

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

УДК 346.12

С. І. Єршова

кандидат юридичних наук, доцент, адвокат

ДО ПИТАННЯ ПРО ОЗНАКИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ЗАКОНОДАВЧІ ТА ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

У статті висвітлено проблеми, що стосуються основних ознак підприємницької діяльності, їх доктринальних характеристик та легальних формулювань. Проаналізовано положення теорії господарського права й чинного законодавства, передусім Конституції України, Господарського кодексу України та інших господарсько-правових актів. Запропоновано підходи до вдосконалення нормативних засад підприємництва як певний внесок у розвиток наукових положень про поняття підприємницької (господарської комерційної) діяльності.

Ключові слова: підприємницька (господарська комерційна) діяльність, ознаки підприємництва, заборони на провадження підприємницької діяльності.

I. Вступ

Феномен підприємництва й підприємця (з моменту оформлення цих понять у сучасному значенні на початку XIII ст.) постійно викликає до себе інтерес. Значень поняття “підприємництво” дуже багато, це явище по-різному оцінюють представники економічної, правової науки, філософи, психологи, фахівці в галузі управління тощо. Юридичне трактування підприємництва, підприємницької діяльності також не є незмінним, усвідомлення сутності підприємництва й одночасно його суб’єкта – підприємця, відбувається через пізнання його істотних ознак – тих усталених особливостей, які саме й роблять підприємництво визначним явищем, дають змогу відмежовувати його від інших видів діяльності людей, передусім від некомерційного господарювання.

II. Постановка завдання

Мета статті – визначити й охарактеризувати основні ознаки підприємницької діяльності, їх доктринальні визначення та легальні формулювання; запропонувати підходи до вдосконалення нормативних засад підприємництва; зробити відповідний внесок у розвиток наукових положень про поняття підприємницької (господарської комерційної) діяльності.

III. Результати

У ринкових умовах господарська діяльність проваджується переважно з метою одержання прибутку, тобто є комерційною (підприємницькою).

У ч. 1 ст. 142 Господарського кодексу України (далі – ГКУ, або Кодекс) [3] прибуток (дохід) суб’єкта господарювання характеризується як показник фінансових результатів його господарської діяльності, що ви-

значається шляхом зменшення суми валового доходу суб’єкта господарювання за певний період на суму валових витрат і суму амортизаційних відрахувань.

В економічній літературі “валовий”, “чистий” дохід і прибуток розуміють дещо по-іншому. У свою чергу, ці терміни, зорієнтовані на потреби оподаткування, можуть відрізнятися за змістом від однойменних, що застосовуються в господарському законодавстві, при складанні фінансової звітності. Офіційно це закріплено в ч. 2 ст. 142 ГКУ.

Враховуючи фахові особливості зазначених понять, концепт прибутку полягає в тому, що це частина загальної суми доходу від усіх видів господарської діяльності, що залишається після покриття витрат виробництва та обігу як компенсації вартості продукції, робіт, послуг (з придбання сировини, напівфабрикатів, матеріалів, електроенергії, палива тощо, акцизний збір, рентні платежі, витрати на оплату праці, відрахування в фонди пенсійного й соціального страхування, інші державні цільові фонди, адміністративні витрати, амортизаційні відрахування тощо).

Указуючи на мету отримання прибутку (її наявність або відсутність) як основний критерій поділу господарської діяльності на комерційну й некомерційну, Кодекс (ч. 2 ст. 3, ст. 42, ч. 1 ст. 52) по суті не пов’язує вид діяльності з фактом одержання прибутку – повністю, частково порівняно із очікуваним (запланованим), або не одержанням його зовсім.

Отже, та чи інша господарська діяльність не може визнаватись комерційною (підприємницькою), якщо вона не націлена на прибуток. Коли ж за такої спрямованості в підсумку конкретного прибутку не буде, а, навіть, буде негативний результат – збитки,

самі по собі ці обставини не є підставою для вилучення діяльності із числа підприємницької та віднесення її до некомерційної. Висновок: визначальна якраз наявність мети отримання прибутку (якої суб'єкт господарювання (підприємець) прагне постійно), а не власне прибутку (постійного чи періодичного) від будь-якої операції з реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг.

Слід звернути увагу на зауваження, яке міститься в одному з науково-практичних коментарів Господарського кодексу України, про те, що такий критерій поділу на комерційну й некомерційну діяльність не має абсолютного характеру; його "необхідно наблизити до реального життя" [18, с. 8]. Вирішити це питання запропоновано згідно з положеннями міжнародного стандарту Системи національних рахунків, прийнятого в 1993 р. Комісією Європейських співтовариств, Міжнародним валютним фондом, Організацією економічного співробітництва та розвитку, Організацією Об'єднаних Націй і Світовим банком: комерційна діяльність включає виробництво продукції або надання послуг на ринку за ціною, яка покриває більше половини витрат виробництва; некомерційна діяльність охоплює виробництво продукції або надання послуг, безкоштовних або за цінами, що покривають половину чи менше половини витрат виробництва.

Водночас при аналізі поняття підприємницької діяльності в коментарі до ст. 42 ГКУ підкреслено, що "найголовнішою ознакою є саме мета отримання прибутку, а ступінь її досягнення має вторинне значення для віднесення діяльності до підприємництва" [18, с. 77].

Імовірність прибутку пов'язана з ризиковим характером підприємницької діяльності. Одержаний прибуток – це винагорода за ризик, відсутність прибутку означає, що всі несприятливі майнові наслідки діяльності (збитки) покладаються безпосередньо на підприємця¹. У будь-якому разі діяльність є підприємницькою; зазначені факти, серед інших (платоспроможність, використання капіталу, організація розрахунків, виробництва тощо), характеризують певний фінансовий стан суб'єкта господарювання – добрий або незадовільний.

До найзагальніших факторів комплексної оцінки фінансового становища суб'єкта, економічної ефективності (результативності) його роботи належать чинники "прибутковості" ("дохідність"), "рентабельність". Прибутковості (дохідності) має абсолютний і відносний показники. Абсолютний показник прибутковості (дохідності) – сума отриманого прибутку або доходу. Відносний показник – рентабель-

ність, що обчислюється як відсоткове співвідношення прибутку (доходу) до здійснених витрат². Отже, рентабельність вимірює рівень прибутковості.

З огляду на вищевикладене доцільно буде використовувати наступний, так би мовити, телеологічний підхід: якщо господарська діяльність спрямована на одержання прибутку, вона є комерційною (підприємницькою); коли ж прибуток реально отримано, можна говорити про прибутковість, рентабельність цієї підприємницької діяльності.

Визначаючи мету одержання прибутку як підставу класифікації господарської діяльності на комерційну й некомерційну, ГКУ (ч. 2 ст. 3) фактично вважає націленість на прибуток головною ознакою підприємництва. Відтак можна зробити висновок, що інші властиві підприємницькій діяльності риси, зокрема ті, що закріплені в ст. 42 Кодексу, мають розглядатись як менш суттєві, другорядні. Натомість ця стаття не надає переваги жодній з ознак. За словами Н. О. Саніахметової, неправильно виділяти мету одержання прибутку як основної ознаки, гіперболізувати її, так само як і заперечувати те, що це необхідна ознака³. Усі ознаки однаково вагомими для визначення поняття підприємництва, і тільки в сукупності здатні його визначити [57, с. 22, 28].

Існують численні доктринальні визначення підприємництва, підприємницької діяльності. Вони містяться в економічній і юридичній літературі, нерідко істотно різняться між собою. Досліджуючи феномен підприємництва, науковці називають від двох до десятка головних ознак. Серед них: самостійність, ініціативність, систематичність, ризик, мета одержання прибутку, творчий та інноваційний (новаторський) характер, регулювання державою (державна реєстрація, легалізація/легальність/легітимність), безпосередність, самостійна юридична відповідальність (майнова відповідальність), соціально відповідальний характер тощо [1, с. 9–11; 2, с. 12; 5, с. 5–7; 6, с. 7–11; 9, с. 26–30; 11, с. 61–67; 12, с. 11–13; 13, с. 18–20; 15, с. 67–70; 16, с. 5; 17, с. 80–81; 21, с. 4–7; 22, с. 83; 23, с. 11–14; 57, с. 15–29; 58, с. 53–55; 59, с. 30–36 та ін.].

Найважливіші правові засади підприємництва встановлені нормами глави 4 ГКУ (ст. 42–51).

У ст. 42 Кодексу наведено легальне визначення підприємництва: це самостійна, іні-

² Різні варіанти рішень, що приймаються при визначенні прибутку, витрат, капіталу, для розрахунку рентабельності, зумовлюють наявність значної кількості показників рентабельності – рентабельність реалізованої продукції, основної діяльності, основного капіталу, власного капіталу, окупності власного капіталу тощо.

³ Невизнання мети отримання прибутку як обов'язкової ознаки підприємницької діяльності (див., наприклад [1, с. 10]), на нашу думку, спричинено тим, що не сприймається різниця між термінами "мета" й "результат".

¹ Як зауважує А. А. Попов, суть ринкової економіки полягає в тому, що ризик повинен містити потенціал винагороди і штрафу [21, с. 6].

ціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку¹.

Законодавче визначення підприємницької діяльності охоплює лише основні, істотні ознаки цієї діяльності – ті властиві їй установлені особливості, що відображають сутність і дають змогу відмежовувати від інших видів діяльності людей, передусім від некомерційного господарювання. Такими специфічними ознаками є: самостійність, ініціативність, систематичність, ризиковість, націленість на одержання прибутку одночасно із досягненням економічних і соціальних результатів. До того ж не слід забувати, що підприємництву притаманні й загальні ознаки, які позначають усіялку господарську діяльність, незалежно від її видової диференціації (див. ч. 1 ст. 3 ГКУ).

Самостійність підприємницької діяльності виявляється в тому, що підприємець сам (безпосередньо), на власний розсуд (без зовнішнього примусу – В. Січевлюк [58, с. 53]), у своїх інтересах вирішує питання організації та здійснення його діяльності. Це положення знайшло закріплення, передусім, у ст. 43–45, 49, 51 ГКУ.

Самостійність підприємництва за характером організаційно-майнова²: організаційні та майнові елементи в ній органічно переплетені, становлять певну цілісність.

Організаційна сторона самостійності – це можливість підприємця без перешкод обирати вид діяльності, способи її здійснення, організаційно-правову форму свого господарювання, визначати організаційну структуру (для юридичних осіб), чисельність найманих працівників, принципи управління діяльністю, порядок використання майна, приймати рішення про припинення підприємницької діяльності тощо.

Майновий аспект самостійності виражається в наявності майна (яке належить суб'єкту підприємництва на праві власності або закріплено за ним на іншому речовому праві – праві господарського відання, праві користування тощо, чи на зобов'язальному праві, наприклад на праві оренди), можливості вільно розпоряджатися прибутком, що залишається після сплати передбачених законом обов'язкових платежів (податків, зборів тощо), а також у самостійній майновій відповідальності за правопорушення в сфері господарювання.

Організаційні й майнові елементи самостійності підприємництва нерозривно з'єднані, сполучені між собою, зумовлюють одне одного: обсяг організаційно-господарських прав залежить від форми правового режиму майна, а реалізація майнових повноважень відбувається після прийняття відповідного управлінсько-господарського (організаційного) рішення.

Самостійність підприємницької діяльності зумовлена свободою підприємництва, що гарантується державою. Згідно з ч. 1 ст. 43 Кодексу, підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом. При цьому держава встановлює загальні для всіх учасників ринкового господарства вимоги до поведінки в сфері господарювання, в тому числі підприємництва. Специфіка окремих видів підприємницької діяльності може бути врахована в законодавчих актах (ч. 2 ст. 43 ГКУ).

Свобода підприємницької діяльності не абсолютна. З часів Давнього Риму відомий славетний постулат: "Свобода кожного обмежується аналогічною свободою інших людей". Свобода підприємництва має певні, законодавчо окреслені межі, тобто є обмеженою в суспільних інтересах, що значною мірою характерно для соціально орієнтованої економіки. У ч. 4 ст. 12 ГКУ зазначено, що виключно Конституція України та закон визначають обмеження та заборони щодо здійснення підприємницької діяльності.

На підставі ч. 3 ст. 43 ГКУ Закон України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" [34] передбачає обмеження стосовно відповідної господарської діяльності (включаючи підприємницьку), можливість провадження якої зумовлена отриманням спеціального дозволу – ліцензії. Обмеження проявляються і в необхідності придбання патенту на окремі види підприємницької діяльності, що зазначені в розділі XII Податкового кодексу України [19]³, а також одержання документів дозвільного характеру (дозволів, висновків, погоджень, свідоцтв тощо) на здійснення певних дій (порядок видачі таких документів передбачено Законом України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" [29]).

Стаття 4 Закону України "Про підприємництво" обмежує підприємницьку діяльність за двома критеріями – відповідно до галузі господарювання (виду діяльності) і суб'єктів. Так, діяльність, пов'язана з охороною окремих особливо важливих об'єктів права державної власності, перелік яких визначається в установленому Кабінетом Міністрів Украї-

¹ До прийняття ГКУ поняття підприємництва розкривалося в Законі України від 07.02.1991 р. "Про підприємство" [42], який 01.01.2004 р. втратив чинність, окрім ст. 4.

² В. В. Лаптев розподіляє самостійність суб'єктів підприємницької діяльності на майнову й господарську [13, с. 18–19].

³ З прийняттям Податкового кодексу України 1 січня 2011 року втратив чинність Закон України від 23 березня 1996 року "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності" [41].

ни порядку, діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних, судово-психіатричних експертиз та розробленням, випробуванням, виробництвом та експлуатацією ракет-носіїв, у тому числі з їх космічними запусками із будь-якою метою, може здійснюватися лише державними підприємствами та організаціями, а проведення ломбардних операцій – також і повними товариствами. Виробництвом біоетанолу займаються державні спиртові заводи за наявності відповідної ліцензії. Діяльність щодо виробництва бензинів моторних сумішевих з добавками на основі біоетанолу та із вмістом етил-трет-бутилового ефіру здійснюють тільки конкретні підприємства. Перелік таких підприємств і спиртових заводів визначається Кабінетом Міністрів України [32]. Діяльність, пов'язана з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, проваджується згідно з Законом України “Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори” [37]. Враховуючи викладене можна зробити висновок: давши змогу здійснювати певні види діяльності виключно державним підприємствам, установам і організаціям (згідно із ч. 4 ст. 22 ГКУ), законодавець у такий спосіб забороняє в окремих галузях економіки підприємництво суб'єктів інших форм власності, але не підприємництво взагалі.

Заборони на здійснення підприємницької діяльності можуть бути прямо встановлені чинним законодавством (наприклад, за ч. 7 ст. 279 ГКУ, ч. 3 ст. 1 Закону України “Про товарну біржу” [55] товарна біржа не займається комерційним посередництвом і не має на меті одержання прибутку) або опосередковані вказівкою на некомерційні цілі діяльності споживчих товариств (ст. 94, ч. 2 ст. 111 ГКУ, ч. 1 ст. 5 Закону України “Про споживчу кооперацію” [50]), кредитних спілок (ч. 2 ст. 130 ГКУ, ч. 1 ст. 1 Закону України “Про кредитні спілки” [33]), політичних партій (ст. 14 Закону України “Про політичні партії в Україні” [44]) тощо. У деяких випадках, зокрема релігійним організаціям, підприємництво заборонено (а некомерційне господарювання може мати тільки допоміжний характер), водночас підприємствам, що створені релігійними організаціями, з метою здійснення їхніх статутних завдань дозволено займатися й комерційною, й некомерційною господарською діяльністю (ст. 112 ГКУ, ч. 1–2 ст. 19 Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації” [49]). Так само споживчі товариства, їх об'єднання – некомерційні господарські організації – мають право утворювати для виконання своїх статутних цілей будь-які підприємства та інші суб'єкти господарювання (ч. 7–8 ст. 111 ГКУ, ч. 2 ст. 11 Закону України “Про споживчу кооперацію”). Кредитні спілки – некомерційні гос-

подарські організації – не можуть бути засновниками або учасниками суб'єктів підприємницької діяльності, крім місцевого кооперативного банку (ч. 5 ст. 130 ГКУ, ч. 4 ст. 3 Закону України “Про кредитні спілки”), а їх об'єднання – асоціації кредитних спілок – наділені правом бути засновниками суб'єктів підприємництва для виконання своїх статутних завдань (ч. 2 ст. 24 Закону України “Про кредитні спілки”). Громадським об'єднанням підприємництва заборонено (“громадське об'єднання зі статусом юридичної особи є непідприємницьким товариством, основною метою якого не є одержання прибутку” – ч. 5 ст. 1 Закону України “Про громадські об'єднання” [25]), у той же час вони можуть здійснювати, згідно із законом, підприємницьку діяльність безпосередньо, якщо це передбачено їх статутом (на нашу думку, таке підприємництво можливе як другорядне, допоміжне стосовно основної некомерційної діяльності громадських об'єднань), або через створені в порядку, передбаченому законом, юридичні особи (товариства, підприємства), якщо така діяльність відповідає меті (цілям) громадського об'єднання та сприяє її досягненню (п. 2 ч. 2 ст. 21 Закону України “Про громадські об'єднання”).

Згідно з ч. 4 ст. 43 ГКУ органам державної влади та органам місцевого самоврядування заборонено здійснення підприємницької діяльності¹. Згідно з ч. 2 ст. 42 Конституції України [8], підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування обмежується законом. У зв'язку з цим, на нашу думку, в другому абзаці ч. 4 ст. 43 ГКУ помилково вказано, що обмеження для посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування стосуються випадків, передбачених ч. 2 ст. 64 Конституції України (в останній записано: “В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені ст. 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 цієї Конституції”).

¹ Ця імперативна норма повністю узгоджується з положеннями ст. 2, ч. 1 ст. 8 ГКУ, за якими ці органи не є суб'єктами господарювання, як зауважує В. А. Січевлюк, – виростає з установчих засад, визначених ст. 5 Конституції України: “Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування”. Далі автор робить висновок: оскільки органи державної влади та місцевого самоврядування повинні в своїй діяльності реалізовувати інтереси українського народу, а не свої приватні інтенції, підприємницька діяльність на основі такого абсолютно суспільного надбання, як влада, не може існувати [58, с. 55].

Існує кілька законів, які містять заборони на провадження підприємницької діяльності певними категоріями громадян.

Так, безпосередньо Конституція України забороняє займатися підприємництвом Президенту України (ч. 4 ст. 103), членам Кабінету Міністрів України, керівникам центральних та місцевих органів виконавчої влади (ч. 1 ст. 120), професійним суддям (ч. 2 ст. 127); Закон України “Про засади запобігання і протидії корупції” [30]¹ (п. 1 ч. 1 ст. 4, ст. 7) конкретизує – особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування:

- Президенту України, Голові Верховної Ради України, його Першому заступнику та заступнику, Прем’єр-міністру України, віцепрем’єр-міністрам та міністрам, іншим керівникам центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступникам, Голові Служби безпеки України, Генеральному прокурору України, Голові Національного банку України, Голові Рахункової палати, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Голові Верховної Ради Автономної Республіки Крим (АРК), Голові Ради міністрів АРК;
- народним депутатам України (також ч. 1 ст. 3 Закону України “Про статус народного депутата України” [53]), а також депутатам Верховної Ради АРК (також ч. 2 ст. 7 Закону України “Про статус депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим” [51]) та депутатам місцевих рад (також ч. 2 ст. 6 Закону України “Про статус депутатів місцевих рад” [52]. Закон України “Про запобігання корупції” (пп. “б” п. 1 ч. 1 ст. 3) до цього переліку додає ще сільських, селищних, міських голів. На нашу думку, це уточнення є зайвим, оскільки в наступному підпункті “в” саме йдеться про посадових осіб місцевого самоврядування, а “сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою територіальної громади відповідно села (добровільного об’єднання в одну територіальну громаду жителів кількох сіл), селища, міста” (ч. 1 ст. 12 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” [36]). При цьому слід зазначити, що заборона займатися підприємницькою діяльністю стосується депутатів Верховної Ради АРК та місцевих рад, які обрані на посади і працюють у відповідній раді на постійній основі (Голова Верховної Ради АРК, його заступники, голови постійних комісій Верховної Ради АРК, секретар сільської, селищної, міської ради, голова,

заступник голови районної, обласної, районної у місті ради, за рішенням обласної, Київської та Севастопольської міських рад – голова постійної комісії з питань бюджету). На інших депутатів, які здійснюють свої повноваження, не пориваючи з виробничою або службовою діяльністю, така заборона не поширюється;

- державним службовцям², посадовим особам місцевого самоврядування (також ч. 4 ст. 12, ч. 2 ст. 50, ч. 3 ст. 55 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, ч. 2 ст. 6 Закону України “Про статус депутатів місцевих рад”);
- військовим посадовим особам Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби та військовослужбовців служби за призовом під час мобілізації, на особливий період стосовно їхньої підприємницької діяльності;
- суддям Конституційного Суду України, іншим професійним суддям, Голові, членам, дисциплінарним інспекторам Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, службовим особам секретаріату цієї Комісії, Голові, заступнику Голови, секретарям секцій Вищої ради юстиції, а також іншим членам Вищої ради юстиції, крім тих, які працюють у Вищій раді юстиції не на постійній основі (також ч. 2 ст. 53 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” [54]);
- особам рядового й начальницького складу органів внутрішніх справ, державної кримінально-виконавчої служби, Державної служби спеціального зв’язку та захисту інформації України, податкової міліції, особам начальницького складу органів та підрозділів цивільного захисту (також ч. 11 ст. 18 Закону України “Про міліцію” [35]);
- посадовим та службовим особам органів прокуратури, Служби безпеки України, дипломатичної служби, доходів і зборів (також ч. 8 ст. 46 Закону України “Про прокуратуру” [45]³). Закон України “Про запобігання корупції” (пп. “е” п. 1 ч. 1 ст. 3) до цього переліку додає ще посадових та службових осіб державної лісової охорони та державної охорони природно-заповідного фонду. Втім, цей Закон замість назви “служба доходів і зборів”

² Див. Закон України від 16.12.1993 р. “Про державну службу” [27]. Втрачає чинність 01.01.2016 р. із набранням чинності нового Закону України від 17.11.2011 р. “Про державну службу” [28].

³ Цей Закон у повному обсязі втрачає чинність 25.04.2015 р. із набранням чинності нового Закону України від 14.10.2014 р. “Про прокуратуру” [46]. Стаття 18 останнього містить вимоги щодо несумісності, передбачає, що обмеження сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності визначені Законом України “Про засади запобігання і протидії корупції”.

¹ Цей Закон втрачає чинність 26.04.2015 р. із набранням чинності Закону України від 14.10.2014 р. “Про запобігання корупції” [31].

використовує більш коректне і прийнятне формулювання – “центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи”;

- членам Центральної виборчої комісії (також ч. 3 ст. 7 Закону України “Про Центральну виборчу комісію” [56]);
- посадовим та службовим особам інших державних органів, органів влади АРК¹.

Щодо останньої категорії громадян, то не мають права займатися підприємницькою діяльністю члени Ради міністрів АРК (ч. 2 ст. 6 Закону України “Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим” [47]), перший заступник і заступник Голови Рахункової палати, Секретар Рахункової палати, головні контролери – керівники департаментів (ч. 10 ст. 10, ч. 6 ст. 11 Закону України “Про Рахункову палату” [48]), заступники Голови Національного банку України, члени Правління та інші службовці Національного банку України (ч. 1 ст. 65 Закону України “Про Національний банк України” [38]), ін. Закон України “Про нотаріат” [39] (ч. 4 ст. 3, ч. 2 ст. 13) забороняє підприємництво нотаріусам, помічникам нотаріусів; Декрет Кабінету Міністрів України “Про впорядкування діяльності суб’єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств” [24] (ст. 5) – керівникам, заступникам керівників державних підприємств, установ і організацій, їх структурних підрозділів, а також посадовим особам державних органів, органів місцевого і регіонального самоврядування тощо.

Особи, яким за вчинення злочину судом призначено покарання у вигляді позбавлення права займатися певною діяльністю, не можуть бути зареєстровані як приватні підприємці з правом здійснення відповідного виду діяльності протягом строку, встановленого вироком суду (ст. 55 Кримінального кодексу України [10], ч. 1 ст. 44 Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців” [26]).

Варто зазначити, що окремого закону, який, згідно з ч. 4 ст. 12, ч. 3 ст. 43 ГКУ, закріплював би перелік видів діяльності, де підприємництво заборонено, на сьогодні немає.

Свобода як першооснова підприємництва проявляється в принципах підприємницької діяльності, які зафіксовані в ст. 44 Кодексу².

Положення про самостійність, свободу, “вільність” підприємця не слід трактувати спрощено, розуміти як безмежну, гірше того, безпідставну, свавільну поведінку. Підприємець не може бути вільним від умов ринкового господарства. Його вибір завжди залежить від об’єктивних та суб’єктивних факторів – законодавчих заборон і обмежень, засобів державної підтримки і стимулювання розвитку тієї чи іншої підприємницької діяльності, кон’юнктури ринку, ділових якостей самого підприємця, наявності в нього певних ресурсів (матеріальних, грошових, силових, інформаційних, технологічних та інших) тощо.

Частина 1 ст. 45 ГКУ закріплює право громадян та юридичних осіб самостійно обирати організаційну форму підприємництва з тих, що визначені законом³.

Свобода, самостійність підприємницької діяльності забезпечується нормами про гарантії прав підприємців (ч. 3 ст. 18, ст. 20, 47, ч. 7 ст. 66, ч. 4 ст. 133, ст. 147, ч. 2 ст. 216, ст. 249 ГКУ тощо), серед інших щодо заборони органам державної влади, їх посадовим особам під час здійснення ними державного контролю незаконно втручатися та перешкоджати діяльності підприємця, розголошувати комерційну таємницю, що стала доступною в ході контролю, а також щодо неприпустимості застосовувати дискримінаційні заходи (ст. 19 ГКУ, ч. 2 ст. 8 Закону України “Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності” [40]).

Ініціативність підприємницької діяльності. Підприємець свідомо спонукає себе, інших до активних дій, виступає зачинателем, організатором та натхненником кожної справи. Він завжди перебуває в пошуку нового, ефективнішого способу поєднання виробничих ресурсів (майна, праці, управління). Завдяки власній заповзятливості, підприємливості, кмітливості підприємець опановує нові сфери бізнесу, знаходить новітні можливості та напрямки розвитку, налагоджує перспективні ділові зв’язки, реалізує на практиці інноваційні ідеї, впроваджуючи кращі матеріали, передові технології, прогресивні управлінські рішення. Отже, підприємницька діяльність, з-поміж інших ознак, – це творча активність, орієнтована на нововведення.

Систематичність як ознака підприємництва свідчить про те, що діяльність є не разовою, а відбувається постійно, регулярно.

¹ Закон України “Про запобігання корупції” (пп. “є” п. 1 ч. 1 ст. 3) розширює коло осіб, уповноважених на виконання функцій держави, яким заборонено займатися підприємницькою діяльністю, включаючи до нього членів Національного агентства з питань запобігання корупції.

² Слід зазначити, що принципи підприємництва не вичерпуються лише перерахованими в ст. 44 ГКУ. Засади правового регулювання господарської, у тому числі підприємницької, діяльності закріплені в Конституції

України (ст. 1, 3, 8, 13–16, 18, 41–43, 92 тощо), інших статтях ГКУ (ст. 5–6, 14, 18–19, 43, 216, 377, 380, 407 тощо), спеціальних нормативно-правових актах.

³ На сьогодні чинним є Державний класифікатор України “Класифікація організаційно-правових форм господарювання ДК 002:2004”, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 р. № 97 [7].

Чисельний показник систематичності в законодавстві не встановлений. Це оціночна категорія – у випадку виникнення спору з цього приводу висновок має базуватись на аналізі конкретних обставин, що вплинули на кількість реальних господарських операцій.

Не можна, як іноді роблять [наприклад: 1, с. 10; 4, с. 91; 58, с. 54], використовувати як критерій систематичності підприємницької діяльності норми ст. 1, ч. 2 ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України “Про податок на промисел” [43], згідно з якими діяльність є систематичною, коли продаж товарів здійснюється протягом календарного року більше чотирьох разів. Підприємницька діяльність не є промислом, до того ж таке розуміння систематичності допустиме лише для цілей оподаткування. Додамо: зазначений Декрет утратив чинність 01.01.2011 р. із введенням у дію Податкового кодексу України.

Важко погодитися і з обранням з цією метою Положення про надання послуг з фінансового лізингу юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, затвердженого розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22.01.2004 р. № 21 (у редакції розпорядження від 24.06.2005 р. № 4241) [20], п. 2.2 якого виходить з того, що систематичне надання послуг з фінансового лізингу – це укладення впродовж календарного року трьох і більше відповідних договорів¹. Дія Положення поширюється на відносини, що виникають у сфері надання фінансових послуг за участю окремих суб'єктів господарювання, тому визначення, які містяться в ньому, прийнятні саме для цих ситуацій.

Узагалі будь-який кількісний показник систематичності не потрібен, як підкреслюється в літературі, оскільки непродуктивний. Перспективнішим, на думку Н. О. Саніахметової, є “метод вилучення” – епізодична або одинична діяльність не може вважатися підприємницькою, в той час як регулярна, професійна, постійна діяльність є такою. Доречним видається посилання на досвід Франції, де особа, що провадить торговельну операцію, вважатиметься комерсантом лише тоді, коли проваджує її як звичну, звичайну професійну діяльність; така діяльність має бути для комерсанта головною, навіть не будучи єдиною, і не повинна бути побіжною [57, с. 18–19]. Аналогічний підхід спостерігається і в законодавстві інших зарубіжних країн [14, с. 15].

Ризиковість підприємництва полягає в небезпеці потенційно можливої втрати майна, не отримання запланованого доходу,

прибутку, що не зумовлено будь-яким недоглядом з боку підприємця. У літературі виділяють об'єктивні й суб'єктивні фактори (чинники) ризиковості (зменшення сировинних ресурсів, демографічні зміни, технологічні потрясіння, інфляційні процеси, збільшення (введення нових) обов'язкових платежів, особистісні, перш за все, низькі ділові якості підприємця, його персоналу та контрагентів тощо).

Усвідомлюючи чинники невизначеності, непередбачуваності в своїх прогнозах, суб'єкт підприємництва попри все сподівається на успіх, міркуючи, що гаданий прибуток перевершить можливі втрати від випадкового збігу обставин. Необхідність постійного контролю за комбінацією факторів виробництва тримає підприємця в напруженому стані. Йому доводиться докладати певних зусиль для того, щоб у максимальній мірі завбачити результати господарювання (не тільки позитивні, а й негативні), вжити превентивні заходи щодо збитків, їх мінімізації, усунення, інакше – брати на себе всі несприятливі майнові наслідки.

Отже, ризиковість підприємництва означає покладення на підприємця тягаря передбачення ймовірних невідгод і запобігання або покриття власним коштом збитків, які не пов'язані з його винною поведінкою.

Підприємницька діяльність, окрім досягнення економічних і соціальних показників, що є метою всякої господарської діяльності, заодно націлена на одержання прибутку. Здобуття останнього здійснюється шляхом задоволення суспільних потреб у продукції, роботах, послугах, які підприємець реалізує за цінами, що перевищують вартість цих товарів. Таким чином, у підприємстві поєднуються публічні й приватні інтереси, і це, в свою чергу, повною мірою відповідає завданню формування соціально орієнтованої ринкової економіки.

IV. Висновки

Результати дослідження, викладені вище, є певним внеском у розвиток теоретичних положень про поняття підприємницької (господарської комерційної) діяльності, можуть бути використані для подальших розвідок у цьому науковому напрямі й удосконалення нормативних засад підприємництва.

Список використаної літератури

1. Булгакова І. В. Господарське право України : навч. посіб. / Ірина Валеріївна Булгакова. – Київ : Прецедент, 2006. – 346 с.
2. Вінник О. М. Господарське право : навч. посіб. / Оксана Мар'янівна Вінник. – 2-ге вид., змін. та доп. – Київ : Правова єдність, 2008. – 766 с.
3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.

¹ Ця позиція, зокрема, висловлена в навчальному посібнику “Предпринимательское право” за редакцією О. В. Старцева [23, с. 12].

4. Господарський кодекс України : Науково-практичний коментар / О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов, В. М. Коссака та ін. ; за ред. О. І. ХаритонОВОЇ. – 2-ге вид., доп. та перероб. – Харків : Одиссей, 2008. – 784 с.
5. Ершова И. В. Предпринимательское право : учебник / Инна Владимировна Ершова. – Москва : Юриспруденция, 2002. – 512 с.
6. Кашанина Т. В. Предпринимательство (правовые основы) / Татьяна Васильевна Кашанина. – Москва : Юрид. лит., 1994. – 176 с.
7. Класифікація організаційно-правових форм господарювання : державний класифікатор України ДК 002:2004 : Затв. наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 р. № 97 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.vmt.gov.ua.
8. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96–ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
9. Кривцов А. С. Предпринимательство как тип хозяйствования / Александр Станиславович Кривцов. – Харків : Прапор, 1995. – 118 с.
10. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
11. Круглова Н. Ю. Хозяйственное право : учеб. пособ. / Наталья Юрьевна Круглова. – Москва : Русская Деловая Литература, 1997. – 608 с.
12. Крупка Ю. М. Правові основи підприємницької діяльності : навч. посіб. / Юрій Миколайович Крупка. – Київ : Юрінком Інтер, 2008. – 480 с.
13. Лаптев В. В. Предпринимательское право : понятие и субъекты / Владимир Викторович Лаптев. – Москва : Юристъ, 1997. – 140 с.
14. Мамутов В. К. Господарче право зарубіжних країн : підручник / Валентин Карлович Мамутов, Олександр Олександрович Чупило. – Київ : Ділова Україна, 1996. – 352 с.
15. Мілаш В. С. Господарське право : курс лекцій : у 2 ч. / Вікторія Сергіївна Мілаш. – Харків : Право, 2008. – Ч. 1. – 496 с.
16. Мусіяка В. Л. Правовые основы предпринимательской деятельности / Виктор Лаврентьевич Мусияка. – Харків : Бизнес Информ, 1995. – 90 с.
17. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін. ; за заг. ред. В. К. Мамутова. – Київ : Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
18. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О. А. Бесянєвич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. ; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Київ : Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.
19. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
20. Положення про надання послуг з фінансового лізингу юридичними особами – суб'єктами господарювання, які з своїм правовим статусом не є фінансовими установами : затв. розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22.01.2004 р. № 21 (у редакції розпорядження від 24.06.2005 р. № 4241) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
21. Попов А. А. Правовые основы предпринимательской деятельности в Украине / Анатолий Андреевич Попов. – Харків : Консум, 1997. – 104 с.
22. Правові основи підприємницької діяльності : підручник / за ред. В. І. Шакуна, П. В. Мельника, В. М. Поповича. – Київ : Правові джерела, 1997. – 780 с.
23. Предпринимательское право : учеб. пособ. / под ред. А. В. Старцева. – 2-е изд. с изм. и доп. – Харків : Одиссей, 2007. – 248 с.
24. Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств : Декрет Кабінету Міністрів України від 31.12.1992 р. № 24–92 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
25. Про громадські об'єднання : Закон України від 22.03.2012 р. № 4572–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
26. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. № 755–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
27. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. № 3723–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
28. Про державну службу : Закон України від 17.11.2011 р. № 4050–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
29. Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності : Закон України від 06.09.2005 р. № 2806–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
30. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011 р. № 3206–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
31. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700–VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.

32. Про затвердження переліків підприємств з усіма стадіями технологічного процесу з виготовлення нафтопродуктів, що мають право виробляти бензин і моторні суміші із вмістом етил-трет-бутилового ефіру або з добавками на основі біоетанолу, та державних спиртових заводів, що мають право на виробництво біоетанолу: Постанова Кабінету Міністрів України від 05.12.2007 р. № 1375 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
33. Про кредитні спілки: Закон України від 20.12.2001 р. № 2908–III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
34. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 01.06.2000 р. № 1775–III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
35. Про міліцію: Закон України від 20.12.1990 р. № 565–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
36. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97–ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
37. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори: Закон України від 15.02.1995 р. № 60/95–ВР (у редакції Закону України від 22.12.2006 р. № 530–V) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
38. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 р. № 679–XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
39. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
40. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04.2007 р. № 877–V [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
41. Про патентування деяких видів підприємницької діяльності: Закон України від 23.03.1996 р. № 98/96–ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
42. Про підприємництво: Закон України від 07.02.1991 р. № 698–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
43. Про податок на промисел: Декрет Кабінету Міністрів України від 17.03.1993 р. № 24–93 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
44. Про політичні партії в Україні: Закон України від 05.04.2001 р. № 2365–III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
45. Про прокуратуру: Закон України від 05.11.1991 р. № 1789–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
46. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697–VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
47. Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим: Закон України від 16.06.2011 р. № 3530–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
48. Про Рахункову палату: Закон України від 11.07.1996 р. № 315/96–ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
49. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23.04.1991 р. № 987–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
50. Про споживчу кооперацію: Закон України від 10.04.1992 р. № 2265–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
51. Про статус депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим: Закон України від 22.12.2006 р. № 533–V [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
52. Про статус депутатів місцевих рад: Закон України від 11.07.2002 р. № 93–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
53. Про статус народного депутата України: Закон України від 17.11.1992 р. № 2790–XII (у редакції Закону України від 22.03.2001 р. № 2328–III) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
54. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
55. Про товарну біржу: Закон України від 10.12.1991 р. № 1956–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
56. Про Центральну виборчу комісію: Закон України від 30.06.2004 р. № 1932–IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
57. Саніахметова Н. О. Підприємницьке право: навч. посіб. / Ніна Олексіївна Саніахметова. – 3-тє вид., перероб. і доп. – Київ: А. С. К., 2005. – 912 с.
58. Січевлюк В. А. Господарське право України: навч. посіб. / Володимир Антонович Січевлюк. – Київ: УІРФР, 2010. – 474 с.
59. Хозяйственное (предпринимательское) право Украины: учебник / под общ. ред. Р. Б. Шишки и Я. А. Чапичадзе. – Харьков: Эспада, 2007. – 552 с.

Стаття надійшла до редакції 21.11.2014.

Ершова С. И. К вопросу о признаках предпринимательской деятельности: законодательные и теоретические аспекты

В статье рассмотрены проблемы, касающиеся основных признаков предпринимательской деятельности, их доктринальных характеристик и легальных формулировок. Проанализированы положения теории хозяйственного права и действующего законодательства, прежде всего Конституции Украины, Хозяйственного кодекса Украины и других хозяйственно-правовых актов. Предложены подходы по усовершенствованию нормативных основ предпринимательства как соответствующий вклад в развитие научных положений о понятии предпринимательской (хозяйственной коммерческой) деятельности.

Ключевые слова: хозяйственная коммерческая (предпринимательская) деятельность, признаки предпринимательства, запреты на осуществление предпринимательской деятельности.

Yershova S. To the Question About Entrepreneurial Activity: Legal and Theoretical Aspects

The article deals with problems concerning the basic features of entrepreneurship, their doctrinal characteristics and legal formulations.

There were analyzed the definitions of “economic commercial activity” (“entrepreneurial activity”, “entrepreneurship”), “profit”, “profitability” (“incoming”), “economic efficiency”. The consequence was made: indicating the purpose of making a profit (its presence or absence) as the main criterion for the division of economic activity on commercial and non-commercial, Economic Code of Ukraine (ch. 2 Art. 3, Art. 42, ch. 1 Art. 52) does not essentially link the activity with the fact of earning profit – fully, partly compared to the expected (planned), or not earning it at all. One or other economic activity cannot be determined as commercial (entrepreneurial) if it does not aim at profit. When in such direction there will be no concrete income as a result, and even there will be negative result – damages, these circumstances are not grounds for removing such activity from entrepreneurial and classifying it as a non-commercial. It will be reasonable to use, so to speak, a teleological approach: if economic activity is aimed at earning profit, it is commercial (entrepreneurial); when it is real to earn profit, we can talk about profitability, economic efficiency of this entrepreneurial activity.

In the economic and legal literature there are numerous doctrinal definitions of entrepreneurship, which often differ greatly. The legal definitions of entrepreneurial activity (ch. 1–2 Art. 3, Art. 42 of Economic Code of Ukraine) include only the basic, essential features of this activity – the peculiar established features that reflect the essence and allow to distinguish it from the other types of people activity, especially from non-commercial. These peculiar features are: independence, initiative, systematic, risk, focus on profit and at the same time achieving economic and social benefits.

Restrictions and prohibitions on doing entrepreneurial activity are determined exclusively by the Constitution of Ukraine and the law.

Key words: economic commercial (entrepreneurial) activity, entrepreneurship features, prohibitions to conduct entrepreneurial activity.