

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО, АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК 342.9

КОМЕНТАР ДО СТАТІ 164 КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ В РЕДАКЦІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ ЩОДО ГУМАНІЗАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ»

**В.І. КУРИЛО, доктор юридичних наук, професор,
Національний університет
біоресурсів і природокористування України**

**О.М. КАПЛЯ, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
Національна академія внутрішніх справ**

У цій статті дано науковий коментар до ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення у новій редакції, що внесена Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності».

Правопорушення, господарська діяльність, дозвіл, ліцензування, стандарт.

15 листопада 2011 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» [1].

У пояснювальній записці зазначено, що вітчизняне законодавство характеризується необґрунтовано завищеним рівнем криміналізації правопорушень у сфері господарської діяльності, що є перепорою для розвитку підприємництва, а також виступає причиною недоотримання Державним бюджетом України належного відшкодування шкоди, завданої протиправними діями у зазначеній сфері.

Так, невиправдано широке коло законодавчо встановлених підстав для застосування покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення злочинів в економічній сфері не сприяє відшкодуванню засудженими заподіяної ними шкоди.

Крім того, непоодинокими є випадки зловживань правоохоронними органами під час притягнення підприємців до кримінальної відповідаль-

ності, що має наслідком погіршення інвестиційного клімату в державі і зниження підприємницької активності населення.

Отже, на сьогодні очевидно є потреба у приведенні положень вітчизняного законодавства, що встановлює юридичну відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері економіки та господарської діяльності, у відповідність із європейськими стандартами, згідно з якими за скоєння зазначених правопорушень пріоритет надається застосуванню фінансових санкцій [2].

Тобто, з метою гуманізації існуючих у законодавстві України санкцій за скоєння кримінальних правопорушень у сфері економіки і господарської діяльності, зазначеним законом за вчинення злочинів у господарській сфері замість покарання у вигляді позбавлення волі запроваджено санкцію у вигляді штрафу. А деякі правопорушення декриміналізовано шляхом перенесення їх складів до адміністративних правопорушень.

Наслідком цього стало викладення **ст. 164 КУпАП «Порушення порядку провадження господарської діяльності»** у такій редакції:

«Провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання або без одержання ліцензії на провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, чи здійснення таких видів господарської діяльності з порушенням умов ліцензування, а так само без одержання дозволу, іншого документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачене законом (крім випадків застосування принципу мовчазної згоди), – тягне за собою накладення штрафу від двадцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва, сировини і грошей, одержаних внаслідок вчинення цього адміністративного правопорушення, чи без такої.

Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за таке саме правопорушення, або пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах, – тягнуть за собою накладення штрафу від ста до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва, сировини і грошей, одержаних внаслідок вчинення цього адміністративного правопорушення.

Надання суб'єктом господарювання дозвільному органу або адміністратору недостовірної інформації щодо відповідності матеріально-технічної бази вимогам законодавства – тягне за собою накладення штрафу від сорока до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Примітка. Отримання доходу у великих розмірах має місце, коли його сума у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

Запропонована редакція ст. 164 КУпАП має складну юридичну конструкцію, а диспозиція частини першої передбачає такі склади адміністративних правопорушень:

- провадження господарської діяльності без державної реєстрації;
- провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, без одержання ліцензії;
- провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, з порушенням умов ліцензування (крім випадків застосування принципу мовчазної згоди);
- провадження певного виду господарської діяльності без одержання дозволу, іншого документа дозвільного характеру, якщо обов'язок його одержання передбачено законом (крім випадків застосування принципу мовчазної згоди).

Слід згадати, що державою здійснюється державне регулювання у сфері господарювання такими, зокрема, засобами як ліцензування, патентування та квотування, спрямованими на забезпечення єдиної державної політики у цій сфері та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів.

Господарська діяльність – це діяльність фізичних і юридичних осіб, пов'язана з виробництвом чи реалізацією продукції (товарів), виконанням робіт чи наданням послуг з метою одержання прибутку (комерційна господарська діяльність) або без такої мети (некомерційна господарська діяльність). Підприємницька діяльність є одним із видів господарської діяльності, обов'язкові ознаки якої – безпосередність, систематичність її здійснення з метою отримання прибутку.

Під здійсненням особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, будь-якого виду підприємницької діяльності, слід розуміти діяльність фізичної особи, пов'язану із виробництвом чи реалізацією продукції, виконанням робіт, наданням послуг з метою отримання прибутку, яка містить ознаки підприємницької, тобто провадиться зазначеною особою безпосередньо самостійно, систематично (не менше ніж чотири рази протягом одного календарного року) і на власний ризик.

Під здійсненням без одержання ліцензії видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню згідно зі ст.ст. 2, 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [3], треба розуміти здійснення без ліцензії таких видів господарської діяльності фізичними особами, зареєстрованими як суб'єкти підприємництва, та юридичними особами.

Здійснення без ліцензії певного виду діяльності, що потребує ліцензування, не може вважатися правопорушенням, відповідальність за який передбачено ст. 164 КУпАП, якщо особа, котра займалася такою діяльністю, не могла одержати ліцензію в установленому порядку (не було створено орган ліцензування, не були визначені ліцензійні умови тощо), або якщо ця особа використала принцип мовчазної згоди.

Принцип мовчазної згоди – це один з інститутів дозвільної системи, впроваджений Законом України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» [4].

У самому Законі принцип мовчазної згоди визначається як, "принцип, згідно з яким суб'єкт господарювання набуває право на провадження певних дій щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності без отримання відповідного документа дозвільного характеру, за умови якщо суб'єктом господарювання або уповноваженою ним особою подано в установленому порядку заяву та документи в повному обсязі, але у встановлений законом строк документ дозвільного характеру або рішення про відмову у його видачі не видано або не направлено";

Питання про те, чи є діяльність особи, яка притягується до відповідальності за ст. 164, підприємницькою, чи відповідає вона взятим у єдності ознакам, закріпленим у господарському законодавстві, вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням тривалості та інтенсивності такої діяльності, розміру отриманого або очікуваного доходу, інших факторів (зокрема, чи є ця діяльність для винної особи основним або додатковим, але істотним джерелом її доходу, чи здійснюється вона більш-менш регулярно, постійно, на професійній основі). Підприємницька діяльність – це повторюваний у часі процес, спрямований на отримання прибутку. Вона може полягати як у здійсненні численних угод або дій, так і у виконанні значної за обсягом роботи (наприклад, будівництво певного об'єкта, виготовлення великої партії продукції), що поєднується із системою дій, спрямованих на отримання прибутку.

Не визнається підприємництвом: 1) укладання разових цивільно-правових угод; 2) виконання робіт чи послуг, що не має на меті отримання прибутку (для власних потреб або покриття власних витрат, на прохання родичів тощо); 3) виготовлення продукції, що обертається в межах суб'єкта господарювання – виробника; 4) виконання обов'язків найманого працівника на підставі трудового договору; 5) володіння корпоративними правами; 6) ведення особистого селянського господарства.

Оскільки отримання прибутку проголошується метою підприємницької діяльності, а не є її фактичним результатом, відсутність прибутку не завжди свідчить про те, що та чи інша діяльність позбавлена характеру підприємництва (наприклад, особа для заволодіння ринком реалізує товари за цінами, нижчими за їх собівартість).

Фактично характеру підприємницької діяльності може набувати, наприклад, надання транспортних, туристичних і консультаційних послуг, послуг із ремонту квартир, побутової техніки, автомобілів, зайняття торгівлею, здавання майна в оренду або його зберігання, виконання будівельних робіт, виконання інших робіт на підставі цивільно-правових договорів тощо.

Вирішуючи питання про те, чи не набула діяльність конкретної особи з купівлі та продажу товарів ознак підприємництва, потрібно керуватись системним аналізом положень законодавчих та інших нормативних актів, які регулюють торговельну діяльність, враховувати їх

юридичну силу. Не вимагає державної реєстрації осіб як суб'єктів підприємницької діяльності здійснення несистематичного (не більше чотирьох разів протягом календарного року) продажу громадянами вироблених, перероблених та куплених продукції, речей, товарів на підставі придбаного одноразового патенту на торгівлю. При цьому кожен раз тривалість торгівлі становить від трьох до семи днів, тобто загальна тривалість легальної торгівлі без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва може становити 28 днів протягом року. Кількість і вартість укладених угод купівлі-продажу упродовж цього терміну законодавством не регламентується. Якщо фізична особа здійснює продаж товарів частіше ніж чотири рази на рік (або понад 28 днів), тобто систематично, її діяльність набуває ознак підприємництва, і вона має зареєструватися у встановленому порядку як підприємець.

За ч. 1 ст. 164 за наявності інших необхідних ознак слід кваліфікувати фактичне здійснення особою діяльності, що містить ознаки підприємницької: взагалі без проходження передбаченої законодавством процедури реєстрації; до отримання свідоцтва про державну реєстрацію; після скасування на підставі рішення суду державної реєстрації; з фактичним створенням комерційної структури без звернення за її державною реєстрацією; без створення юридичної особи.

Порушення порядку зайняття незалежною професійною діяльністю, яка поєднується з одержанням доходів, однак, згідно з чинним законодавством, не може розцінюватись як підприємницька (наприклад, наукова, літературна, освітня діяльність, діяльність приватних нотаріусів та адвокатів), складу цього правопорушення не містить.

Державна реєстрація юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців – це засвідчення факту створення або припинення юридичної особи, засвідчення факту набуття або позбавлення статусу підприємця фізичною особою, а також вчинення інших реєстраційних дій, які передбачені законом, шляхом внесення відповідних записів до Єдиного державного реєстру – автоматизованої системи збирання, накопичення, захисту, обліку та надання інформації про юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців.

Ліцензія – це документ державного зразка, який засвідчує право ліцензіата на провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню. Ліцензія є єдиним документом дозвільного характеру, який дає право на зайняття певним видом діяльності, що відповідно до законодавства підлягає обмеженню.

Здійснення господарської діяльності з використанням ліцензій, дія яких анульована або строк дії яких сплив, ліцензій, незаконно отриманих від інших суб'єктів господарювання, ліцензій на інший, порівняно із фактично здійснюваним, вид діяльності, а також під час оскарження до суду рішення про анулювання ліцензії, що набрало чинності, за наявності підстав слід кваліфікувати за ст. 164.

Ліцензійні умови є нормативно-правовим актом, який затверджується наказом спеціально уповноваженого органу з питань ліцензування. Вони можуть стосуватися кваліфікаційних вимог до працівників суб'єктів господарювання, їх кількості; особливих вимог щодо будівель, приміщень, обладнання, інших технічних засобів, матеріально-технічної бази тощо.

У якості додаткового покарання стаття передбачає конфіскацію виготовленої продукції, знарядь виробництва, сировини і грошей, одержаних внаслідок вчинення цього адміністративного правопорушення. Відповідно до вимог ст. 29 КУпАП [5] конфісковано може бути лише предмет, який є у приватній власності правопорушника, якщо інше не передбачене законами України, і став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення. Стаття 354 Цивільного кодексу України [6] передбачає, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом.

Проте, знаряддям правопорушення, про яке йдеться у коментованій статті, може стати власність юридичної особи, а не посадової особи, яка притягується до адміністративної відповідальності. Відтак, застосування цього виду стягнення фактично можливе тільки відносно фізичних осіб – підприємців (які є власниками відповідного майна).

Адміністративна відповідальність за діяльність та операції, зазначені в диспозиції **ч. 2 ст. 164 КУпАП**, настає за умови, якщо вони вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за те ж порушення або якщо вчинення зазначених діянь було пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах.

Відповідальність за це правопорушення несуть службові особи суб'єкта господарської діяльності. Таку відповідальність можуть нести і громадяни-підприємці (наприклад, у випадках, коли особа здійснює відповідну діяльність чи операції без державної реєстрації).

Роздрібна або оптова, включаючи імпорт або експорт, торгівля спиртом етиловим, коньячним або плодовим або роздрібна торгівля алкогольними напоями чи тютюновими виробами без наявності ліцензії утворює склад правопорушення, передбаченого ст. 156 КУпАП.

Об'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення, полягає у здійсненні господарської діяльності, що містить ознаки підприємницької, без державної реєстрації як суб'єкта господарювання або без одержання ліцензії на провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, чи без одержання дозволу, іншого документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачено законом.

За ч. 3 ст. 164 адміністративна відповідальність настає в разі надання суб'єктом господарювання дозвільному органу або адміністратору недостовірної інформації щодо відповідності матеріально-

технічної бази вимогам законодавства. Такі дії вчиняються з метою отримання ліцензій чи дозволів на здійснення підприємницької діяльності, а також у разі необхідності продовження строку їх дії.

Основним **безпосереднім об'єктом** правопорушення є порядок державної реєстрації і ліцензування підприємницької та іншої господарської діяльності, у т. ч. банківської і професійної діяльності на ринку цінних паперів. Додатковим об'єктом виступають система оподаткування, засади добросовісної конкуренції, законні інтереси споживачів.

Суб'єктом правопорушення є: 1) фізичні осудні особи незалежно від громадянства, які досягли 16-річного віку, у т. ч. особи, які займаються зареєстрованою підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи; 2) службові особи юридичних осіб – підприємницьких та інших господарських структур, які приймають та (або) реалізують рішення про здійснення господарської діяльності без належним чином оформленої ліцензії, а також службові особи, які не забезпечили отримання підприємством, установою чи організацією ліцензії, хоч цей обов'язок покладалася на них нормативними актами, установчими документами або трудовим договором. Наявність обов'язку у певного працівника підприємства чи організації дотримуватись вимог ліцензування має встановлюватись у кожному конкретному випадку з урахуванням здійснюваного ним фактичного та юридичного контролю за фінансово-господарською діяльністю суб'єкта господарювання.

Суб'єктивна сторона правопорушення характеризується прямим умислом.

Список літератури:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності : Закон України від 15 листопада 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 98. – Ст. 9.
2. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws>.
3. Про ліцензування певних видів господарської діяльності : Закон України від 1 червня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.
4. Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності : Закон України від 6 вересня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 48. – Ст. 483.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – № 51. – Ст. 1122.
6. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

В этой статье дан научный комментарий к ст. 164 Кодекса Украины об административных правонарушениях в новой редакции, которая внесена

Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно гуманизации ответственности за правонарушения в сфере хозяйственной деятельности».

Правонарушения, хозяйственная деятельность, разрешение, лицензирования, стандарт, государственная регистрация.

In this article made of the scientific commentary to article 164 of the Code of Ukraine on administrative offences in the new edition, which was brought by the Law of Ukraine «On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning humanization of the responsibility for violations in the sphere of economic activity».

Offences, economic activity, resolution, licensing, standard, state registration.