

PRODUCT PLACEMENT AS FORM OF UNFAIR HIDDEN ADVERTISING: THE PROBLEM OF LEGAL QUALIFICATIONS

Vaksman R. V.

This article deals with the disclosure of the contents of such a thing as product placement, as well as the issue of its legal nature. PP is quite common and important phenomenon, deserves careful study. With its focus on the content and represents nothing more than hidden advertisements. Therefore, to determine the legal nature of the phenomenon of PP, which will resist using it as unfair hidden advertising, which is prohibited by law. Thus, the necessity of improvement of legislation to prevent the proliferation of hidden advertising, as well as establish legal grounds to prosecute her.

Key words: advertising, unfair advertising, hidden advertising, product placement, manipulative techniques (methods) influence.

УДК 346.3:339.9.012.24

СПЕЦИФІЧНІ РИСИ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*Г. І. Сальнікова, кандидат юридичних наук, доцент
Національний університет
«Юридична академія імені Ярослава Мудрого»*

Присвячено питанням відокремлення зовнішньоекономічного договору (контракту) з кола інших правочинів та проблемам удосконалення українського законодавства в цій сфері.

Ключові слова: зовнішньоекономічний договір, зовнішньоекономічна діяльність, господарська діяльність, законодавство України, Світова організація торгівлі.

Постановка проблеми. Категорію «зовнішньоекономічний договір (контракт)» закріплено у нормах Господарського кодексу України та Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Важливість теоретичного розроблення питань, пов'язаних з договірним регулюванням зовнішньоекономічних підприємницьких відносин, зумовлена не тільки відсутністю досліджень цих питань на монографічному рівні, а й потребами юридичної практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зовнішньоекономічний договір (контракт) недостатньо вивчений в юридичній науці. Окремим питанням його правового регулювання приділяли увагу такі вітчизняні дослідники, як О. Беяневич, О. Вінник, О. Кібенко, В. Луць, В. Мілаш, А. Попов, Р. Шишка та ін. Однак не всі питання є достатньо дослідженими.

Формулювання цілей. Метою статті є питання, пов'язані з проблемами правового регулювання зовнішньоекономічного договору (контракту), положень українського законодавства та наукової літератури, визначення критеріїв відокремлення зовнішньоекономічного договору з кола інших договорів.

Виклад основного матеріалу. Основною правовою формою, що опосередковує господарські зв'язки суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та їх іноземних контрагентів, є зовнішньоекономічний договір.

У ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [1] зовнішньоекономічний договір (контракт) визначається як «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності».

Відповідно до ч. 1 ст. 377 ГК України, зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у ч. 1 ст. 139 ГК України¹, та/або робочою силою [2].

Аналіз чинного законодавства дає підстави виділення таких критеріїв для відокремлення зовнішньоекономічного договору з кола інших правочинів:

а) його суб'єктний склад — участь у договорі хоча б одного українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності і хоча б одного іноземного контрагента.

Законодавством докладно визначено коло осіб, які є суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України (ст. 378 ГК України, статті 3, 5 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність»), та коло осіб, які можуть розглядатись як іноземні контрагенти (ст. 1 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність») визначає іноземних суб'єктів господарської діяльності як суб'єктів господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України). Слід зазначити, що договори, укладені виключно між іноземними суб'єктами господарської діяльності, не є зовнішньоекономічними, за винятком випадків, коли іноземний суб'єкт господарювання діє через свій відокремлений підрозділ (філію, відділення тощо), який має постійні місцезнаходження на території України [3];

¹ Майном у ч. 1 ст. 139 ГК України визнається 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.

б) перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою.

Вважаємо, що цей критерій, запроваджений ГК України, не є доцільним, оскільки існує низка зовнішньоекономічних договорів, виконання яких не передбачає перетинання митного кордону майном та/або робочою силою¹.

Також заслуговує на увагу думка А. Попова [4], який до обов'язкових ознак зовнішньоекономічного договору, що не є характерними для внутрішніх правочинів, відносить ще й такі:

– наявність базисних умов поставки за термінологією ІНКОТЕРМС (базисними в договорах купівлі-продажу є умови, які визначають обов'язки продавця та покупця щодо доставлення товару та встановлюють момент переходу ризику випадкової загибелі речі або пошкодження товару від продавця до покупця) [5, с. 92];

– здійснення платежів в іноземній валюті;

– захисні та арбітражні застереження (захисні застереження — це договірні умови, що включаються у контракти і передбачають можливість їхнього перегляду в процесі виконання з метою страхування валютних, кредитних та інших ризиків, тобто обмеження втрат контрагентів) [6, с. 287].

Крім того, слід погодитися з О. Винник [7], яка до ознак зовнішньоекономічного договору, що дозволяють виділити його в окрему групу господарських договорів, відносить також:

– особливості змісту договору: права і обов'язки його сторін щодо здійснення ними зовнішньоекономічної діяльності (зовнішньоекономічних операцій);

– спеціальні вимоги щодо договору: як загальне правило, письмова форма, якщо інше не встановлено законом чи міжнародним договором України;

– обов'язкова державна реєстрація визначених законом видів зовнішньоекономічних договорів/контрактів, що здійснюється відповідно до встановленого порядку (ст. 383 ГК України);

– особливості порядку розгляду договірних спорів: визначення за згодою сторін з відповідною фіксацією у договорі юрисдикційного органу (державні суди України чи конкретний міжнародний третейський суд/арбітраж, створений на території України чи іншої держави).

У статті 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» прямо зазначено, що суб'єкти, які є сторонами зовнішньоекономічного договору, мають бути здатними до укладання договору відповідно до цього та інших законів України та/або закону місця укладання договору.

¹ Цікаво, що цей критерій, поряд із іншими, було обрано як додатковий для визначення міжнародного договору купівлі-продажу у двох Гаазьких конвенціях 1964 р. про міжнародну купівлю-продаж, однак це, поряд з іншими обставинами, призвело до невиправданого виключення зі сфери дії конвенцій низки договорів. І тому Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 р. відмовилася від застосування цього критерію.

Важливим є юридичний (правовий) статус контрагента, а тому мають бути встановлені: наявність чи відсутність статусу суб'єкта зовнішньоекономічних відносин, здатність самостійно нести відповідальність, бути позивачем і відповідачем у суді тощо.

Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі законами України.

Необхідною умовою дійсності зовнішньоекономічного контракту є дотримання письмової форми [6, с. 281]. Це впливає із ч. 2 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність». Зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом.

Отже, законодавством України чітко встановлено письмову форму зовнішньоекономічного договору (контракту).

Частина 1 ст. 382 ГК України надає право суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності укладати будь-які зовнішньоекономічні договори, крім тих, укладення яких заборонено законодавством України. Водночас цей Кодекс не надає дефініції зовнішньоекономічного договору, визначення якого як «матеріально оформленої угоди двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їхніх іноземних контрагентів, спрямоване на встановлення, зміну або припинення їхніх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності» наведено у ст. 1 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність». Таким чином, цей Закон визначає зовнішньоекономічний договір відповідно до дефініції договору, запропонованої в ЦК України з одночасним акцентуванням на особливому суб'єктному складі договору та особливій сфері діяльності (ЗЕД) [8]. При дослідженні норм законодавчих та інших актів (зокрема, законів України «Про міжнародне приватне право», «Про зовнішньоекономічну діяльність», окремих норм ГК України та ЦК України тощо) можна дійти висновку про необхідність докладніше регламентувати досліджуване питання та заповнити наявні прогалини і неточності законодавства в цій сфері.

Українське законодавство визначає особливі правові механізми договірного регулювання певних видів зовнішньоекономічної діяльності. Як приклад — закони України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» та ін.

Посилена увага законодавця до відокремлення зовнішньоекономічних договорів пояснюється мотивами суто «поліцейського» характеру, бо договори, що визнаються в Україні зовнішньоекономічними, підпадають під дію низки імперативних норм вітчизняного законодавства (ці норми мають переважно

публічний характер і належать до зовнішньоекономічного, валютного, податкового, митного законодавства). Практика показує, що такий підхід є характерним для країн з досить низьким рівнем економічного розвитку, які намагаються розв'язати певні фінансові проблеми шляхом запровадження жорсткого контролю та низки обмежень щодо укладення та виконання зовнішньоекономічних договорів (контракти підпадають під дію норм про квотування та ліцензування, обов'язкову реєстрацію, може передбачатися отримання дозволу від компетентного органу на їх укладення та подання спеціальної звітності, певні обмеження можуть стосуватися предмета договору, ціни товару (робіт, послуг), валюти і порядку розрахунків тощо) [9]. Враховуючи досвід інших країн, в Україні такий підхід вже лібералізується.

Так, вступ України до Світової організації торгівлі (СОТ) є одним з пріоритетів зовнішньоекономічної політики України і розглядається як системний чинник розвитку національної економіки, лібералізації зовнішньої торгівлі.

Аналіз зовнішньоекономічних відносин України свідчить про те, що вступ держави до СОТ сприяв адаптації торговельного законодавства України з договірно-правовою системою СОТ та спонукав до інтентифікації торговельних відносин з країнами-членами СОТ [10].

Слід зазначити, що приєднання України до СОТ стимулює перегляд законів та регулятивних норм у напрямі їх гармонізації, запобігання дублювання, зняття суперечностей та подальшої лібералізації у сфері торгівлі та суміжних галузях. Удосконалення та впровадження національного законодавства відповідно до вимог СОТ сприяє застосуванню на практиці ринкових норм взаємодії між учасниками зовнішньоекономічних торговельних операцій.

У міжнародному комерційному обороті свобода договору є ширшою за свободу договору, укладеного в межах внутрішньогосподарського обороту, оскільки крім традиційних виявів свободи договору (свобода укладення договорів як передбачених, так і не передбачених чинним законодавством; свобода вибору партнера; свобода визначення договірних умов тощо) передбачає автономію волі сторін щодо вибору права, яке застосовуватиметься до змісту договору (прав і обов'язків сторін) [5, с. 72].

Відповідно до ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» [11] сторони договору зможуть за власним розсудом обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонений законами України.

Іноді сторони зовнішньоекономічного договору (контракту) вважають, що, обираючи право, яке застосовуватиметься до укладеного між ними контракту, вони можуть уникнути застосування норм податкового, митного, зовнішньоекономічного законодавства тощо. Але під обранням права мається на увазі обрання саме цивільного права, яке регулюватиме тільки ті питання, що підпадають під дію зобов'язального статуту.

Вибір права не може буди здійснений щодо деяких категорій зовнішньоекономічних договорів (контрактів)¹:

– до зовнішньоекономічного договору (контракту) про створення спільного підприємства застосовується право країни, на території якої спільне підприємство створюється й офіційно реєструється;

– до зовнішньоекономічного договору (контракту), укладеного на аукціоні, в результаті конкурсу або на біржі, застосовується право країни, на території якої проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

За відсутності погодження між сторонами відносно права, яке має застосовуватися до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), застосовується право країни, де заснована, має своє місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка є: продавцем — у договорі купівлі-продажу; наймодавцем — у договорі майнового найму; ліцензіаром — у ліцензійному договорі про використання виключних або аналогічних прав; охоронцем — у договорі зберігання; комітентом (консигнантом) — у договорі комісії (консигнації); довірцем — у договорі доручення; перевізником — у договорі перевезення; експедитором — у договорі транспортно-експедиторського обслуговування; страхувачем — у договорі страхування; кредитором — у договорі кредитування; дарувальником — у договорі дарування; поручителем — у договорі поруки; заставником — у договорі застави. Тобто основною прив'язкою виступає особистий закон однієї зі сторін контракту (тієї, яка здійснює виконання, що є істотним для договору цього виду). До зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про виробниче співробітництво, спеціалізацію і кооперування, виконання будівельно-монтажних робіт застосовується право країни, де здійснюється така діяльність або де створюються передбачені договором (контрактом) результати.

До прав і обов'язків за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), прямо не зазначеними у ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність», застосовується право країни, де заснована чи має місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка здійснює виконання такого договору (контракту), що має вирішальне значення для його змісту (ця норма лише виражає загальне правило, за яким були побудовані попередні колізійні норми).

На практиці дуже часто виникають питання щодо права, яке має застосовуватись до договорів про відступлення вимоги чи передання боргу.

Чинне законодавство не містить спеціальних колізійних норм стосовно таких договорів. М. Розенберг, аналізуючи практику МКАС (Росія), вважає, що у цьому разі виникають дві групи зобов'язальних відносин, до яких застосовуються окремі колізійні прив'язки [12]. Відносини між первісним та новим кредитором (боржником) мають регулюватися обраним ними правом

¹ Ця норма може розглядатись як надімперативна (або позитивне застереження про публічний порядок).

або правом, визначеним на підставі колізійної норми, тоді як питання припустимості відступлення вимоги (передання боргу) та умови її вчинення (згода кредитора, повідомлення третім особам тощо) мають визначатися відповідно до права, яке застосовується до основною договору.

Іноді внаслідок заміни осіб у зобов'язанні договір (контракт) втрачає ознаки зовнішньоекономічного. Наприклад, кредитор — іноземна компанія відступає право вимоги стосовно товариства, зареєстрованого в Україні, іншому українському суб'єкту підприємницької діяльності. У такому разі обидві сторони договору є вітчизняними суб'єктами господарської діяльності і їх відносини вже не можуть регулюватись іноземним правом¹.

Закон «Про зовнішньоекономічну діяльність» містить застереження про публічний порядок такого змісту: «Зовнішньоекономічний договір (контракт) може бути визнано недійсним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України або міжнародних договорів України» (ч. 5 ст. 6). Аналогічну норму закріплено й у ч. 6 ст. 382 ГК України. На практиці ця норма отримала неоднозначне тлумачення. На перший погляд, із цієї норми випливає обов'язкове застосування до зовнішньоекономічного договору (контракту) права України у будь-якому випадку, незважаючи на право, яке було обране сторонами або на підставі колізійної норми судом (арбітражем). Але таке розуміння цієї норми є неправильним, бо суперечило б основним принципам колізійного права. Вважаємо, що у зазначеній нормі йдеться про невідповідність зовнішньоекономічного договору (контракту) вимогам імперативних норм публічного законодавства України та надімперативних норм міжнародного приватного права.

Підсумовуючи викладене, можна сформулювати основні характерні (специфічні) риси, що дають можливість виділити зовнішньоекономічний договір з кола інших договорів:

- його суб'єктний склад — участь у договорі хоча б одного українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності і хоча б одного іноземного контрагента. Законодавством докладно визначається коло осіб, які є суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України;
- визначення за згодою сторін з відповідною фіксацією у договорі юрисдикційного органу;
- особливості змісту договору: права й обов'язки його сторін щодо здійснення ними зовнішньоекономічної діяльності (зовнішньоекономічних операцій);
- спеціальні вимоги щодо форми договору: як загальне правило — письмова форма, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України чи законом;

¹ Оскільки ситуація правом не врегульована, на практиці можуть виникнути такі варіанти. Сторони можуть самі укласти додаткову угоду про виключення з договору пункту щодо застосування іноземного права, або у разі виникнення спору суд, розглядаючи відповідну справу, має обґрунтувати неможливість застосування до відповідних правовідносин іноземного права.

– державна реєстрація визначених законом видів зовнішньоекономічних договорів/контрактів, що здійснюється відповідно до встановленого порядку (ст. 383 ГК України);

– наявність базисних умов поставки за термінологією ІНКОТЕРМС;

– здійснення платежів в іноземній валюті;

– захисні та арбітражні застереження.

Висновки. Проведений нами аналіз дає можливість дати рекомендації щодо вилучення із ч. 1 ст. 377 ГК України такого критерію зовнішньоекономічної діяльності, як перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою, оскільки на практиці це не є обов'язковим.

Крім того, видається за доцільне привести у відповідність перелік суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, що закріпленій у ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» з визначенням суб'єктного складу, яке міститься у ст. 378 ГК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991р. № 959-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. — 1991. — № 29. — Ст. 377.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV// Відом. Верхов. Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
3. Підприємницьке право України : підручник / за заг. ред. Р. Б. Шишки. — Х. : Еспада, 2000. — С. 378–379.
4. Попов, А. А. Правовые основы предпринимательской деятельности в Украине: учеб. пособие / А. А. Попов. — Х. : Консум, 1997. — С. 90–93.
5. Мілаш, В. С. Господарське право: курс лекцій: у 2 ч. / В. С. Мілаш. — Х. : Право, 2010. — С. 72, 92.
6. Луць, В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. / В. В. Луць. — К. : Юрінком Інтер, 1999. — С. 281, 282.
7. Вінник, О. М. Господарське право : курс лекцій / О. М. Вінник. — К. : Атіка, 2004. — С. 533–534.
8. Онищенко, О. Зовнішньоекономічний договір як основна форма зовнішньоекономічної діяльності / О. Онищенко // Юрид. журн. — 2011. — № 9. — С. 102.
9. Міжнародне приватне право : навч. посіб. МОНУ / за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана та ін. — К. : Юрінком, 2005. — С. 161–162.
10. Пахомова, Н. І. Деякі наслідки інтеграції України у світову торговельну систему в результаті приєднання до світової організації торгівлі (СОТ) / Н. І. Пахомова // Електронне наукове фахове видання «Ефективна економіка» [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.economy.nauka.com.ua/index.php?operation=1&iid=757>
11. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відом. Верхов. Ради України . — 2005. — № 32. — Ст. 422.
12. Розенберг, М. Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда / М. Г. Розенберг. — М. : Статут, 1998. — С. 23–24.

СПЕЦИФИЧЕСКИЕ ЧЕРТЫ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОГО ДОГОВОРА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

Сальникова А. И.

Посвящено вопросам разграничения внешнеэкономического договора от других видов договоров, а также проблемам совершенствования украинского законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: внешнеэкономический договор, внешнеэкономическая деятельность, хозяйственная деятельность, законодательство Украины, Мировая организация торговли.

SPECIFIC FEATURES OF EXTERNAL ECONOMIC TREATIES UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE

Salnikova G. I.

This article to the issues concerning foreign economic agreement differentiations and additionally it considers the problems in Ukrainian legislation improvement in this sphere is devoted.

Key words: foreign economic agreement; foreign economic activity; economical activity; a deal; legislation of Ukraine; World Trade Organization.

УДК 342.92

ПРО НОВИЙ ПРОЕКТ АДМІНІСТРАТИВНО- ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ В АСПЕКТІ ПРОБЛЕМ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОСКАРЖЕННЯ

*Д. В. Лученко, кандидат юридичних наук, доцент
Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*

Присвячено аналізу проекту Адміністративно-процедурного кодексу України, розробленого Міністерством юстиції України у 2012 р. Розглянуто питання порядку оформлення і подання адміністративних скарг, суб'єктів і процедури їх розгляду, правових наслідків задоволення скарг тощо. Сформульовано пропозиції, спрямовані на вдосконалення запропонованого проекту Кодексу.