівлі України про можливість застосування до них санкцій. Але згідно з текстом Положення таке попередження суб'єкта ЗЕД (резидента) є не обов'язком, а правом держави, що на нашу думку є неправильним.

Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України щодо застосування (скасування, зміни виду, призупинення дії) санкцій у триденний термін доводиться до відома: органу, який увійшов з поданням; Державної податкової адміністрації України; Державної митної служби України; Національного банку України; відповідного державного органу Автономної Республіки Крим, структурних підрозділів обласної, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій за місцем реєстрації українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності, які доводять їх до українських суб'єктів ЗЕД.

Зазначене Положення не передбачає послідовність дій та термінів, протягом якого відповідні органи повинні повідомляти конкретного суб'єкта про накладення санкцій. Та і практика свідчить, що митниця в будь-якому випадку дізнається про застосування до експортера санкцій раніше за самого експортера, який продовжує певні дії та несе додаткові матеріальні витрати за здійснення зобов'язання за контрактом. Доцільно було б на законодавчому рівні для повідомлення національного суб'єкта ЗЕД про накладення санкцій встановити певний строк.

Вищезазначений аналіз дає змогу зробити висновки, що законодавчі акти України, які регулюють застосування спеціальних санкцій до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, потребують подальшого удосконалення. Треба визначити дії контролюючих органів щодо порядку притягнення до відповідальності суб'єктів господарювання у зовнішньоекономічній діяльності,

порядку накладення спеціальних санкцій, задля захисту прав та економічних інтересів держави.

Аналізуючи підстави притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД та іноземних суб'єктів господарювання можна дійти висновку, що санкції, які містяться у ст. 37 Закону «Про ЗЕД» і застосовуються державою, є заходами відповідальності, та, як виняток, заходами захисту національної економіки держави.

З огляду на це, слід констатувати, що трактовка зазначеної норми не відповідає її сутності та потребує деталізації, і більш чіткої правової регламентації, а саме: «...за порушення Закону «Про ЗЕД» або пов'язаних з ним актів України до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності або іноземних суб'єктів господарської діяльності можуть бути застосовані такі спеціальні санкції...». Підставою застосування зазначених заходів не завжди є порушення суб'єктом ЗЕД певних законів, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність (тобто правопорушення), а негативний стан економіки країни або ймовірність завдання шкоди економічній безпеці, державне регулювання за поверненням капіталу, ймовірність негативного впливу наслідків здійснення зовнішньоекономічних операцій на норми міжнародних угод України та інші форс-мажорні обставини. Перелік таких підстав не є вичерпним та може змінюватись залежно від зовнішніх факторів і внутрішнього стану держави.

3.4. Господарсько-правова відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за порушення правил валютних операцій

3.4.1. Господарсько-правова відповідальність при здійсненні розрахунків між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності

Слід зазначити, що значна кількість правопорушень у ЗЕД відбувається під час здійснення валютних операцій між національними суб'єктами господарської діяльності та їх іноземними контрагентами за зовнішньоекономічними контрактами. Такими правопорушеннями, насамперед, є неповернення валютної виручки або повернення її не в повному обсязі, одержання резидентами кредитів в іноземній валюті без реєстрації кредитних договорів, приховування резидентами валютних цінностей, що знаходяться за межами України, невиконання вимог законодавства щодо порядку декларування валютних цінностей та інше.

«Валютні операції» у законодавстві розуміють як:

операції, пов'язані з переходом права власності на валютні цінності, за винятком операцій, що здійснюються між резидентами у валюті України;

операції, пов'язані з використанням валютних цінностей в міжнародному обігу як засобу платежу, з передаванням заборгованостей та інших зобов'язань, предметом яких є валютні цінності;

підприємства – нерезиденти, що зареєстровані на Кіпрі та Вірджинських островах [249]. Таких прикладів здійснення порушення законодавства безліч. За 2011 р. податківцями Дніпропетровщини здійснено 600 планових та позапланових перевірок суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, за результатами яких donaraxовано до бюджету 35 млн грн валютних цінностей, тобто понад 50 млн дол. Валютні цінності за межами України з порушенням законодавчо встановлених термінів ще мають 135 суб'єктів господарювання області на загальну суму 47 млн дол. США [250]. Попередження таких порушень майже відсутнє, оскільки питання притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД за правопорушення при здійсненні розрахунків недостатньо вивчені, про що свідчить аналіз судової практики, а також останні дослідження.

Стаття 14 Закону «Про ЗЕД» передбачає, що всі суб'єкти ЗЕД мають право самостійно визначати форму розрахунків за зовнішньоекономічними операціями з-поміж тих, що не суперечать законам України та відповідають міжнародним правилам. Тобто, Закон про ЗЕД дозволяє контрагентам самостійно обирати форму розрахунків за зовнішньоекономічними контрактами, але деякі відхилення від зазначеної норми в ділочому законодавстві мають місце.

Слід розрізняти спосіб платежу, який звичайно обирають сторони, та інструмент, за допомогою якого цей розрахунок здійснюється. Головними моментами при визначенні способів розрахунків між контрагентами за зовнішньоекономічними операціями є домовленості між ними та банківські угоди між сторонами. До способу платежу відносять: авансовий платіж, плату після погрузки, торгівлю за відкритим рахунком, інкасо (документальне), акредитиви. Способи платежів є чеки, перевідні векселя, банківські трафи, поштові платіжні доручення, телеграфні/телексі платіжні доручення, грошові перекази за системою SWIFT (термінові, пріоритетні та звичайні).

Закон про ЗЕД прирівнює терміни «валютні кошти» та «валютні цінності», до яких відносить іноземну валюту готівкою, платіжні документи (чеки, векселі, трафти, депозитні сертифікати, акредитиви та інші) в іноземній валюті, цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі та інші) в іноземній валюті.

Законом «Про ЗЕД» також передбачено, що до іноземної валюти відносять платіжні документи у грошових одиницях іноземних держав та міжнародних розрахункових одиницях. Митний кодекс України від 13.03.2012 р. до іноземної валюти відносить іноземні грошові знаки в вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, які підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу.

Поняття іноземної валюти розкриває і Декрет КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р. (далі – Декрет). «Іноземна валюта» згідно з ним розглядається як власне іноземна

операції, пов'язані з ввезенням, перекладанням і пересиланням на територію України та вивезенням, перекладанням і пересиланням за її межі валютних цінностей.

Саме операції, пов'язані з використанням валютних цінностей як засобу платежу в міжнародному обігу, вважають здійсненням розрахунків між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності.

Відповідно до Постанови правління НБУ про затвердження Положення про порядок видачі Національним банком України індивідуальних ліцензій на розрахунки між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту у валюті України №484 від 14.10.2004 р. [247] розрахунки в межах торговельного обороту – це рух коштів між резидентами і нерезидентами за операціями продажу (купівлі) товарів на підставі зовнішньоекономічних договорів, які передбачають експорт або імпорту товарів. Ст. 4 Закону «Про ЗЕД» такий «рух коштів» прирівнює до самостійної зовнішньоекономічної операції.

Отже, якщо учасники зовнішньоекономічних відносин укладають контракт з експорту/імпорту товарів, то повинно здійснюватись дві операції: перша – поставка продукції, друга – проведення платежу, що можна визначити як основну та додаткову операції відповідно.

Н. Тараба факт перетину кордонів платежами не відносить до зовнішньоекономічної операції, а вважає його наслідком правовичну міжнародного характеру [248, с. 12]. Слід додати, що переказ валютних коштів за межі України (згідно із ст. 1 Закону «Про ЗЕД», це переказ грошової (валютної) коштів на користь (на рахунок) іноземного суб'єкта господарської діяльності або у банківсько-кредитну установу, що не є суб'єктом господарської діяльності України) відбувається майже при кожному контракті, що передбачає діяльності України) відбувається майже при кожному контракті. З цього слід зробити перетин як майном, так і робочою силою митної України. З цього слід зробити висновок, що розрахункові операції є невід'ємною складовою ЗЕД, порядок здійснення яких потребує на повну та об'єктивну правову регламентацію, а кожний випадок порушення такого порядку повинен бути достатньо обґрунтований на законодавчому рівні.

Важливим є той факт, що валютне регулювання здійснюється на рівні підзаконних нормативно-правових актів, які своєю кількістю та незгодженістю ускладнюють виконання норм валютного регулювання суб'єктами ЗЕД. Слід констатувати, що недосконалість правового забезпечення валютного регулювання у ЗЕД призводить до зловживань, які відбуваються як з ініціативи суб'єктів ЗЕД, так і шляхом корупції банківських установ та державних органів, які наділені контролюючими повноваженнями.

Наприклад, на початку 2009 р. ДПА у Донецькій області ліквідовано «конвертаційний» центр, діяльність якого була спрямована на надання послуг суб'єктам господарювання України щодо мінімізації податкових зобов'язань, конвертації безготівкових коштів у готівку, легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. На території України створювалися фіктивні суб'єкти господарювання для здійснення безтоварних – фіктивних фінансово-господарських операцій. Використовувалися у таких злочинних схемах також

валюта, так і банківські метали, платіжні документи та інші цінні папери, виражені в іноземній валюті або банківських металах. А «валюта України» розуміється як власне валюта України, так і платіжні документи та інші цінні папери, виражені в валюті України.

Тобто, судячи зі змісту зазначених норм, розрахунки між суб'єктами ЗЕД можуть відбуватися і шляхом передачі платіжних документів, що не можна вважати правопорушенням у ЗЕД.

Здійснення розрахунків в іноземній валюті між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та притягнення за правопорушення у цій діяльності регулюється згідно із Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23.09.1994 р. (далі – Закон про розрахунки в ІВ), згідно з яким виручка резидентів у іноземній валюті підлягає зарахуванню на їх валютні рахунки в уповноважених банках у строки виплати заборгованостей, зазначені в контрактах, але не пізніше 180 календарних днів з дати митного оформлення продукції, що експортується.

Положення про валютний контроль, затверджене постановою Правління Національного Банку України № 49 від 08.02.2000 р. (далі – Положення № 49), визначало, що нездійснення уповноваженими банками, іншими фінансовими установами та національним оператором поштового зв'язку функцій агента валютного контролю в частині інформування у випадках та в порядку, встановлених законодавством, у тому числі нормативно-правовими актами Національного банку, відповідних державних органів про порушення резидентами і нерезидентами законодавства, пов'язаного з проведенням ними валютних операцій, тягне за собою відповідальність.

У цілях забезпечення порядку зовнішньоекономічних розрахунків, контролю за їх здійсненням, законодавством України встановлені правила виконання таких розрахунків. У ч. 1 ст. 7 Декрету встановлено, що у розрахунках між резидентами і нерезидентами в рамках торговельного обороту використовується як засіб платежу іноземна валюта. Такі розрахунки здійснюються тільки через уповноважені банки. Це свідчить про те, що наведена норма є нормою публічного права і будь-які відступи суб'єктів ЗЕД від встановленого порядку розрахунків є правопорушеннями та тягнуть відповідальність.

Цей же Декрет до іноземної валюти відносить платіжні документи (векселі, тратти та інші, зазначені вище). Отже, можна стверджувати, що у самому Декреті мають місце протиріччя, бо передача таких платіжних документів відбувається без участі банку, та зарахування коштів від угоди з переданою платіжних документів на рахунок не відбувається.

За змістом наведеної вище норми Декрету можна стверджувати, що міжнародні розрахункові операції повинні бути проведені лише через уповноважені банки виключно у безготівковій формі. У свою чергу, застосування безготівкової форми, єдиної припустимої згідно із Декретом, не надає можливості застосування у якості платежу іншого майна, яке не є грошовими коштами та якому законодавством надано статус платіжного

документа, наприклад, векселя. У випадку використання при розрахунках за зовнішньоекономічними контрактами векселю настає неможливість виконання таких розрахунків через уповноважені банки, як-от потребує правова норма Декрету, тобто в безготівковій формі [251, с. 55]. Слід підкреслити, що передача векселя як виконання грошових зобов'язань за контрактом, не обумовлює участі банку у здійсненні розрахунків за таким контрактом.

Згідно із Законом України «Про обіг векселів в Україні» [252] від 05.04.2001 р. (в редакції на момент написання тексту монографії) у випадку видачі векселя згідно із договором припиняють дію грошові зобов'язання відносно платежу за цим договором та виникають грошові зобов'язання відносно платежу за векселем. Зміст цієї норми також свідчить про певні протиріччя з нормою Декрету, яка дозволяє проводити розрахунки за зовнішньоекономічними контрактами тільки через банки у безготівковій формі. А передача векселя згідно з контрактом має бути приводом для завершення розрахункових відносин між контрагентами.

Крім того, згідно зі ст. 598 ЦК України зобов'язання припиняється повністю або частково на підставах, які обрали сторони, або згідно із законом. Тобто можливість провести розрахунки через уповноважені банки втрачається. Та якщо контрагенти обрали інший спосіб розрахунків, то це не повинно розцінюватися як правопорушення у ЗЕД та тягнути за собою відповідальність.

Не повинні залишитися поза увагою певні дії суб'єктів ЗЕД при розрахунках, які були узгоджені у контракті (до його здійснення або під час такого здійснення), що у законодавстві вважаються правопорушеннями. При здійсненні зовнішньоекономічної діяльності трапляються випадки, коли у відносинах між суб'єктами ЗЕД та іноземними суб'єктами господарювання виникають зустрічні однієї сторони вимоги. На практиці також використовується встановлений термін «зустрічна торгівля», що охоплює різні види двох експортних угод.

Згідно ст. 202 ГК України господарське зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічної однієї вимоги або страхового зобов'язання. До відносин щодо припинення господарських зобов'язань застосовуються відповідні положення ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених господарським кодексом. Ст. 217 ЦК України передбачає також можливість припинення зобов'язання зарахуванням таких зустрічних однієї сторони вимог. Згідно з ч. 4 ст. 203 ГК України господарське зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічної однієї вимоги, строк якої настав або строк якої не зазначений чи визначений моментом витребування. Для зарахування достатньо однієї сторони.

М.П. Розенберг визнавав певні обмеження для заліку зустрічних вимог між сторонами зовнішньоекономічних зобов'язань [253, с. 81–83]. При ситуації, коли надходження «живих» коштів на рахунок підприємства не відбувається досить потужно та виникає загроза «паралічу» виробництва, керівництво підприємств вимушено приймає певні «несріднарі» заходи, серед яких рішення про застосування системи безбанківського заліку взаємної

заборгованості. На внутрішніх ринках система зарахування зустрічних вимог, крім визнання певних недоліків, сприяла розвитку великих промислових підприємств, а також, відвернула загрозу зупинення та ліквідації суб'єктів господарювання, що забезпечують як внутрішній, так і зовнішній ринок великої промисловості [254, с. 4, 14].

На практиці досить часто виникає питання, чи припинення зобов'язань сторін означає також автоматичне припинення відповідних зобов'язань українського експортера перед державою щодо отримання валютної виручки. Зараз є спроби проведення взаємозаліку в зовнішньоекономічних відносинах, але ж у таких випадках ніякого зарахування валюти на рахунок резидента не відбувається взагалі.

Згідно із ст. 4 Закону про розрахунки в ІВ порушення резидентами строків зарахування валютної виручки тягне за собою стягнення пені за кожен день прострочення у розмірі 0,3% суми неоплаченої виручки (вартості неоплаченого товару) в іноземній валюті, перерахованої у грошову одиницю України за валютним курсом НБУ України на день виникнення заборгованості. Можна констатувати, що йдеться тільки про подальший термін зарахування виручки. А коли за контрактом або за подальшим погодженням сторін відбулось зустрічне зарахування зобов'язань, то можна стверджувати, що зазначена норма в такому випадку не застосовується.

З іншого боку, зазначена норма вказує тільки на порушення строку зарахування валютної виручки резидентом. Але на практиці це виключено, бо контрагент, який це правопорушення і здійснює.

Зазначена проблема є об'єктом дослідження багатьох науковців. Так, Н. Ненюк пеню за порушення строку зарахування виручки в іноземній валюті визначає як повторну відповідальність, яка застосовується до суб'єкта господарювання за правопорушення, вчинені його іноземним контрагентом [255, с. 59].

Та і розмір пені науковці не раз пропонували встановити на рівні облікової ставки НБУ за кожен день прострочення, що існувала на момент виникнення порушення (в першій день не зарахування валютної виручки або ненадходження товару на митну територію України). Були навіть пропозиції не встановлювати верхню межу в таких випадках, оскільки контрагенти самі повинні сформувати найбільш діючі розміри можливих економічних санкцій, що спонукатимуть сторони до належного виконання договірних зобов'язань. Але слід зауважити, що пеня, яка застосовується відповідно до Закону про розрахунки в ІВ відноситься до адміністративно-господарської санкції, порядок стягнення та розмір якої повинен встановлюватись виключно законами України.

Слід зазначити, що на сьогодні відсутня чітка взаємодія українських державних органів контролю за додержанням законодавства про зовнішньоекономічну діяльність. Іноді законодавець називає такий орган

контролю, але не визначає конкретних узгоджених дій та повноважень щодо притягнення до відповідальності або попередження правопорушень у ЗЕД.

Так, відповідно до п. 8 ст. 11 Закону України «Про державну податкову службу в Україні» від 04.12.1990 р. (втратив чинність, але тут наводиться як приклад) [256] органи державної податкової служби у встановленому законом порядку мали право стягувати до бюджетів і державних цільових фондів суми недоїмки, пені, та штрафних санкцій у порядку, передбаченому законом. Відповідно до ст. 4 Закону про ІВ податкові інспекції мають право безпосередньо стягувати пеню за порушення термінів розрахунків за експортно-імпортними операціями. Але порядок дій податкової інспекції щодо такого стягнення законами не передбачений.

Стаття 37 Закону «Про ЗЕД» називає органи, які застосовують санкції до суб'єктів ЗЕД або іноземних суб'єктів господарської діяльності, але також не визначає дії контролюючих органів щодо порядку притягнення до відповідальності у зовнішньоекономічній діяльності, порядку стягнення санкцій. Зазначає тільки, що заходи відповідальності можуть бути застосовані протягом трьох років з дня виявлення порушення законодавства. І, хоча в цій нормі в якості правопорушника зазначено резидента, порядок узгоджених дій державних органів та банківських установ щодо притягнення останнього до відповідальності за законодавчо не передбачений, та санкції завжди на практиці накладаються на резидента.

Санкції, передбачені ст. 2 Указу Президента України від 27.06.1999 р. № 734/99 «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та застосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» (далі – Указ), а також п. 2 ст. 16 Декрету, застосовувалися НБУ до банків, інших фінансових установ та національного оператора поштового зв'язку, органами державної податкової служби – до інших резидентів і нерезидентів України.

Аналіз діючого законодавства дає змогу стверджувати, що такі санкції застосовуються при правопорушенні за неповнення валютної виручки лише до резидентів, навіть якщо таке неповнення відбулось з вини та умисних дій його іноземного контрагента, хоча наведеними актами були визначені всі потенційні правопорушники, тобто обидва контрагента. Замість того, щоб отримати плату за експортований товар або послуги, національний суб'єкт ЗЕД змушений виплачувати пеню, яка передбачена адміністративно-господарськими санкціями. Маються на увазі ті обставини, коли зарахування виручки не відбувається у належний термін з вини нерезидента або коли такого зарахування взагалі не може відбуватися, оскільки були зараховані однорідні зустрічні вимоги резидента – суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності, та його іноземного контрагента. Треба притягувати до відповідальності сторону, на яку за контрактом були покладені обов'язки зарахування виручки. Навіть коли резидент звертається з позовом до суду, він все одно не позбавляється від пені, яка вже була нарахована. Це свідчить про недосконалість правового регулювання, незахищеність національного товаровиробника та його

у складі майна, що потребує перетинання митного кордону України. Та відповідно до ст. 4 Закону «Про ЗЕД» кредитування – це один із видів операцій у зовнішньоекономічній діяльності, що відбувається між суб'єктами ЗЕД. Відповідно до п. 2 ст. 345 ГК України кредитні відносини здійснюються на підставі кредитного договору, що укладається між кредитором і позичальником у письмовій формі.

Згідно із Указом Президента «Про врегулювання порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів та частосування штрафних санкцій за порушення валютного законодавства» № 734/99 від 27.06.1999 р. (далі – Указ) договори, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за запозиченими у них кредитами, позиками в іноземній валюті, підлягають реєстрації Національним банком України протягом семи робочих днів з дати надходження необхідних для реєстрації документів. Протягом цього строку НБУ видає реєстраційні свідоцтва.

У разі одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів без реєстрації договорів з резидентів стягуються штрафні санкції у сумі, еквівалентній одному відсотку розміру одержаного кредиту чи позики і перерахованій у національну валюту України за офіційним обмінним курсом НБУ на день одержання кредиту, позики, з подальшою обов'язковою реєстрацією зазначених договорів. Суми штрафів спрямовуються до Державного бюджету України. Штрафи повинні сплачуватися, згідно із Указом, не пізніше п'яти днів з дня вручення штрафу у зазначений строк сума штрафу накладення з *рахунків резидента, нерезидента* відповідно до законодавства.

НБУ зобов'язав комерційні банки за вимогою Державної податкової адміністрації в безкапсному порядку списувати кошти своїх клієнтів, що мають податкову заборгованість, не тільки з розрахункового, але і всіх інших рахунків, в тому числі і валютних. Зрозуміло, що така вимога збільшить відтік на кордон іноземної валюти, а ті юридичні особи, що мають кошти на шкідливих рахунках, звичайно не будуть поспішати їх повертати [259, с. 182].

Слід зазначити, що Указ не передбачав строк, протягом якого суб'єкт ЗЕД повинен надати відповідні документи після укладення кредитного договору для його реєстрації. Також не визначено процедури притягнення до відповідальності нерезидента за недодержання умов законодавства щодо такої реєстрації, та умови обов'язкової подальшої реєстрації договору, після накладення санкцій державної податкової служби. Постає питання, чи потрібна обов'язання іноземного суб'єкта господарювання перед національним суб'єктом ЗЕД за кредитним договором.

Крім реєстрації договорів, одержання кредитів в іноземній валюті від іноземних суб'єктів господарювання потребує індивідуальної ліцензії, яка видається на період, необхідний для здійснення разової валютної операції, відповідно до ст. 5 Декрету.

дискримінацію в порівнянні із іноземним суб'єктом господарської діяльності. Судячи з наведеного, на нашу думку доцільно внести зміни до ч. 4 ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» та виключити з її змісту формулювання «...з дати прийняття позову до розгляду судом».

Отже, валютний контроль держави ставить у досить жорсткі умови суб'єктам ЗЕД та замість надання допомоги національному підприємству щодо існування на міжнародному ринку, законодавець позбавляє його права навіть скористатися тими можливостями, які були надані всім суб'єктам господарювання в межах України. Дозвіл розрахунків між суб'єктами ЗЕД у нетривалій формі – це на даний час єдина можливість для існування як на міжнародному ринку, так і на національному, особливо в умовах світової фінансово-економічної кризи, коли кожне підприємство може відчувати недостатність власних грошових коштів. Судячи з цього, пропонуємо ч. 1 ст. 7 Декрету доповнити та викласти у такій редакції: «У розрахунках між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту використовується як засіб платежу іноземна валюта. Такі розрахунки здійснюються лише через уповноважені банки. Якщо сторони домовились в договорі (контракті) про інший засіб розрахунку, який не суперечить нормам діючого законодавства, то застосовуються положення цього договору».

3.4.2. Відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за правопорушення при отриманні кредитів в іноземній валюті від нерезидентів

У практиці зовнішньої торгівлі за останні два десятиріччя значно зросла роль кредиту. З наданням кредитів пов'язані як експорт, так і імпорт, вирівнювання платіжних балансів різних держав [257, с. 374]. Відповідно до ст. 140 ГК України одним з джерел формування майна суб'єктів господарювання визнано кредити банків та інших кредиторів.

Такі кредити – це кошти та матеріальні цінності, які надаються резидентами або нерезидентами у користування суб'єктам господарювання на визначений строк і під проценти. Можливість залучення українськими суб'єктами господарювання зовнішніх фінансових ресурсів за останній час значно погіршилась через підвищення вартості іноземної валюти та/або процентних ставок.

У дослідницькій роботі С.М. Андросова проведено аналіз факторів, що сприяють здійсненню господарських правопорушень у сфері банківського кредитування [258, с. 6–13], які, безперечно, мають вплив і на порушення кредитних операцій в ЗЕД. Але, враховуючи специфіку ЗЕД, досліджена операція потребує додаткового аналізу. Одержання резидентами кредитів в іноземній валюті від нерезидентів, які ведуть свою господарську діяльність за межами України, є зовнішньоекономічною діяльністю відповідно до п. 1 ст. 377 ГК України. Гроші в іноземній валюті, призначені для здійснення фінансових зобов'язань, відповідно до законодавства, є коштами суб'єктів господарювання

Обов'язок НБУ щодо видачі ліцензії регламентовано п. 2 ст. 44 Закону України «Про Національний банк України» (далі – Закон про НБУ) № 679-XIV від 20.05.1999 р. [260]. Згідно із п.4 наведеної норми НБУ має право застосовувати заходи відповідальності до резидентів та нерезидентів за порушення правил валютного регулювання. Санкції, передбачені Декретом, застосовуються НБУ та за його визначенням – підпорядкованими йому установами.

Санкції за порушення правил валютного регулювання застосовувалися НБУ до банків та інших фінансово-кредитних установ. А при порушенні валютного законодавства іншими резидентами та нерезидентами (суб'єктів ЗЕД) до відповідальності притягує держава податкова служба. Отже, посилаючи на органи, що мають право притягувати до відповідальності, у ст.44 Закону про НБУ є неточним. Та і суб'єкти правопорушення – іноземні суб'єкти господарювання, що охоплюються поняттям «нерезиденти», зазначені у наведеній нормі, на практиці ніколи не притягувалися до відповідальності за здійснення кредитного договору з українським суб'єктом господарювання без реєстрації або без отримання ліцензії НБУ, на відміну від національних суб'єктів господарювання та іноземних представництв і філій, розташованих на території України. Разом з тим, отримання резидентом кредиту від таких філій, на нашу думку, не є зовнішньоекономічною операцією, оскільки такі взаємини не охоплюються поняттям «зовнішньоекономічна діяльність», наведеним ГК України, про що вже зазначалося у попередніх розділах. Зауважимо, що індивідуальна ліцензія видається Національним банком України, «якщо термін і суми надання і одержання кредитів в іноземній валюті перевищують встановлені законодавством межі». Спробуємо визначитися із словосполученням «встановлені законодавством межі», оскільки наведене звучить досить некоректно та незрозуміло.

Статтею 344 ГК України визначено, що розрахунки при здійсненні ЗЕД між суб'єктами господарювання регулюються умовами зовнішньоекономічних контрактів. Кредитні відносини повинні здійснюватися на підставі кредитного договору, який передбачає суму і строк кредиту, порядок його видачі, відповідальність сторін за недодержання умов кредитування, та інше (ст. 345 ГК України). Отже, індивідуальна ліцензія на отримання кредитів в іноземній валюті від іноземних суб'єктів господарювання повинна надаватися у разі, якщо строк (період) чи сума, передбачені контрагентами у контракті перевищуються, що не потребує визначення «встановлених законодавством меж отримання таких кредитів» у законодавчих актах України.

Крім того, за здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії НБУ резидент притягується до відповідальності, а саме: з нього стягується штраф у сумі, еквівалентній сумі зазначених валютних цінностей, перерахованій у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій. Уточнення потребує словосполучення «сума зазначених валютних цінностей».

Оскільки може відбуватися два різних правопорушення: перевищення терміну кредитного договору та перевищення суми договору, повинні застосовуватися різні стягнення. У першому – сума штрафу дорівнювала сумі валютних цінностей, що були перераховані після закінчення строку договору. У другому випадку – сумі валютних цінностей, що перевищили суму, зазначену у договорі (контракті). Отже, законодавством було встановлено два порушення та дві санкції при здійсненні кредитування між суб'єктами ЗЕД. При отриманні коштів в іноземній валюті за договором кредитування від іноземного суб'єкта господарювання національний суб'єкт ЗЕД без реєстрації такого договору сплачує штраф у розмірі одного відсотка від суми одержаного кредиту, а отримання таких коштів без одержання ліцензії – у розмірі, що дорівнює сумі кредиту.

Ліцензію повинен отримувати один з контрагентів. Та, навіть, якщо таке обов'язання було передбачено у кредитному договорі (контракті) сторонами та покладено на іноземного суб'єкта господарювання, до відповідальності притягують національного суб'єкта ЗЕД. Отже, слід на законодавчому рівні з переліку потенційних правопорушників правил валютного регулювання через отримання ліцензії, виключити нерезидентів та покласти зобов'язання її отримання лише на українського суб'єкта господарювання, що отримує кредит в іноземній валюті від нерезидента.

Оскільки Декретом передбачається кредитування в іноземній валюті у ЗЕД за умови отримання ліцензії, що раніше передбачалося Положенням «Про порядок надання резидентам України індивідуальних ліцензій та свідоцтв про реєстрацію на одержання кредитів в іноземній валюті від іноземних кредиторів» № 329 від 29.12.1995 р., то на даний час порядок та процедура ліцензування таких операцій у зовнішньоекономічній діяльності не передбачені, хоча Закон про ліцензування серед видів господарської діяльності, що потребують отримання ліцензії, відносить ЗЕД (про що вже згадувалось в п. 2.4.2). Звісно, ст. 16 Закону про ЗЕД присвячена ліцензуванню зовнішньоекономічних операцій, але отримання кредиту в іноземній валюті від нерезидента носить специфічний характер та потребує додаткового правового забезпечення, що дозволить попереджати здійснення правопорушень та уникати відповідальності.

Важливим є той факт, що реєстрація договору кредитування в іноземній валюті між суб'єктами ЗЕД не відбувається одночасно із отриманням ліцензії.

Слід визнати, що проблема притягнення до відповідальності за здійснення кредитування у ЗЕД в іноземній валюті без реєстрації договору та отримання ліцензії довгий час залишається відкритою. Наведене вище Положення № 329 втратило чинність з прийняттям Положення про порядок реєстрації одержання резидентами кредитів в іноземній валюті від іноземних кредиторів, затвердженого Постановою правління НБУ №144 від 07.05.1997 р., де замість індивідуальної ліцензії суб'єкт ЗЕД (резидент) повинен був отримувати реєстраційне свідоцтво на одержання кредиту в іноземній валюті. Цей акт не відповідав нормам Декрету щодо обов'язкового ліцензування такої

операції. Тобто посилення на безумовне отримання ліцензії та відповідальність за недотримання умов законодавства була передбачена, а порядок отримання ліцензії не існував.

Пізніше, прийнятий Указ передбачив відповідальність за здійснення дослідженої операції тільки без реєстрації договору кредитування. Положення № 144 було відмінене Положенням про порядок реєстрації договорів, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за залученими від нерезидентів кредитами, позиками в іноземній валюті № 602 від 22.12.1999 р., де визначено, що до відповідальності притягують тільки резидента, на відміну від Указу, що передбачав відповідальність і іноземного суб'єкта господарювання.

Згодом, відповідно до ст. 56 Закону про НБУ та з метою приведення нормативно-правових актів до вимог п. 2.33 Наказу Міністерства юстиції «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» від 12.04.2005 р. №34/5 Національним банком України була прийнята Постанова №79 про визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Правління НБУ від 17.02.2009 р., за якою втратило чинність Положення № 602. Отже, на сьогодні норми наведених актів не є дійсними, та відповідно за порушення суб'єктами ЗЕД правил здійснення кредитних операцій у іноземній валюті нормативно-правові підстави не передбачені, тобто санкції не застосовуються взагалі.

3.4.3. Відповідальність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за невиконання вимог щодо декларування валютних цінностей та іншого майна, яке знаходиться за межами України

Приховування валюти за кордоном – індикатор та результат тінізації господарської діяльності, в тому числі і зовнішньоекономічної. Незаконне зберігання валютних коштів має прямий негативний вплив на економіку держави, оскільки не дозволяє створювати валютний резерв для її підйому. Процес такого накопичування та приховування валютних цінностей сприяє зловживанню у зовнішньоекономічній діяльності. Одним із способів правового забезпечення протидії «втечі капіталу» має бути реформація господарського законодавства щодо узгодженості нормативно-правових норм та визначеність дій державних органів щодо здійснення валютного контролю.

Валютні цінності та інше майно резидентів України потрапляють за межі митної території у разі:

- 1) вивезення його у якості інвестицій;
- 2) створення на території іноземної країни філій та представництв;
- 3) відкриття національними суб'єктами ЗЕД у встановленому законом порядку валютних рахунків у банківських установах на території іноземних держав;
- 4) проведення оплати на користь іноземного контрагента за зовнішньоекономічним контрактом.

- шляхом переказу грошових коштів;
- частиною продукції, виготовленої іноземним виробником або експортером;
- іншим майном, яке експортується під час здійснення товарообмінної (бартерної) операції;

5) неотримання коштів від іноземного суб'єкта господарської діяльності за зовнішньоекономічним контрактом, який повинен був провести розрахунок;

6) «втрати» майна за кордоном в результаті дії «форс-мажорних» обставин. А саме – при застосуванні заборони ввезення такого майна, якщо це може мати негативний вплив на національну економічну безпеку.

Перші три пункти передбачають фактичне перебування майна національних суб'єктів господарювання за межами держави. Четвертий пункт визначається таким умовно, оскільки не передбачає ані декларування, ані валютного контролю, оскільки на території України в обмін потрапляють валютні цінності чи інше майно. У разі нездійснення розрахункової операції іноземним контрагентом, держава компенсує перебування майна резидента шляхом застосування до останнього штрафної санкції, яка може досягти еквівалентної суми вартості всього майна, тобто дорівнює сумі платежу, який повинен був надійти з-за кордону.

Валютний контроль щодо останнього пункту не здійснюється. А це призводить до зловживань та отримання нелегального доходу у сфері господарювання. Недосконалість правового забезпечення та наслідки застосування спеціальних санкцій вже були досліджені автором. Та слід ще раз наголосити, що правової регламентації потребує не подальший контроль (тобто контроль державних органів за майном після застосування заборони здійснення ЗЕД), а попереджувальні заходи, за допомогою яких перебування майна суб'єктів господарювання на території іноземної держави можна виключити.

Стаття 386 ГК України встановлює зобов'язання суб'єктів ЗЕД щодо надання відомостей про використання своїх валютних рахунків податковим органам у порядку, встановленому законодавством.

Відповідно до ст. 32 Закону «Про ЗЕД» суб'єкти ЗЕД та іноземні суб'єкти господарської діяльності несуть відповідальність тільки на умовах і в порядку, визначених законами України. Відповідно до п. 1 ст. 126 ГК України учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. Отже, Закону «Про ЗЕД» та ГК України виключають притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД на підставі підзаконних нормативно-правових актів. Відповідно до Декрету КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р. валютні цінності та інше майно резидентів, яке перебуває за межами України, підлягає обов'язковому декларуванню у Національному банку України. Порядок і терміни декларування встановлюються Національним банком України.

Крім того, Постановою правління НБУ № 485 від 14.10.2004 р. затверджено Положення, що регламентує порядок та умови видачі НБУ резидентам індивідуальних ліцензій на розміщення валютних цінностей на рахунках за межами України.

З метою повернення в Україну валютних цінностей, що незаконно знаходяться за її межами, відповідно до Указу Президента «Про невідкладні заходи щодо повернення в Україну валютних цінностей, що незаконно знаходяться за її межами» № 319/94 від 18.06.1994 р. (далі – Указ № 319) суб'єкти підприємницької діяльності України, незалежно від форм власності, у десятиденний строк з моменту набрання чинності Указу повинні були продекларувати у НБУ наявність (або відсутність) з визначених сум усіх належних їм валютних цінностей, які знаходяться за межами України, в тому числі одержаних у результаті здійснення підприємницької діяльності за межами України; подати Головній державній податковій інспекції України декларацію щодо сум на їх рахунках у банках та інших іноземних фінансових установах, а також щодо сум надходжень валютних цінностей у вигляді доходів (дивидендів), одержаних у результаті здійснення підприємницької діяльності за межами України. Подальше декларування суб'єктами підприємницької діяльності, незалежно від форм власності, наявності належних їм валютних цінностей, які знаходяться за межами України, здійснюється шоквартально.

За невиконання резидентами вимог щодо декларування, ст. 16 Декрету передбачає відповідальність – штраф у сумі, що встановлюється Національним банком України. Тобто, така адміністративно-господарська санкція встановлюється не законом, як того вимагає ГК України, а підзаконним нормативно-правовим актом.

У обох приведених нормативно-правових актах (Декреті та Указі) містяться певні протиріччя та неузгоджені норми.

По-перше, Указ № 319 визначив органи, що здійснюють контроль за декларуванням суб'єктами господарювання валютних цінностей та іншого майна, що знаходиться за межами України – це НБУ та органи державної податкової інспекції. А, згідно із Декретом, до відповідальності за недодержання вимог законодавства щодо такого декларування має право притягати лише НБУ. Отже, норма Указу щодо повноважень державної податкової адміністрації суперечить Декрету та не є законною.

Оскільки Декрет є актом публічного права та, порівняно з Указом має вищу юридичну силу, внесення змін до Указу, як того пропонують науковці [261, с. 143], для практичного застосування не буде мати сенсу.

По-друге, п. 9 ст. 92 Конституції України визначено, що засади зовнішньоекономічної діяльності визначаються виключно законами України. Відповідно до ст. 32 Закону «Про ЗЕД» всі суб'єкти ЗЕД несуть відповідальність тільки на умовах і в порядку, визначених законами України. Крім того, ст. 2 Закону «Про ЗЕД» визначено, що принципи верховенства закону полягає у регулюванні зовнішньоекономічної діяльності тільки законами України та забороні застосування підзаконних актів та актів управління

місцевих органів, що у будь-який спосіб створюють для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності умови менш сприятливі, ніж ті, які встановлені законами України. А нормою Указу № 319 встановлено обмеження на здійснення зовнішньоекономічної діяльності, що створює умови гірші, ніж ті, що встановлені Законом «Про ЗЕД».

Втручання державних органів у ЗЕД її суб'єктів у випадках, не передбачених Законом «Про ЗЕД», в тому числі і шляхом видання підзаконних актів, які створюють для її здійснення умови, гірші від встановлених в цьому Законі, є обмеженням права здійснення зовнішньоекономічної діяльності і як таке забороняється (ст. 5).

Однак, незважаючи на те, що норма Указу № 319 суперечить і Конституції України, і Закону «Про ЗЕД», вона існує, і резиденти повинні дотримуватися її, в іншому випадку до них буде застосовуватись відповідальність, яка передбачена чинним валютним законодавством. Безперечно, назріла ситуація, яка змагає негативного та дієвого вирішення проблеми, а саме прийняття відповідної норми закону, що буде чітко встановлювати санкції за невиконання суб'єктами ЗЕД вимог щодо декларування валютних цінностей та іншого майна, яке знаходиться за межами України. Для цього вимагають аналізу акти, що мали вплив на досліджені правопорушення, та мають бути основою для створення нової норми.

Відповідно до п. 2.7. Полісження про валютний контроль № 49 невиконання резидентами вимог щодо порядку та строків декларування валютних цінностей та іншого майна тягло за собою таку відповідальність:

- 1) порушення строків декларування – накладення штрафу в розмірі 10 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за кожний звітний період;
- 2) порушення порядку декларування – накладення штрафу в розмірі 10 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Порушенням порядку декларування є подання недостовірної інформації або перекучення даних, що відображаються у відповідній декларації, якщо такі дії свідчать про приховування резидентами валютних цінностей та майна, що знаходяться за межами України.

Відповідно до п. 2.8. несвоєчасне подання, приховування або перекучення встановленої Національним банком звітності про валютні операції тягне за собою накладення штрафу в розмірі 20 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Судячи з наведеного, незрозумілим залишається визначення правопорушень, наведених у п. 2.7. «порушення строків декларування» та у п. 2.8. «несвоєчасне подання резидентами України декларації», що на нашу думку є тотожним. Але, згідно із актом тягне різні санкції: накладення штрафу в розмірі 10 або 20 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян відповідно. Визначені розбіжності у Положенні НБУ № 49 призводили до проблем застосування заходів відповідальності до суб'єктів господарювання, які подано декларацию пізніше зазначеного у законодавстві строку. Тому виключення словосполучення «несвоєчасне подання» у п. 2.8. дозволило б

уникнути неоднозначного тлумачення та застосування у кожному випадку за однакові правопорушення різних стягнень. Зазначене положення не є чинним, але норми містяться у новому Законі про валютне регулювання.

Відповідно до Указу № 319 декларування суб'єктами підприємницької діяльності здійснюється щоквартально незалежно від наявності належних їм валютних цінностей, які знаходяться за межами України.

Така неоднозначність врегулювання цього питання вимагала прийняття відповідних роз'яснень, які були надані Національним банком України, Державною податковою адміністрацією України та Державною митною службою України в листі «Щодо подання Декларації про валютні цінності та майно» № 13-226/553-188 від 09.01.1998 р.

Відповідно до зазначеного Листа декларуванию підлягає лише наявність у резидентів валютних цінностей та майна, які перебувають за межами України. Таким чином, комерційні банки, державні податкові адміністрації та регіональні відділення НБУ приймають декларації у суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від форм власності лише при наявності у них валютних цінностей та майна, які належать резиденту України і знаходяться за її межами, у порядку, передбаченому наказом Міністерства фінансів України від 25.12.1995 р. № 207.

Разом з тим, згідно із п. 2 Указа Президента України від 18.06.1994р. № 319/94, незалежно від строків подання бухгалтерської звітності на вимогу суб'єктів підприємницької діяльності, які планують здійснення ЗЕД та не мають валютних цінностей та майна за межами України, державні податкові адміністрації реєструють видані таким суб'єктам довідки про відсутність у них валютних цінностей та майна за межами України. Отже, після реєстрації в державній податковій адміністрації за місцезнаходженням суб'єкта підприємницької діяльності зазначена довідка є підставою для прийняття до митного оформлення експортно-імпорتنних вантажів, проведення банківських операцій з валютними цінностями уповноваженими банками України, а також здійснення інших видів зовнішньоекономічної діяльності.

Таким чином, якщо суб'єкти господарювання не мають майна та валютних цінностей за межами України та не планують здійснення ЗЕД, вони не повинні подавати декларацію щоквартально. Тому для узгодження норм доцільно у абз. 3, п.1 Указа № 319 виключити словосполучення «незалежно від наявності належних їм валютних цінностей, які знаходяться за межами України», що дозволить розмежувати заходи відповідальності до суб'єктів ЗЕД та інших суб'єктів господарювання, які не здійснювали операцій у зовнішньоекономічній діяльності.

У разі, коли відносини регулюються суперечливими нормативними актами, капітали, залучені до зовнішньоекономічного обороту, влаштовуються в тіньову економіку або за межі національної економіки взагалі, що не сприяє її розвитку [262, с. 3]. Аналіз наведених нормативно-правових актів свідчить про їх суперечливість, необґрунтованість щодо прийняття заходів захисту та

відповідальності, та взагалі про неефективність існування, що призводить до виникнення стабільності фінансової системи та підриву національної економічної безпеки держави.

Підсумовуючи вищесказане в Розділі 3, слід відзначити наступне:

1. видами відповідальності суб'єктів господарювання у ЗЕД слід визначити: господарсько-правову (відповідальність за порушення господарського законодавства, що регулює зовнішньоекономічну діяльність, та порушення умов контракту), цивільно-правову (відповідальність суб'єкта ЗЕД перед фізичною особою – споживачем), адміністративну та кримінальну. Оскільки майнова відповідальність має місце у всіх зазначених за галузевими ознаками видах відповідальності, її слід визначити як форму. Іншою формою відповідальності у ЗЕД, що не має майнового (матеріального) характеру, є організаційно-примусова;

2. зміст експортно-імпорتنних операцій повинен відображатися з урахуванням обов'язкового перетину майном (робочою силою) митного кордону України, з метою виключення із переліку правопорушень у сфері ЗЕД протиправних операцій, що здійснюються між резидентом та нерезидентом в межах країни;

3. залишається не з'ясованим питання щодо припинення правопорушення та подальшого контролю за суб'єктом ЗЕД щодо повернення товарів (сировини). Доцільно було б на законодавчому рівні встановити застосування тимчасового зупинення ЗЕД, як спеціальної санкції до суб'єкта господарювання;

4. з наведеного у тексті переліку господарсько-правових санкцій слід зробити висновки, що ці санкції є єдиним правовим засобом відповідальності у зовнішньоекономічній діяльності та застосовуються для попередження правопорушення або припинення, ліквідації його наслідків, покарання правопорушника, або є гарантією здійснення зобов'язання. Для більш детальної регламентації господарсько-правових санкцій слід додатково проаналізувати спеціальні санкції, передбачені ст. 37 Закону «Про ЗЕД», що застосовуються до національного суб'єкта ЗЕД та іноземного суб'єкта господарської діяльності;

5. трактовка зазначеної норми не відповідає її сутності та потребує деталізації, і більш чіткої правової регламентації, а саме: «...за порушення Закону «Про ЗЕД» або пов'язаних з ним законів України до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності або іноземних суб'єктів господарської діяльності можуть бути застосовані такі спеціальні санкції...». Підставою застосування зазначених заходів не завжди є порушення суб'єктом ЗЕД певних законів, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність (тобто правопорушення), а негативний стан економіки країни або ймовірність завдання шкоди економічній безпеці, державне регулювання за поверненням капіталу, ймовірність негативного впливу наслідків здійснення зовнішньоекономічних операцій на норми міжнародних угод України та інші фактори-мажорні обставини. Перелік таких підстав не є вичерпним та може змінюватися залежно від зовнішніх факторів і внутрішнього стану держави;

6. відповідальність суб'єктів ЗЕД за недодержання умов валютного законодавства регулюється на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Розміри штрафних санкцій за певні види правопорушень встановлює НБУ, що є неприпустимою помилкою. Неузгодженість підзаконних нормативно-правових актів свідчить про відсутність єдиного правового регулювання, а також потребує прийняття єдиного акту, а саме – Закону України «Про валютне регулювання та валютний контроль в Україні». Тому пропонуємо до проекту наведеного Закону додати розділ «Відповідальність суб'єктів господарської діяльності за порушення порядку здійснення валютних операцій в Україні», який матиме статтю «Порушення порядку здійснення розрахунків за зовнішньоекономічними контрактами», та викласти її у такій редакції:

«1. Здійснення розрахунків між резидентами та нерезидентами в межах торговельного обороту без участі уповноважених банків – тягне накладення штрафу на резидента в розмірі, еквівалентному сумі валютних цінностей, які використувувалися при розрахунках, перерахованій у валюту України за офіційним курсом гривні до іноземних валют та банківських металів, установленим Національним банком на день здійснення таких операцій (при розрахунках у валюті України – на суму таких розрахунків).

2. Здійснення розрахунків між резидентами та нерезидентами у валюті України без отримання ліцензії НБУ – тягне накладення штрафу на резидента в розмірі, еквівалентному сумі валютних цінностей, які використувувалися при розрахунках, за офіційним курсом гривні, установленим Національним банком на день здійснення таких операцій.

3. Порушення резидентами строків зарахування валютної виручки – тягне за собою стягнення пені з резидента за кожен день прострочення у розмірі 0,3 відсотка суми неодоленої виручки (вартості недопоставленого товару) в іноземній валюті, перерахованій у грошову одиницю України за валютним курсом Національного банку України на день виникнення заборгованості».

7. Одним з найдієвіших засобів усунення суперечливості норм господарського законодавства, контролю та притягнення до відповідальності суб'єктів ЗЕД за порушення порядку одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів повинні бути норми права, які пропонуємо додати у вигляді відповідної статті до проекту Закону «Про валютне регулювання та валютний контроль в Україні», та викласти її в такій редакції:

«1. Одержання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів без реєстрації кредитних договорів Національним банком України – тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній одному відсотку розміру одержаного кредиту чи позики і перерахованій у національну валюту України за офіційним обмінним курсом Національного банку України на день одержання кредиту, позики.

Здійснення кредитного договору без подальної обов'язкової реєстрації після застосування санкції (п.1) – тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній розміру одержаного кредиту чи позики і перерахованій у

національну валюту України за офіційним обмінним курсом Національного банку України на день одержання кредиту, позики.

2. Здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України, якщо термін надання і одержання кредитів в іноземній валюті перевищує встановлені законодавством межі – тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній одному відсотку розміру валютних цінностей, перерахованій у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій.

Здійснення кредитних операцій з валютними цінностями без одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України, якщо суми надання і одержання кредитів в іноземній валюті перевищують встановлені законодавством межі – тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній розміру зазначеного (перевищених) валютних цінностей, перерахованій у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день здійснення таких операцій.

8. проект Закону України «Про валютне регулювання та валютний контроль в Україні» слід доповнити статтею «Порушення порядку надання цінностей про валютні операції», та викласти в такій редакції:

«1. Порушення резидентами порядку декларування належних їм валютних цінностей, що знаходяться за межами України, а саме приховування або перекручення встановленої Національним банком звітності – тягне накладення штрафу в розмірі 20 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Порушення резидентами строків декларування належних їм валютних цінностей, що знаходяться за межами України – тягне накладення штрафу в розмірі 10 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за кожний звітний період.

3. Неподання резидентами встановленої Національним банком звітності про належність їм валютних цінностей або майна, що знаходяться за межами України – тягне накладення штрафу на резидента у сумі, еквівалентній двократному розміру вартості майна або валютних цінностей, перерахованій у валюту України за обмінним курсом Національного банку України на день виявлення правопорушення».