



## Вікторія Мілаш

докторка юридичних наук, доцентка,  
професорка кафедри господарського права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <http://orcid.org/https://0000-0001-5980-8184>  
mvss150510@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-195

УДК 346.3(477)

### ЗАКОНОДАВЧІ ДЕФІНІЦІЇ ТЕРМІНІВ “ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ” І “ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИЙ ДОГОВІР”: ПОДАЛЬШИЙ РОЗВИТОК ЧИ ПОГЛИБЛЕННЯ ДЕФЕКТУ

**АНОТАЦІЯ.** Удосконалення й подальший розвиток поняттєво-категоріального апарату господарського законодавства відповідно до сучасних реалій економічного розвитку є надзвичайно важливим завданням, що набуває особливої актуальності в контексті євроінтеграційних прагнень України.

Для забезпечення поняттєво-термінологічної єдності, змістовної якості й логіки нормативно-правового матеріалу та убезпечення від дисфункцій законодавчого регулювання більшість законодавчих актів, спрямованих на регулювання різних видів господарської діяльності та (або) ринків товарів (робіт, послуг), у межах яких здійснюється така діяльність, містить окрему статтю під назвою “визначення термінів”. Законодавче дефінування термінів (категорій) повинно відбуватися відповідно до основних вимог законодавчої техніки та з урахуванням тенденцій розвитку об’єктів, процесів, діяльності тощо, які розкриваються (позначаються) за допомогою відповідних термінів. Порушення правил побудови законодавчих дефініцій, а також використання законодавцем неточних, абстрактних, двозначних термінів (категорій) “блокують” реалізацію їхньої інструментальної функції та, як наслідок, унеможлиблюють однозначне (одноманітне) тлумачення законодавчих норм та формування єдиної правозастосовної практики. Внесення змін до змісту законодавчих визначень (понять), які є базовими для відповідної сфери регулювання, значним чином впливає на загальний вектор її регулювання, у деяких випадках – кардинально змінює його, а інколи, на жаль, породжує численні колізії в регулюванні цієї сфери.

Метою статті є дослідження змісту законодавчих дефініцій термінів “зовнішньоекономічна діяльність” і “зовнішньоекономічний договір” з урахуванням уміщених у міжнародних конвенціях та угодах підходів щодо міжнародної (зовнішньоекономічної) природи договірних відносин, а також останніх змін до чинного законодавства про зовнішньоекономічну діяльність у частині розширення суб’єктного складу такої діяльності.

© Вікторія Мілаш, 2019

Вікторія Мілаш

Результатами дослідження стало виявлення проблемних аспектів кваліфікації зовнішньоекономічної діяльності й зовнішньоекономічних договорів, пов'язаних із вадами законодавчих дефініцій зазначених термінів, а також надання деяких пропозицій щодо їхнього усунення.

Ключові слова: законодавча дефініція (термін); зовнішньоекономічна діяльність; зовнішньоекономічний договір; комерційне підприємство; компенсаційні (офсетні) договори.

Прийняття останнім часом значної кількості актів господарського законодавства, внесення змін і доповнень до нього все більше підсилюють актуальність проблематики поняттєво-термінологічної єдності, пов'язаної із застосуванням однакових законодавчих термінів, правильним їх розумінням та однозначним тлумаченням. Фахівці з термінознавства обов'язковою ознакою законодавчого терміна (від лат. *terminus* – межа, кордон) називають чітко окреслений його зміст у формі законодавчої дефініції (визначення), за наявності якої термін вважається законодавчо інституціоналізованим (кодифікованим). Законодавча дефініція має бути сформульована з урахуванням усіх потенційних запитань і колізій, що можуть виникнути під час тлумачення й практичного застосування норм законодавчого акта (законодавчих актів). Це потребує виокремлення найістотніших ознак поняття (дефініції) та їх розташування в логічній послідовності (від загального до конкретного, від головних / первинних / до менш важливих / вторинних), що має значення для практики правозастосування<sup>1</sup>. Неприпустимими при цьому вважаються розбіжності в термінології тексту як одного нормативного акта, так і загального та спеціального законів. Як справедливо стверджує І. Онищук, у законах, які регулюють єдину сферу правовідносин або пов'язані бланкетними нормами, єдність термінології є обов'язковою; у підзаконних нормативних актах терміни застосовуються у межах термінології законів, що регулюють відповідну сферу<sup>2</sup>.

У межах практично кожного господарсько-правового дослідження аналізують законодавчий підхід до визначення тих чи інших термінів, надають їхні авторські визначення. Не є винятком і наукові розвідки з питань господарсько-правового забезпечення сфери зовнішньоекономічної діяльності. У цій царині варто назвати наукові праці О. Беяневич, А. Бобкової, Д. Задихайла, О. Вінник, Г. Знаменського, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Резнікової, В. Устименка, В. Щербини та ін.

Для сфери господарсько-правового регулювання зовнішньоекономічних відносин базовим (системотвірним) є термін “зовнішньоекономіч-

<sup>1</sup> Н Артикуца, ‘Законодавчі терміни та їх визначення’ (2009) 90 Наукові записки. Юридичні науки 39-44.

<sup>2</sup> І Онищук, ‘Термінологія та законодавчі дефініції у нормативно-правових актах’ (2012) 6 Науково-інформаційний вісник. Серія: Право 155.

на діяльність”, законодавчі визначення якого одночасно містить Господарський кодекс України (далі – ГК України)<sup>3</sup> та Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” (далі – Закон)<sup>4</sup>. Як свідчить аналіз законодавчих дефініцій, обидва законодавчі акти визначають зовнішньоекономічну діяльність (далі – ЗЕД) як різновид господарської, проте виокремлюють різні критерії (ознаки) для її кваліфікації як зовнішньоекономічної.

Відповідно до ч. 1 ст. 377 ГК України<sup>5</sup> *основним кваліфікаційним критерієм зовнішньоекономічної діяльності як одного з різновидів господарської є територіальний, пов’язаний з обов’язковим перетинанням під час її здійснення митного кордону майном, зазначеним у ч. 1 ст. 139 цього Кодексу, та (або) робочою силою. Згідно зі статтями 9, 10 Митного кодексу України<sup>6</sup> митним кордоном України є межі митної території України, зайнятої сушею, а також територіальне море, внутрішні води й повітряний простір, території вільних митних зон, штучні острови, установки й споруди, створені у виключній (морській) економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція України. Згідно з положеннями ГК України відсутність перетинання митного кордону України майном, зазначеним у ч. 1 ст. 139 ГК України, та (або) робочою силою під час здійснення господарської діяльності унеможливорює її кваліфікацію як зовнішньоекономічної незалежно від того, чи є її суб’єкти суб’єктами господарювання різних країн тощо. Стаття 139 ГК України в переліку майна у сфері господарювання залежно від економічної форми, якої воно набуває, визначає майнові цінності, що належать до основних фондів, оборотних засобів, кошти, товари, зокрема вироблену продукцію (товарні запаси), виконані роботи та послуги, і не містить жодного згадування про цифрові товари. Проте сьогодні одним із напрямів розвитку сучасних відносин у сфері господарювання є їх всеохопна цифровізація та розвиток цифрової економіки. У класичному розумінні поняття “цифрова економіка” означає діяльність, у якій основними засобами (чинниками) виробництва є цифрові (електронні, віртуальні) дані (як числові, так і текстові). Цифрова економіка базується на інформаційно-комунікаційних і цифрових технологіях, стрімкий розвиток та поширення яких уже сьогодні впливають на традиційну (фізично-аналогову) економіку. Саме дані є основним ресурсом цифрової економіки, вони генеруються та за-*

<sup>3</sup> Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

<sup>4</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 29. Ст. 377.

<sup>5</sup> Господарський кодекс України (н 3).

<sup>6</sup> Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48. Ст. 552.

Вікторія Мілаш

безпечують електронно-комунікаційну взаємодію завдяки функціонуванню електронно-цифрових пристроїв, засобів і систем<sup>7</sup>. Результатом цифрового виробництва є цифрові товари (мультимедіа-контент, програми, файли у вигляді текстів для читання або даних для використання в складі будь-яких інформаційно-довідкових систем), що можуть постачатися покупцям тільки через мережу Інтернет (надходять електронною поштою або завантажуються з відповідних сайтів).

На відміну від вітчизняного законодавства, в електронній комерції Європейського Союзу (далі – ЄС) “цифрові товари” (“електронні товари”) є загальним терміном, який використовують для позначення будь-яких товарів і послуг, які надаються, зберігаються, доставляються й використовуються в електронній формі. Прикладами цифрових товарів є вебінари, відео, навчальні програми, електронні книги, музичні файли, текстова інформація (PIN-коди, коди до онлайн-ігор), інтернет-радіо, інтернет-телебачення і потокове медіа; програмне забезпечення, шрифти та графіка; цифрові підписки; інтернет-реклама, оголошення онлайн (проплачені рекламодавцем); інтернет-купони; електронні квитки; онлайн-жетони казино; фінансові інструменти в електронному вигляді; завантажене програмне забезпечення (*Digital Distribution*) і мобільні додатки; акаунти в соціальних мережах; хмарні додатки й онлайн-ігри; віртуальні товари, що використовуються у віртуальній економіці онлайн-ігор і спільнот; навчальні посібники; робочі листи; членські програми; шпалери для робочого столу, фони для мобільних телефонів; онлайн-органайзери; електронне навчання (онлайн-курси); інтерв'ю; повідомлення в блозі; інтернет-карти; мітки; візерунки; друковані видання; кліпарти (набори графічних елементів дизайну); подарункові теги; теми вебсайту; фотогалереї; вебграфіка; вебшаблони й будь-який інший елемент, який може бути в електронному вигляді (зберігається у файлі або декількох файлах)<sup>8</sup>. Однак *під час надання електронних послуг та (або) реалізації електронних товарів перетинання митного кордону відсутнє*, оскільки мережа Інтернет є інформаційним простором. Отже, виникає питання про можливість кваліфікації господарської діяльності, що здійснюється виключно в мережі Інтернет, як зовнішньоекономічної, враховуючи фундаментальну архітектурну особливість мережі – відсутність географічних кордонів. *Наразі чинне законодавство у сфері ЗЕД виходить тільки з можливості укладання зовнішньоекономічних договорів в електронній формі та (або) через обмін електронними повідомленнями*

www.pravoua.com.ua

<sup>7</sup> Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. *Офіційний вісник України*. 2018. № 16. С. 70.

<sup>8</sup> *Велика українська юридична енциклопедія, т 15: Господарське право* (Устименко В та інші ред кол, Право 2019) 784.

(див. ст. 6 Закону<sup>9</sup>), *проте взагалі не порушує питань, пов'язаних зі здійсненням ЗЕД у мережі Інтернет і, відповідно, виконанням договорів, що її опосередковують, у межах віртуального простору.* Згідно зі ст. 1 Закону України “Про електронну комерцію”<sup>10</sup> норми цього документа застосовуються до діяльності іноземних суб'єктів електронної комерції *в частині реалізації ними товарів, виконаних робіт, надання послуг покупцям (замовникам, споживачам) на території України.* У разі, якщо однією зі сторін електронного правочину є іноземець, особа без громадянства або іноземна юридична особа, норми цього нормативно-правового акта застосовуються з урахуванням положень Закону України “Про міжнародне приватне право”<sup>11</sup>. Проте розділ VI Закону України “Про міжнародне приватне право”, що визначає колізійні норми щодо договірних зобов'язань (зокрема у сфері ЗЕД), не містить спеціальних колізійних прив'язок щодо обрання права як регулятора прав та обов'язків сторін договору, укладеного в мережі Інтернет за відсутності згоди його сторін про вибір такого права. Модельний закон про основи регулювання Інтернету<sup>12</sup> “заземлює” віртуальну взаємодію учасників інтернет-відносин, що не означає перетинання митного кордону суб'єктом чи об'єктом відносин. Так, згідно зі ст. 11 цього нормативно-правового акта “юридично значущі дії, здійснені з використанням Інтернету, визнаються виконаними на території держави, якщо дію, що спричинила юридичні наслідки, було зроблено особою під час її перебування на території цієї держави”<sup>13</sup>.

На відміну від ГК України, Закон основним критерієм указанного виду діяльності називає її суб'єктний склад у вигляді обов'язкової наявності так званого “іноземного елемента” на боці одного з учасників ЗЕД, а перетинання митного кордону товаром та (або) робочою силою розглядає як можливу додаткову ознаку. Відповідно до ст. 1 Закону:

*Зовнішньоекономічна діяльність – діяльність суб'єктів господарської діяльності та іноземних суб'єктів господарської діяльності, а також діяльність державних замовників з оборонного замовлення у випадках, визначених законами країни, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами (курсив наш. – В. М.)<sup>14</sup>.*

<sup>9</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

<sup>10</sup> Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2015. № 45. Ст. 410.

<sup>11</sup> Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 10.06.2019).

<sup>12</sup> Модельний закон об основах регулирования Интернета от 16 мая 2011 г. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997\\_o14](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_o14)> (дата звернення: 10.05.2019).

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

Так само зовнішньоекономічний договір визначено як домовленість двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їхніх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їхніх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності. При цьому Закон моментом здійснення експорту (імпорту) називає або перетин товаром митного кордону України, або перехід права власності на зазначений товар, що експортується чи імпортується, від продавця до покупця. Згідно зі ст. 334 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України):

Право власності в набувача майна за договором виникає з моменту передавання майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

Передаванням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

До передавання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає в набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону<sup>15</sup>.

Вказані вище положення свідчать про *варіативність ознаки перетинання митного кордону товаром під час як кваліфікації експортно-імпоротної операції, так і зовнішньоекономічної діяльності та комерційного договору, який її опосередковує, як міжнародного (зовнішньоекономічного)*.

Варто також зауважити, що перелік суб'єктів ЗЕД, що містить Закон, є ширшим, ніж у ГК України, завдяки включенню до нього, по-перше, *об'єднань фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність; по-друге, структурних одиниць іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України; по-третє, інших суб'єктів господарської діяльності, передбачених законами України*. Водночас ст. 5 Закону встановлює право на здійснення ЗЕД тільки фізичними та юридичними особами, а про право інших суб'єк-

<sup>15</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.



тів на здійснення ЗЕД узагалі не згадується. Фізичні особи мають право здійснювати ЗЕД з моменту набуття ними цивільної дієздатності згідно із законами України. Фізичні особи, які мають постійне місце проживання на території України, мають указане право, якщо вони зареєстровані як підприємці. Фізичні особи, які не мають постійного місця проживання на території України, мають зазначене право, якщо вони є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, у якій вони мають постійне місце проживання або громадянами якої вони є. Юридичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність відповідно до їхніх статутних документів з моменту набуття ними статусу юридичної особи. Відповідно до цієї ж статті всі суб'єкти ЗЕД України мають право відкривати свої представництва на території інших держав згідно із законами цих держав, а іноземні суб'єкти господарської діяльності, що здійснюють ЗЕД на території України, мають право на відкриття своїх представництв на території України. Частина 3 ст. 68 ГК України закріплює право підприємства, яке здійснює ЗЕД, відкривати за межами України свої представництва, філії та виробничі підрозділи, утримання яких здійснюється за його кошти. У статті 95 ЦК України філію визначено як ‘відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює всі або частину її функцій’, а представництво – ‘як відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює представництво і захист інтересів юридичної особи’. Згідно з цією статтею ‘філії та представництва не є юридичними особами, вони наділяються майном юридичної особи, що їх створила, і діють на підставі затвердженого нею положення’<sup>16</sup>. Керівники філій і представництв призначаються юридичною особою та діють на підставі виданої нею довіреності. Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні (далі – Інструкція)<sup>17</sup> для виокремлених підрозділів іноземних суб'єктів ЗЕД використовує термін “представництво” (“постійне представництво”). Згідно з пунктами 12 і 13 Інструкції:

Представництво суб'єкта господарської діяльності не є юридичною особою і не здійснює самостійно господарської діяльності, у всіх випадках воно діє від імені й за дорученням іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві про реєстрацію, виконує свої функції згідно із законодавством України. Представництво іноземного суб'єкта

<sup>16</sup> Цивільний кодекс України (н 15).

<sup>17</sup> Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затверджена наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18 січня 1996 № 30 (у редакції наказу Міністерства економіки України від 15 червня 2007 р. № 179) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0034-96>> (дата звернення: 10.05.2019).

Вікторія Мілаш

господарської діяльності в Україні може здійснювати функції, пов'язані з виконанням представницьких послуг, тільки в інтересах іноземного суб'єкта господарської діяльності, указанного у Свідоцтві.

У разі здійснення представництвом господарської діяльності на території України таке представництво повинно стати на облік у податковому органі за своїм місцезнаходженням у порядку, установленому центральним податковим органом України, та набути статусу постійного представництва<sup>18</sup>.

А за термінологією ЦК України – філії іноземного суб'єкта господарювання. Стаття 14.1.193 Податкового кодексу України визначає *постійне представництво* як:

<...> *постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська діяльність нерезидента в Україні* (курсив наш. – В. М.), зокрема: місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; установка або споруда для розвідки природних ресурсів; шахта, нафтова / газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів; склад або приміщення, що використовується для доставки товарів; сервер<sup>19</sup>.

Такий підхід цілком відповідає положенням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, згідно з п. 8 ст. 86 якої:

“Філія” юридичної особи позначає місце ведення господарської діяльності без правосуб'єктності, яке:

- a) має ознаки постійної організації, тобто є продовженням материнської компанії,
- b) має управлінську структуру; та
- c) пристосоване для економічного співробітництва з третіми сторонами в такий спосіб, що останні, хоч і знають, що, за потреби, може мати місце правовий зв'язок з материнською компанією, головний офіс якої знаходиться за кордоном, не повинні мати справу безпосередньо з такою материнською компанією, але можуть проводити економічні операції на місці здійснення діяльності, яке за своєю природою є продовженням материнської компанії<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні (п. 17).

<sup>19</sup> Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13-14. № 15-16, № 17. Ст. 112.

<sup>20</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011)> (дата звернення: 10.06.2019).



Отже, за загальним правилом, під час укладання зовнішньоекономічних договорів та застосування щодо відповідних договірних відносин положень міжнародних конвенцій (угод) *виокремлені підрозділи виступають не суб'єктами ЗЕД (відповідно, не сторонами зовнішньоекономічного договору), а одним із регулярних місць ведення ЗЕД суб'єктом господарювання, до організаційної структури якого вони належать.* Варто зауважити, що в багатьох міжнародних конвенціях (договорах, угодах), зокрема й за участю України, однією з кваліфікаційних ознак (критеріїв) “міжнародності” (зовнішньоекономічної природи) комерційних договорів є різне місцезнаходження комерційних підприємств – сторін такого договору, що й зумовлює застосування джерел конвенційного рівня регулювання договірних відносин. Уперше термін “місцезнаходження комерційних підприємств сторін у різних країнах” з'явився в Гаазьких конвенціях 1964 р. (Конвенції про єдиний закон про міжнародну купівлю-продаж товарів, Конвенції про єдиний закон про укладення контрактів з міжнародної купівлі-продажу товарів). Однак названі міжнародні акти, крім зазначеного основного критерію, вимагали наявності одного з трьох додаткових критеріїв: перетинання товару через кордон, здійснення оферти та акцепту в різних країнах, передання товару на території іншої держави, ніж місце здійснення оферти та акцепту. На думку фахівців із міжнародного приватного права, застосування цих критеріїв є не виправданим, оскільки не дає змогу кваліфікувати деякі договори (контракти) як зовнішньоекономічні. Отже, у наступних міжнародних конвенціях достатнім для кваліфікації договору купівлі-продажу як міжнародного (зовнішньоекономічного) є відповідність єдиному критерію – розміщення комерційних підприємств сторін договору в різних країнах. Указаний критерій (ознаку) закріплено в Нью-Йоркській конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р., Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., Гаазькій конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, 1986 р., Оттавській конвенції про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р., Оттавській конвенції про міжнародний факторинг 1988 р., Міжамериканській конвенції про право, що застосовується до міжнародних контрактів, 1994 р., Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах 2005 р. тощо. Однак більшість конвенцій, у яких використано поняття “комерційне підприємство”, не розкриває його сутнісне наповнення, проте їхній зміст та/або офіційні коментарі до них дають змогу стверджувати, що йдеться про *місце здійснення комерційної діяльності (ділових відносин) сторонами договору.* Так, Д. Стрі-

Вікторія Мілаш

гунова<sup>21</sup>, яка здійснила ґрунтовний аналіз зазначених вище конвенцій, цілком ґрунтовно стверджує, що в одного суб'єкта ЗЕД може бути відразу декілька “комерційних підприємств” (місць здійснення комерційної діяльності), одне з яких є основним (це місце реєстрації суб'єкта господарювання та знаходження його вищого органу управління), інші є регулярними місцями діяльності сторони, якими в більшості випадків є відокремлені підрозділи юридичної особи, розташовані на території інших країн. При цьому укладення комерційного договору між суб'єктами господарювання різних країн через їхні комерційні підприємства (зокрема представництва та філії), що розташовані на території однієї країни, виключає застосування положень відповідних конвенцій та унеможливує кваліфікацію такого договору як зовнішньоекономічного. *Поняття “комерційне підприємство” може використовуватися й щодо фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності* (далі – СПД), оскільки фізична особа – СПД – також може мати представників, які протягом тривалого терміну на договірних засадах виконують представницькі функції на території інших держав. Згідно з ч. 2 ст. 6 Закону:

Дії, які здійснюються від імені іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України, уповноваженим на це належним чином, вважаються діями цього іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності<sup>22</sup>.

Крім того, на доктринальному рівні існує думка щодо можливості створення структурних підрозділів також і фізичними особами – СПД. Так, М. Руденко<sup>23</sup> стверджує, що фізичні особи – підприємці не позбавлені права створити свою як управлінську, так і виробничу структуру. При цьому ця ознака для фізичних осіб – підприємців не є обов'язковою та має варіативний характер, що дає змогу виокремити за критерієм наявності внутрішньої структури дві категорії фізичних осіб – підприємців: а) тих, що не мають внутрішньої структури; б) тих, що мають таку структуру. Діяльність фізичної особи – СПД може здійснюватися на території декількох країн, так само і його майнова основа господарювання може бути територіально розосереджена. Як уже зазначалося, податкове законодавство визначає офіс, майстерню, склад або приміщення, що використовується для доставляння товарів тощо як постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська

www.pravoh.com.ua

<sup>21</sup> Д. Стригунова, *Правове регулювання міжнародних комерційних договорів*, т. 1 (Юстицінформ 2017) 28-33.

<sup>22</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

<sup>23</sup> М. Руденко, *Правове регулювання внутрішньогосподарських відносин* (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2017) 11.

діяльність, зокрема фізичної особи – СПД, та є його “комерційним підприємством” у контексті розуміння чинних міжнародних актів, зокрема й за участю України.

Нещодавно Закон та ГК України зазнали змін у частині розуміння зовнішньоекономічної діяльності та її суб’єктів (див. Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення закупівель продукції, робіт і послуг оборонного призначення за імпортом”<sup>24</sup>). Ідеться, зокрема, про визнання у визначених законами країни випадках діяльності державних замовників з оборонного замовлення як зовнішньоекономічної. Частина 1 ст. 139 ГК України дає визначення зовнішньоекономічної діяльності саме суб’єктів господарювання й кваліфікує її як господарську діяльність. Водночас законодавець (ст. 378 ГК України) зараховує (а не прирівнює) до суб’єктів ЗЕД, поряд із суб’єктами господарювання, державних замовників із державного оборонного замовлення. Постають запитання: чому законодавець не переформатував визначення ЗЕД з урахуванням змін у її суб’єктному складі, та яку природу має ЗЕД державних замовників із державного оборонного замовлення з урахуванням зазначених нижче чинників? По-перше, згідно з Законом України “Про державне оборонне замовлення”<sup>25</sup> державними замовниками з оборонного замовлення є визначені Кабінетом Міністрів України центральні органи виконавчої влади, інші державні органи як головні розпорядники бюджетних коштів, військові формування, утворені відповідно до законів України. ГК України прямо визначає, що держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб’єктами господарювання (ч. 1 ст. 8), і встановлює щодо цих органів пряму заборону на здійснення ними як комерційної, так і некомерційної господарської діяльності (ч. 4. ст. 43, ч. 3 ст. 52). По-друге, змістом ЗЕД як різновиду господарської діяльності є активні дії у формі виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, а не окремі господарські операції, зокрема й пов’язані з державним замовленням. По-третє, господарське законодавство зараховує державне замовлення до переліку основних засобів регульовального впливу держави на діяльність суб’єктів господарювання (ст. 12 ГК України, ст. 1 Закону України “Про державне оборонне замовлення”) шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на постачання

<sup>24</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення закупівель продукції, робіт і послуг оборонного призначення за імпортом: Закон України від 17 січня 2019 р. № 2672-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2672-19>> (дата звернення: 10.05.2019).

<sup>25</sup> Про державне оборонне замовлення: Закон України від 3 березня 1999 р. (у редакції Закону України від 23 вересня 2010 р. № 464-XIV). Відомості Верховної Ради України. 2011. № 6. Ст. 45.

Вікторія Мілаш

(закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання (ст. 13 ГК України). При цьому державний контракт з оборонного замовлення та офсетну угоду вітчизняним законодавством репрезентовано як договори-сателіти. Так, згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України “Про державне оборонне замовлення”:

У разі здійснення закупівлі продукції оборонного призначення в іноземної юридичної особи (виробника або постачальника такої продукції, робіт і послуг) на суму, що перевищує п'ять мільйонів євро, обов'язковою умовою такої закупівлі є одержання Україною в особі офсетного бенефіціара відповідних компенсацій. <...>

Офсетним бенефіціаром, що отримує компенсації, може бути державний замовник або інший суб'єкт відносин державної форми власності, якого обирає офсетна комісія за поданням державного замовника.

Порядок укладання компенсаційних (офсетних) договорів та види компенсацій визначаються Кабінетом Міністрів України.

Для вирішення питань з організації та координації діяльності щодо проведення переговорів з іноземною юридичною особою про одержання Україною компенсацій, укладання та виконання компенсаційних (офсетних) договорів Кабінет Міністрів України утворює постійну офсетну комісію у складі представників державних замовників, інших державних органів, підприємств, установ, організацій<sup>26</sup>.

За компенсаційними (офсетними) договорами можуть надаватися такі види компенсацій: виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням і ремонтом військової та спеціальної техніки й військового майна; надання послуг, зокрема з підвищення кваліфікації фахівців у сфері оборони та безпеки; надання інвестицій; передача майнових прав інтелектуальної власності; проведення в Україні наукових прикладних досліджень та конструкторських розробок; закупівля в суб'єктів господарювання України товарів або послуг на суму, що відповідає частковій або повній вартості товарів, що експортуються (зустрічна торгівля); надання українським промисловим підприємствам додаткових експортних можливостей; надання технічної допомоги щодо реформування сектору оборони та безпеки тощо. Одержання зазначених вище компенсацій здійснюється шляхом укладання та виконання компенсаційного (офсетного) договору, який чинне законодавство визначає як зовнішньоекономічний договір. При цьому офсетний договір не може бути укладений раніше за дату укладення державного контракту та без схвалення офсетною комісією, яка надалі проводить моніторинг виконання такого офсетного договору. Офсетний бенефіціар один раз на шість місяців готує звіт про виконання

www.pravoua.com.ua

<sup>26</sup> Про державне оборонне замовлення (н 25).

умов офсетного договору та подає його офсетній комісії. Офсетний договір вважається виконаним із дати підтвердження офсетним бенефіціаром виконання офсетного зобов'язання іноземною юридичною особою. Усі зазначені вище правові особливості компенсаційного (офсетного) договору, на нашу думку, ставлять під сумнів його зовнішньоекономічну природу та дають змогу розглядати його як одну з договірних форм державно-приватного партнерства.

Висновки. Кваліфікація господарської діяльності як зовнішньоекономічної і договорів, які її опосередковують, як зовнішньоекономічних, має важливі правові наслідки, пов'язані, зокрема, із: застосуванням відповідного правового режиму її здійснення, підґрунтям якого є принципи (основні засади) правового регулювання ЗЕД; наявністю та пріоритетним значенням під час правового регулювання відносин, що виникають у зв'язку з провадженням ЗЕД конвенційного рівня регулювання (ідеться про міжнародні конвенції, договори та угоди); використанням поряд із матеріально-правовим методом регулювання договірних відносин у сфері ЗЕД колізійного методу; дією принципу автономії волі сторін зовнішньоекономічного договору, пов'язаного з можливим обранням іноземного права як регулятора прав та обов'язків сторін зовнішньоекономічного договору; можливістю обрання для здійснення розрахунків за зовнішньоекономічним договором іноземної валюти; можливістю розгляду спорів у міжнародних комерційних арбітражах тощо. Відсутність єдиної законодавчої основи визначення термінів “зовнішньоекономічна діяльність” і “зовнішньоекономічний договір” зумовлює проблеми в правозастосуванні. Формування такої основи повинно відбуватися з урахуванням загальних засад правового регулювання відносин у сфері ЗЕД, положень актів міжнародно-правової уніфікації в цій царині, а також сучасних тенденцій її розвитку. Так, бурхливий розвиток електронної комерції та всеохопна цифровізація потребує від законодавця чіткої відповіді на питання про можливість кваліфікування господарської діяльності як зовнішньоекономічної за умови, що єдиним місцем здійснення ділових контактів одного або обох контрагентів є мережа Інтернет (різнонаціональні сегменти такої мережі та (або) ділові партнери є суб'єктами господарювання різних країн), при цьому відсутнє перетинання митного кордону.

Сумнівним вбачаємо забезпечення вітчизняного оборонно-промислового комплексу від корупційних схем і розкрадань через розширення завдяки державним замовникам із державного оборонного замовлення суб'єктного складу зовнішньоекономічної діяльності, законодавчі поняття якої вже протягом тривалого часу є предметом дискусій і породжують чимало питань.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Strigunova D, *Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnyh kommercheskih dogovorov [Legal Regulation of International Commercial Contracts], t 1* (Justicinform 2017) (in Russian).

#### *Edited books*

2. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 15: Hospodarske pravo [Economic Law]* (Ustymenko V ta in red kol, Pravo 2019) (in Ukrainian).

#### *Journal articles*

3. Artykutsa N, 'Zakonodavchi terminy ta yikh vyznachennia' ['Legislative Terms and Their Definitions'] (2009) 90 *Naukovi zapysky, Yurydychni nauky* 39-44 (in Ukrainian).
4. Onyshchuk I, 'Terminolohiia ta zakonodavchi definitsii u normatyvno-pravovykh aktakh' ['Terminology and Legislative Definitions in Statutory Instruments'] (2012) 6 *Naukovo-informatsiyni visnyk. Seriia: Pravo* 155 (in Ukrainian).

#### *Thesis*

5. Rudenko M, 'Pravove rehuliuвання vnutrishnohospodarskykh vidnosyn' ['Legal Regulation of Internal Economic Relations'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

### Viktoriia Milash

#### LEGISLATIVE DEFINITIONS OF TERMS "FOREIGN ECONOMIC ACTIVITY" AND "FOREIGN ECONOMIC CONTRACT": FURTHER DEVELOPMENT OR AGGRAVATION OF THE DEFECT

ABSTRACT. An improvement and further development of the body of concepts and categories comprised by economic legislation in line with today's economic development realities is a crucial task which becomes increasingly relevant in the context of European integration aspirations of Ukraine.

With the aim of ensuring the consistency of concepts and terminology, the quality of content and the logic of regulatory material, and preventing a dysfunction of legislative regulation, a separate article titled "Definition of Terms" is contained in the majority of legislative acts intended for regulation of various types of economic activity and (or) markets of goods (works, services) within which such activities are conducted. Legislative definition of terms (categories) should be made in accordance with the basic requirements of the legislative technique and with due regard for the trends in the development of objects, processes, activities, etc. which are elucidated (specified) by appropriate terms. If the rules of construction of legislative definitions are disregarded and if the legislator uses imprecise, abstract, and ambiguous terms (categories), this "blocks" the implementation of their instrumental function and, consequently, makes impossible a non-ambivalent (uniform) interpretation of legislative provisions and the development of a consistent law



application practice. Changes to the content of legislative definitions (concepts) which are basic for a respective area of regulation, have a significant impact on the general vector of its regulation, and in some cases essentially change it, and sometimes, unfortunately, give rise to numerous contradictions in the regulation of this area.

The purpose of this article is to study the content of legislative definitions of the terms “foreign economic activity” and “foreign economic contract” with due regard for the approaches pertaining to international (foreign economic) nature of contractual relations specified in international conventions and treaties, as well as for the recent changes in the foreign economic activity legislation in terms of the expansion of the range of subjects of such activities.

As a result of the study, the author identifies problematic aspects of the qualification of foreign economic activity and foreign economic contracts which stem from the imperfections of legislative definitions of these terms, and offers some proposals for eliminating these imperfections.

KEYWORDS: legislative definition (term); foreign economic activity; foreign economic contract; commercial enterprise; compensation (offset) contracts.