

Концепція системи правового

регулювання туризму в Україні та проблеми правореалізації



Борис Вихристенко

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, президент Туристичної асоціації України



Наталія Опанасюк

кандидат юридичних наук, доцент кафедри Київського національного торговельно-економічного університету

Початок статті у № 5(127)/2012

До третьої групи (спеціальне законодавство) віднесено законодавство України про туризм, що охоплює:

- 1) Закон України «Про туризм», норми інших законів України, що стосуються безпосередньо туризму;
- 2) постанови Верховної Ради України з питань туризму;
- 3) Укази Президента України та постанови Кабінету Міністрів України щодо туризму;
- 4) відомчі акти центрального органу виконавчої влади у сфері туризму та курортів, а також інших компетентних органів з питань туризму.

Закон України «Про туризм» (в редакції від 18 листопада 2003 року) містить 7 розділів і 37 статей. Центральне місце в Законі посідають норми, що визначають вимоги до суб'єктів туристичного підприємництва, яких необхідно дотримуватись при створенні, реєстрації та ліцензуванні турпідприємств, умови здійснення ними діяльності в галузі туризму, порядок участі турпідприємств у заснуванні інших господарюючих суб'єктів туристичного спрямування, специфіка діяльності іноземних туристичних компаній в Україні та порядок надання ними турпослуг, статус туристів, їх права та обов'язки, порядок здійснення ними туристичних подорожей тощо.

Важливе значення Закону полягає в тому, що він, попри всі існуючі колізії й протиріччя, створив правові основи для реалізації людиною й громадянином гарантованих Конституцією України прав на свободу пересування, відпочинок, охорону здоров'я, на безпечне для життя і здоров'я довкілля, задоволення духовних потреб та інших прав при здійсненні ними туристичних подорожей.

У цьому зв'язку особлива увага законодавця приділяється державному регулюванню туристичної діяльності (розд. II), оскільки туризм охоплює велику кількість

людей і ресурсів, а тому не може залишатися без спеціальних правових, організаційних, економічних важелів впливу, в тому числі й з метою обмеження негативних проявів конкуренції, а також забезпечення основ соціального захисту населення. Саме тому державне регулювання туризму має бути покликане й пов'язане передусім із необхідними та достатніми вимогами, що відображають інтереси суспільства та продиктовані сучасними тенденціями соціально-економічного розвитку. У цьому розділі Закону закріплено найбільш важливі законодавчі установлення: про місце і роль туризму в державі; принципи державного регулювання туризму; про основні цілі, пріоритетні напрями й шляхи (засоби) реалізації державної політики в галузі туризму.

Формулюючи принципи державного регулювання туризму, Закон покладає на державу обов'язки сприяти туризму та створювати відповідні умови для його ефективного розвитку, визначати напрями туристичної діяльності, формувати уявлення про Україну як країну з величезними потенційними туристичними можливостями, здійснювати підтримку й захист українських туристів, туристичних підприємств і їх об'єднань. Серед основних цілей державного регулювання в ст. 6 Закону передбачені: забезпечення прав громадян на відпочинок, свободу пересування, відновлення і зміцнення здоров'я та інших суміжних прав при здійсненні подорожей; охорона навколишнього природного середовища; створення умов для діяльності, спрямованої на виховання, просвітництво та оздоровлення туристів; створення нових робочих місць, збільшення доходів України та її громадян тощо.

При цьому в статті 6 зазначено, що пріоритетним державним регулюванням є в'їзний та внутрішній туризм. За роки незалежності України спостерігається тенденція значного превалювання виїзного

туризму над в'їзним, тому державне регулювання туризму повинно бути спрямоване перш за все на відновлення прийнятнього балансу, живлення внутрішнього туризму, що сформує імідж держави як країни сприятливого розвитку туризму. Особливе значення, на наш погляд, має розвиток соціального туризму, що повинен підтримуватися державою й розвиватися за допомогою держави в світлі положень Конституції України. Ці конституційні установлення закріплюють, що Україна є соціальною державою, політика якої спрямована на створення умов, що забезпечують гідне життя людині та вільний розвиток особистості. Туризм, насамперед внутрішній, має бути доступним для всіх верств населення. Закріпленню пріоритету соціального туризму сприяло б, на нашу думку, прийняття спеціального законодавчого акта про соціальний туризм, який би створив реальні гарантії для реалізації людиною (передусім незахищеними верствами населення) свого права на туризм.

Водночас, вважаємо, Закон переобтяжений положеннями (ст. ст. 7, 8, 9 і 11), що визначають перелік органів, які здійснюють регулювання в галузі туризму, та їх повноваження, що є необґрунтованим. Ці норми не є предметом регулювання галузевого Закону України «Про туризм», оскільки виключно Конституцією України (ст. 6) встановлюються повноваження органів державної влади (Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України та інших) у всіх сферах суспільного життя, а значить вони поширюються і на туристичну галузь. Таким чином, ці статті значно перевантажують і нагромаджують Закон нормативним матеріалом з питань, що не є предметом його регулювання, та призводять до необґрунтованого укрупнення законодавчого акта, оскільки не впливають на зміст, межі й коло повноважень цих органів у сфері туризму. Закріплення повноважень зазначених державних органів в Основному

Законі є самодостатнім і, на нашу думку, не вимагає додаткового їх дублювання ще й у галузевому законодавчому акті.

Натомість законодавець дозволяє і втручання центрального органу виконавчої влади по туризму в господарську діяльність суб'єктів туристичного підприємства, чим порушуються конституційні права останніх на свободу підприємництва, вільний вибір видів своєї діяльності та свободу договору. Наприклад, запровадження понять «туроператор» і «турагент» (ст. ст. 5 і 17 Закону) не узгоджується з існуючими структурою й системою функціонування галузі та її законодавчого забезпечення. Розмежування суб'єктів туристичної діяльності на туроператорів і турагентів та здійснення за цим принципом ліцензування суперечить законодавству України з питань ліцензування: пропонується ліцензувати суб'єкти підприємництва (види суб'єктів) всупереч державним принципам ліцензійної політики – за певними видами господарської діяльності.

На відміну від досвіду деяких зарубіжних країн, де подібне структурування можливе в силу сталого розвитку інституту приватної власності (туроператори мають у власності широко розгалужену матеріальну базу: готелі, ресторани, яхти, транспортні засоби, гірськолижну мережу тощо і реалізують послуги споживачам через турагентів), у нашій державі турпідприємство виступає одночасно і турагентом, і туроператором. І це не вид його туристичної діяльності, а лише форма її здійснення. Значена вітчизняна практика, яка апробована десятиріччям та продиктована існуючими на сьогодні соціально-економічними передумовами, не суперечить міжнародним нормам, а при адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу пріоритет надається економічним і правовим особливостям конкретної держави, а не беззаперечному копіюванню відповідних норм [15].

Більш детально юридичні ознаки туроператора й турагента, їх функції з урахуванням реалій соціально-економічного розвитку нашої держави на даному етапі проаналізовані авторами в окремій науковій статті [16].

Зупинимось лише на проблемах, пов'язаних з ліцензуванням туристичної діяльності в нашій державі (дещо під іншим кутом зору, ніж раніше).

По-перше, здійснення ліцензування туроператорської діяльності як виду діяльності в галузі туризму є помилковим і таким, що порушує норми чинного законодавства України. На нашу думку, під туроператором слід розуміти організатора туристичних подорожей (турів), а під турагентом – продавця цих турів безпосередньо туристам, а свій статус турпідприємство повинно визначати самостійно в залежності від тієї ролі, яку воно відіграє на ринку турпослуг в кожному конкретному випадку шляхом укладення договорів (агентський, комісії, доручення). Ліцензування ж туристичної діяльності слід проводити за видами туризму (повернутися до раніше існуючої практики 1995-2003 рр.) як і було передбачено Законом України «Про туризм» в редакції від 15.09.1995 р.

Таким чином, вказана норма, на наш погляд, є штучною, оскільки специфіка туризму в Україні полягає в тому, що туристичне підприємство, як правило, одночасно поєднує в собі функції як туроператора, так і турагента. Реалізація даної норми на практиці призвела до певних негативних наслідків. Зокрема, поставила поза межі державного регулювання й, відповідно, контролю такі пріоритетні та перспективні для нашої держави види туризму, як внутрішній, в'їзний, екскурсійну діяльність тощо. А це, в свою чергу, призводить до некерованості галузю, численних порушень конституційних прав осіб – туристів та підвищення ризику в туризмі,

пов'язаного з життям і здоров'ям туристів. Більше того, здійснення ліцензування не за видами туризму, а за формами діяльності (туроператорська) грубо порушують права суб'єктів туристичного підприємства на вільний вибір діяльності (ст. 3 Цивільного кодексу України, ст. ст. 6, 43 і 44 Господарського кодексу України), оскільки суб'єктам господарювання дозволяється без обмежень приймати рішення і здійснювати самостійно будь-які види господарської діяльності, що не заборонені в Україні, та на вільне волевиявлення при укладенні й реалізації договорів. Адже підприємство має самостійно визначати, в яких випадках воно буде виступати туроператором, а в яких – турагентом на підставі партнерських (агентських) угод (ст. 3 ЦК України та ст. 179 ГК України).

Маємо закономірний висновок, що дане положення Закону потребує приведення у відповідність з нормами чинного законодавства України та практикою провадження туристичної діяльності в нашій державі: усунення імперативної норми стосовно законодавчого розподілу турпідприємств на туроператорів і турагентів, а також здійснення ліцензування за цим принципом. Визначальною ж ознакою, на наш погляд, в розмежуванні видів діяльності в галузі туризму повинні бути основні традиційні види туризму (в'їзний, внутрішній, виїзний та екскурсійна діяльність).

По-друге, суттєвою проблемою для практиків стала відміна з 17 листопада 2010 р. ліцензування турагентської діяльності на підставі внесених Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмеження державного регулювання господарської діяльності» від 19.10.2010 р. № 2608-VI відповідних змін до Законів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» та «Про туризм». На нашу думку, запропоновані зміни спрямовані на зміну умов здійснення господарської діяльнос-

ті та державного контролю в галузі туризму. Це, у свою чергу, абсолютно не поліпшить умови провадження даної діяльності (турагентської), а навпаки може призвести до хаосу й порушення прав споживачів туристичних послуг.

Скасування ліцензування турагентської діяльності за таких умов потрібно проводити з урахуванням того, що при здійсненні цієї діяльності суб'єкт господарювання буде зобов'язаний дотримуватися певних обов'язкових організаційних та (або) кваліфікаційних вимог (насамперед, з метою захисту прав споживачів), а не проводити її на «власний» розсуд. Що фактично сьогодні й відбувається. А контроль за їх професійною діяльністю фактично покладається на суб'єкта господарювання – туроператора.

Зокрема, відміна ліцензування може призвести до хаосу в туристичному бізнесі, оскільки держава втратить важелі контролю за турагентами, а відтак – не забезпечуватиметься захист прав споживачів, тому що турагенти працюють безпосередньо з туристами і пропонують їм турпослуги (укладають з ними договори на туристичне обслуговування).

Не запропонована альтернатива скасуванню ліцензування, а, отже, турагенти є поза межами контролю з боку місцевих і центрального органів виконавчої влади в галузі туризму. Адже, як показала багаторічна практика, ліцензування дисциплінує суб'єктів господарювання: загроза позбавлення ліцензії є важливим засобом впливу на підприємця, що має забезпечити його правомірну поведінку та дотримання вимог законодавства.

Крім того, скасування ліцензування турагентської діяльності не кореспондується з необхідністю здійснити турагентом фінансове забезпечення своєї цивільної відповідальності перед туристом за можливі заподіяні йому збитки. Ця вимога передбачена Законом України «Про туризм» (ст. 15)

і була однією з умов отримання відповідної ліцензії та у разі невиконання – відмові органом ліцензування у видачі ліцензії, а в окремих випадках – анулювання виданої раніше ліцензії. На практиці ж, фактично втрачено механізм контролю за виконанням вимоги щодо забезпечення турагентом фінансових гарантій своєї відповідальності перед туристом. Цей контроль перекладається знову ж таки на господарюючого суб'єкта – туроператора. Це, у свою чергу, суперечить конкурентному законодавству України та фактично спотворює конкурентне середовище на ринку турпослуг, призводить до порушення прав споживачів турпослуг тощо.

Не менше колізій містить Закон і щодо договірних відносин у сфері туризму: ст. ст. 20, 21, 22 про види договорів (на туристичне, готельне та екскурсійне обслуговування). У правозастосовчій практиці виникає питання, яким чином такі договори співвідносяться між собою, оскільки договір на туристичне обслуговування може включати в себе як готельні, так і екскурсійні послуги. Вочевидь, вони можуть застосовуватися і як окремі види договорів з наданням цих послуг в якості самостійних, так і комплексного його виду з поєднанням усіх складових частин послуг у сфері туризму. Наприклад, договір на туристичне обслуговування як універсальний вид договору за бажанням особи (туриста) може включати послуги з розміщення в готелі й послуги на екскурсійне обслуговування.

Розглянемо деякі проблемні аспекти цих договорів.

Так, абзац 5 статті 20 (договір на туристичне обслуговування) містить положення щодо необхідності поінформувати споживача на його вимогу про умови договору, програму туру, характеристику готелю тощо до початку надання туристичних послуг. Вказана норма має нечітке формулювання, оскільки зазначені дії не узгоджу-

ються у часі (надання турпослуг неможливе без письмово укладеного договору, а якщо такий договір підписано – немає сенсу в такій інформації), чим створюється колізія. Отже, виникає питання про юридичні наслідки укладеного договору на туристичне обслуговування або в доцільності такого інформування, тому що «початок надання туристичних послуг» неможливий без належно оформленого відповідно до норм законодавства договору. Якщо договір вже підписано, але послуги ще не надані, у цій інформації немає необхідності (до того ж суттєвій інформації про умови обслуговування: звичай країни перебування, характеристика готелю, ціну туробслуговування тощо), оскільки вона повинна передувати підписанню договору на туробслуговування. У разі надання зазначеної інформації після укладання договору, туриста може не задовольнити якась її частина щодо умов обслуговування і він зажадає відмовитися від туристичної послуги (чит. – договору на туробслуговування). Яким чином у такому разі будуть врегульовані ці взаємовідносини: які юридичні наслідки матимуть сторони за договором і хто буде нести відповідальність за завдані збитки?

До того ж, інформування туриста «до початку надання туристичних послуг», а не до підписання договору на туристичне обслуговування, грубо порушує норми Закону України «Про захист прав споживачів» (ст. 18), тому що така інформація повинна бути надана споживачеві до замовлення ним послуги для забезпечення йому можливості свідомого й компетентного вибору.

Отже, такі норми можуть створити ряд проблем у відносинах між сторонами договору (турпідприємством і споживачем – туристом): застосування на практиці неоднозначних формулювань призведе до численних порушень прав як споживачів, так і суб'єктів туристичного підприємництва. На нашу думку, це положення потребує за-

конодавчого коригування шляхом внесення змін до Закону України «Про туризм».

Також даною статтею передбачено положення, що значно погіршує інтереси й порушує права споживачів турпослуг – туристів. Зокрема, норма про необхідність інформування туриста щодо неможливості здійснення туристичної поїздки через недобір групи без зазначення конкретного терміну повідомлення про це, порушує законодавство про захист прав споживачів. По-перше, надає право суб'єктам підприємництва визначати такі терміни на власний розсуд, чим значно погіршуються умови туриста й обмежуються його права порівняно з редакцією Закону «Про туризм» від 15 вересня 1995 р. (турист у цьому випадку мав бути поінформований за 20 днів до початку туру), та призведе до численних зловживань з боку турпідприємств. По-друге, суперечить нормам міжнародного права – Директиві Європейського Союзу № 90/314 від 13.05.1995 р. «Про типовий контракт, що підлягає підписанню турагентством із клієнтом», відповідно до положень якої турист має бути повідомлений не пізніше, ніж за 20 днів до початку подорожі (ст. 7).

Таким чином, дана норма потребує приведення у відповідність з нормами міжнародного права, оскільки є порушенням прав та інтересів споживачів турпослуг та не сприяє інтеграційним процесам нашої держави до Європейської спільноти.

До Закону введено також не менш дискусійну й одіозну з точки зору права норму щодо визнання туризму виключним видом діяльності (абзац 2 ст. 5 та абзац 2 ст. 17), тобто законодавчо забороняється туроператорам займатися будь-яким іншим видом підприємницької діяльності та мати у власності т. зв. основні засоби «туристичного виробництва»: готелі, ресторани, автобуси тощо.

Тим самим діяльність туроператора зводиться до посередницької або свое-

відної організаторської, коли він шляхом укладення партнерських договорів з третіми особами (готелями, перевізниками тощо) формує турпродукт і реалізує його безпосередньо або через турагентів. Водночас, турагенти, які здійснюють класичну посередницьку діяльність на ринку турпослуг, можуть мати у власності і готелі, і ресторани, і автобуси тощо.

Таке законодавче ноу-хау шкідливе для розвитку вітчизняного туризму в цілому, бо не дає можливості розвивати туристичну інфраструктуру, залучати інвестиції (іноземні та внутрішні). Через цю законодавчу заборону турпідприємство не може мати у власності основні засоби туристичного виробництва (готелі, ресторани, баєйни, пляжі, автобуси, гірськолижна мережа тощо). Для нашої держави це не вигідно. Адаже не створюються додаткові робочі місця, не розвивається вітчизняна інфраструктура (дороги, їх облаштування за міжнародними транспортними маршрутами, аеропорти, автопарки, готелі, хостели, збереження та відтворення пам'яток історії й культури тощо). Як наслідок, держава не отримує значні кошти, в тому числі, валютні, і, що парадоксально, – ще й законодавчо стимулює економічно не вигідний їй вид туризму – виїзний та підтримує економіку інших держав за рахунок вивезення значних коштів нашими громадянами. Це нонсенс. Адаже весь світ працює навпаки, тобто країни роблять все можливе і неможливе для залучення туристів та промоцію національного турпродукту за кордоном.

Як приклад, за доходами від в'їзного туризму Україна згідно з даними Всесвітньої туристичної організації посідає останнє місце серед 30 основних європейських країн. Якщо взяти доходи країн Європи від в'їзного туризму за 100 відсотків, то ринкова частка України в цих доходах складає лише 0,3 відсотка, що є на рівні статистичної похибки.

Більше того, вказана норма, по-перше, порушує чинне законодавство України:

- статтю 13 Конституції України щодо забезпечення рівності усіх суб'єктів підприємництва та соціальної спрямованості економіки, оскільки туристичні підприємства дискриміновані по відношенню до інших суб'єктів підприємництва та видів діяльності;

- статтю 42 Конституції України, якою гарантується право кожному на свободу підприємництва та вільний вибір видів і меж підприємницької діяльності;

- статтю 3 Цивільного кодексу України та статтю 43 Господарського кодексу України, оскільки підприємці мають право без обмежень приймати рішення і здійснювати самостійно будь-яку підприємницьку діяльність, що не заборонена законом, та вільно вибирати види своєї діяльності (ст. 44 Господарського кодексу); не забезпечуватиметься свобода конкуренції та захист споживачів від проявів несумлінної конкуренції, тому що штучно обмежується коло суб'єктів, які надаватимуть ці послуги (ст. 25 Господарського кодексу);

- статті 25, 29 і 31 Господарського кодексу України, оскільки створюються нерівні правові та економічні умови на ринку турпослуг для всіх суб'єктів підприємництва, що гальмуватиме розвиток туристичного ринку. Вказане обмеження можна розцінити як дії, вчинені з метою створення перешкод доступу на ринок суб'єктів господарювання (ст. 29), що є дискримінацією та спробою обмежити конкуренцію на ринку турпослуг (ст. 31). Також порушується обов'язок держави щодо підтримання нею конкуренції як змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки власним досягненням підприємців здобуття ними певних економічних переваг, внаслідок чого споживачі та суб'єкти господарювання отримуватимуть можливість вибору необхідної послуги (ст. 25);

- статтю 44 Господарського кодексу України, відповідно до якої підприємництво в нашій державі здійснюється на основі принципу вільного вибору видів своєї діяльності;

- статтю 31 Господарського кодексу України в частині недопущення заборони створення нових підприємств, а також встановлення обмежень на здійснення окремих видів господарської діяльності з метою обмеження конкуренції;

- статтю 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (11.01.2001 р. №2210-III), тому що встановлюються обмеження на здійснення окремих видів діяльності та створюються окремим суб'єктам господарювання чи групам суб'єктів несприятливі або дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами;

- Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» від 22.03.2012 р. № 4618-УІ і Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні (затверджена Законом України від 21.12.2000 р. № 2157-III), оскільки запроваджуються несприятливі правові умови для розвитку малого підприємництва в галузі туризму та є надмірним втручання державних органів у діяльність суб'єктів господарювання.

По-друге, не відповідає міжнародній практиці.

Наведене, в кінцевому випадку, значно обмежує права людини (споживача туристичних послуг) на свободу пересування, вільний і свідомий вибір послуг, оскільки штучно обмежується кількість суб'єктів господарювання, які можуть проводити туроператорську діяльність, а, отже, відсутність конкурентного середовища впливатиме на якість наданих послуг та своєчасність їх надання туристу, свободу вибору суб'єкта господарювання, який формує й реалізує турпослуги тощо.

На нашу думку, норма Закону щодо виключності туристичної діяльності має бути вилучена шляхом внесення відповідних змін до нього.

Необґрунтованими й спірними, з нашої точки зору, є положення Закону про необхідність фінансового забезпечення відповідальності туроператора та турагента перед туристами на випадок свого банкрутства (ст. 15) [17].

Окремо слід наголосити на тому, що вперше на законодавчому рівні в абзаці 13 статті 20 Закону закріплено норму, що відносини між туроператором і турагентом (їхні права й обов'язки, відповідальність тощо) визначаються згідно із загальними положеннями про агентський договір. Отже, агентський договір у сфері туризму є нормативно закріпленим видом договору, на суттєві умови якого слід посилатися у разі виникнення спірних питань.

Продовження статті читайте в наступному номері журналу.

Список використаної літератури

15. Опанасюк Н. А. Про проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про туризм» // Держава і право: 36. наук. праць, Юридичні і політичні науки. Вип. 20. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – С. 181-188.
16. Вихристенко Б. І., Опанасюк Н. А. Цивільно-правові проблеми у діяльності туристичних підприємств: порівняльно-правовий аналіз // Бюлетень Міністерства юстиції України. – К. – С. 76-94.
17. Там само.