

ЗОВНІШНЯ ТОРГІВЛЯ: ЕКОНОМІКА, ФІНАНСИ, ПРАВО



Науковий журнал

Виходить 6 разів на рік

Заснований у січні 2010 р.

Журнал визнано МОН України

як фахове видання з юридичних наук

категорії «Б»

2024
№6(137)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Головний редактор

МАЗАРАКІ Анатолій Антонович, д. е. н., професор, ректор ДТЕУ (Україна)

Заступник головного редактора

ПРИТУЛЬСЬКА Наталія Володимирівна, д. т. н., професор,
перший проректор з науково-педагогічної роботи ДТЕУ (Україна)

Відповідальний секретар

ГЕРАСИМЕНКО Анжеліка Григорівна, д. е. н., професор,
проректор з науково-педагогічної роботи та міжнародних зв'язків ДТЕУ (Україна)

Члени редакційної колегії

БАЙ Сергій, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

БЛАКИТА Ганна, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

БОЙКО Маргарита, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ВАЩЕНКО Юлія, д. ю. н., професор, КНУ ім. Т. Шевченка (Україна)

ВЛАШОВ Петер, доктор філософії, професор з економіки Університету Гринвіча (Велика Британія)

ВОЛОСОВИЧ Світлана, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ГАЙДУКЕВИЧ Агнешка, д. е. н., професор, Краківський економічний університет (Польща)

ГАРАФОНОВА Ольга, д. е. н., професор, КНЕУ ім. В. Гетьмана (Україна)

ГДОВСЬКА Катаржина, д. т. н., доцент Гірничо-металургійна академія в Кракові (AGH) (Польща)

ГОНЕТ Войцеш, д. е. н., доцент Університету природничо-гуманітарних наук у Седльце (Польща)

ГОНЧАРЕНКО Олена, д. ю. н., доцент, Головне науково-експертне управління Апарату ВР України (Україна)

ГОРДОПОЛОВ Володимир, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ГУРЖІЙ Тарас, д. ю. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ДОБІЯ Мечислав, д. е. н., професор, Краківський університет економіки (Польща)

ДУГНЕНЦЬ Ганна, д. е. н., професор ДТЕУ (Україна)

ЗАПОРОЖЕЦЬ Ірина, к. т. н., професор Університету Східної Фінляндії (Фінляндія)

ЗАПОТОЦЬКА Олена, д. ю. н., доцент, ДТЕУ (Україна)

ІЛЬЧЕНКО Наталія, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

КАВКА Інга, д. ю. н., професор, Інститут права, адміністрації та економіки Краківського педагогічного університету (Польща)

КАВУН-МОШКОВСЬКА Ольга, к. е. н., доцент, ДТЕУ (Україна)

КАЛЮЖНА Наталія, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

КАНСВА Тетяна, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

КАРАВАСВ Тарас, д. т. н., професор, ДТЕУ (Україна)

КЕПА Моніка, д. ю. н., доцент Університету Марії Кюрі-Склодовської (Польща)

КЛАШКІВ Любів, доктор філософії, доцент Університету Марії Кюрі-Склодовської (Польща)

КЛОЦНИК Альона, д. е. н., професор, МНАУ (Україна)

КОЛІСНИЧЕНКО Пауліна, д. е. н., проректор з міжнародної співпраці Академії прикладних наук у Познані (Польща)

КОРОЛЬ Світлана, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

КУМАР Гоель Амیت, доктор філософії, доцент Інтегрального університету Лакхнау (Індія)

ЛАЦЕ Наталія, д. е. н., професор, Ризький технічний університет (Латвія)

МАЗАРАКІ Наталія, д. ю. н., професор, ДТЕУ (Україна)

МЕЛЬНИК Тетяна, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

МОТОРИН Руслан, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

НАЗАРОВА Каріна, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ОНІШЕ Адабеге Яая, доктор філософії, доцент Академії оборони Нігерії (Нігерія)

ОСИКА Сергій, к. ю. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ПАВАР Авінаш, доктор філософії, доцент Інституту менеджменту доктора Д. Й. Патіла (Індія)

ПАРАСІЙ-ВЕРГУНЕНКО Ірина, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

РЕМЕЙКІСНЕ Ріта, д. е. н., старший науковий співробітник Вільнюського університету (Литва)

САПШНСКИЙ Олександр, доктор філософії, Академія прикладних наук у Бельско-Бяла (Польща)

СОБАКАРЬ Андрій, д. ю. н., професор, ДДУВС (Україна)

ТИШЕНКО Олександр, д. е. н., професор, КНЕУ ім. Вадима Гетьмана (Україна)

ТІМАШОВ Віктор, д. ю. н., доцент, ДТЕУ (Україна)

ТРУНІНА Ірина, д. е. н., професор, КрНУ імені Михайла Остроградського (Україна)

УМАНЦІВ Юрій, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ФЕДУН Ігор, д. е. н., професор, ННГІ НА СБУ (Україна)

ФОМІНА Олена, д. е. н., професор, ДТЕУ (Україна)

ХМЕЛКО Ірина, д. ф. н., доцент, Університет Теннессі в Чаттануга (США)

ЧЛОЧІ Рафасель, д. е. н., професор Технічного університету Молдови (Молдова)

ЧУНХІНА Тетяна, к. е. н., доцент, ДТЕУ (Україна)

ШЛЮСАРЧИК Богуслав, д. е. н., професор, Жешувський університет (Польща)

ШНИРКОВ Олександр, д. е. н., професор, КНУ ім. Т. Шевченка (Україна)

ЯКУШЕВИЧ Адам, д. ю. н., доцент Інституту права, адміністрування та менеджменту Університету Казимира Великого в Бидгощі (Польща)

ЯНКОВЕЦЬ Тетяна, к. е. н., доцент, ДТЕУ (Україна)

ЯСТРЕМСЬКА Олена, д. е. н., професор, ХНЕУ ім. Семена Кузнеця (Україна)

Засновник, редакція,
видавець і виготовлювач

**ДЕРЖАВНИЙ
ТОРГОВЕЛЬНО-
ЕКОНОМІЧНИЙ
УНІВЕРСИТЕТ**

Директор Центру
періодичних видань
І. В. Кривицька

Редактори: Л. Л. Нескороджена,
І. С. Салай, Л. М. Данченко

Художньо-технічний редактор
Л. В. Чорнокозинська

Підписано до друку 09.12.2024.
Тираж 200 пр. Зам. 369.

Адреса редакції, видавця,
виготовлювача:
вул. Кіото, 19, м. Київ,
Україна, 02156
Телефон редакції: 531-31-16
E-mail: zt@knute.edu.ua
[https://journals.knute.edu.ua/
foreign-trade/golovna](https://journals.knute.edu.ua/foreign-trade/golovna)

Внесено до Реєстру суб'єктів
у сфері друкованих медіа
за рішенням
Національної ради України
з питань телебачення
і радіомовлення
№ 798 від 31.08.2023 та присвоєно
ідентифікатор R30-01230

Індекс журналу в Каталозі видань
України на 2024 рік – 09641

Надруковано на обладнанні ДТЕУ
Свідчення суб'єкта видавничої
справи серія ДК № 7656
від 05.09.2022

Видається за рекомендацією
Вченої ради ДТЕУ
(протокол засідання № 4
від 28.11.2024)

Статті проходять рецензування.
Передрук і переклади матеріалів,
опублікованих у журналі,
дозволяються лише зі згоди
автора та редакції



Журнал представлено у міжнародних наукометричних базах даних, репозитаріях та пошукових системах: Index Copernicus, Реєстр наукових видань України, Національна бібліотека України ім. В. І. Вернадського, Crossref, Dimensions, Research Bible.

© Державний торговельно-економічний університет, 2024

З М І С Т

КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО

МАЗАРАКІ Н., ЖИБАК А.	Зобов'язання гейткіперів, закріплені в Акті про цифрові ринки	4
ТЕЛЕЛЕКОВ Д.	Правове регулювання використання штучного інтелекту в медичних закупівлях	20
КУЧЕРЯВЕНКО С.	Поняття національної безпеки та публічного порядку у скринінгу прямих іноземних інвестицій	36
ВОВЧЕНКО О.	Правова природа механізму регламенту ЄС про іноземні субсидії	51

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

ДОБРЯНСЬКА Н., ШКЕЛЕБЕЙ О.	Забезпечення ефективності судового контролю	69
МЕЛЬНИЧЕНКО Р.	Правові аспекти стягнення активів підсанкційних осіб	78

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

СИРКО Д.	Еволюція міжнародно-правового співробітництва держав у сфері обміну податковою інформацією	95
ЩЕРБАК Г.	Регулювання онлайн-платформ у праві КНР	111

ПРИВАТНЕ ПРАВО

КАРНАУХ Б.	Віддаленість причинного зв'язку у деліктному праві	130
-------------------	--	-----

C O N T E N T

COMPETITION LAW

MAZARAKI N., ZHYBAK A.	Gatekeepers' obligations vested in the Digital Markets Act	4
TELELEKOV D.	Legal regulation of the use of artificial intelligence in medical procurement	20
KUCHERIAVENKO S.	The concept of national security and public order in the screening of foreign direct investments	36
VOVCHENKO O.	Legal nature of the mechanism of the EU regulation on foreign subsidies	51

ADMINISTRATIVE LAW

DOBRIANSKA N., SHKELEBEI O.	Ensuring the effectiveness of judicial control	69
MELNYCHENKO R.	Legal aspects of asset recovery of sanctioned persons	78

INTERNATIONAL LAW

SYRKO D.	Evolution of international legal cooperation between states in the field of tax information exchange	95
SHCHERBAK H.	Regulation of online platforms in Chinese law	111

PRIVATE LAW

KARNAUKH B.	Remoteness of causation in tort law	130
--------------------	-------------------------------------	-----

КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(137)01

УДК 340.12:316.77:[004:339.13

МАЗАРАКІ Наталія,
д. ю. н., професор,
завідувач кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
n.mazaraki@knu.edu.ua

MAZARAKI Nataliia,
Doctor of Science (Law), Professor,
Head of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0000-0002-1729-7846

ЖИБАК Андрій,
магістр, аспірант кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
zhybakandrew@gmail.com

ZHYBAK Andriy,
Master, Postgraduate Student
of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0000-0002-0714-2090

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ГЕЙТКІПЕРІВ, ЗАКРІПЛЕНІ В АКТІ ПРО ЦИФРОВІ РИНКИ

Зловживання цифровими гігантами своєю економічною владою окреслило проблематику спотворення конкуренції на ринку онлайн-послуг та виявило неефективність традиційного конкурентного права. Це стало поштовхом до прийняття Акта про цифрові ринки, спрямованого на специфічне регулювання цифрового сектору шляхом встановлення правил, що забезпечують конкурентоспроможність та справедливість на внутрішньому ринку ЄС. Гіпотеза дослідження полягає у підтвердженні переваг зобов'язань *ex ante*, які ДМА накладає на онлайн-платформи зі статусом *гейткіпер*, щодо зміцнення справедливості та конкурентності, а також забезпечення прав бізнескористувачів і споживачів у цифровому секторі економіки. Метою дослідження є функціональна характеристика зобов'язань онлайн-платформ зі статусом *гейткіпер* та визначення перспектив їх реалізації. Для досягнення мети використано методику доктринального аналізу, яка допомогла

GATEKEEPERS' OBLIGATIONS VESTED IN THE DIGITAL MARKETS ACT

The misuse of economic power by digital giants has highlighted the problem of distortion of competition in the online services market and the ineffectiveness of traditional competition law. This was the impetus for the adoption of the Digital Markets Act, which aims to specifically regulate the digital sector by establishing rules that ensure competitiveness and fairness in the EU internal market. The research hypothesis is to confirm the benefits of the *ex ante* obligations imposed by the DMA on online platforms with gatekeeper status in terms of strengthening fairness and competition, as well as ensuring the rights of business users and consumers in the digital sector of the economy. The purpose of the study is the functional description of the obligations of online platforms with gatekeeper status and the determination of prospects for their implementation. To achieve this goal, the method of doctrinal analysis was used, which helped to reveal the legal nature and peculiarities of the Digital



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

розкрити правову природу й особливості Акта про цифрові ринки в цілому, а також зобов'язань гейткіперів зокрема. Зобов'язання *ex ante*, як поведінкові засоби правової охорони ринку ЄС від негативної ділової практики, спрямовані на недопущення потенційно небажаної поведінки гейткіперів, а також сприяють внутрішньо- і міжплатформній конкуренції та захищають її. Доведено, що асиметричність регулювання *ex ante*, конкурентність і справедливість цифрових ринків як ціль регулювання, самовиконуваний характер зобов'язань свідчать про новизну регуляторного режиму, запровадженого Актом про цифрові ринки. Надання Європейській комісії широкого кола повноважень щодо контролю за виконанням онлайн-платформами зобов'язань додає гнучкості регуляторному інструменту, який водночас потребує подальшого розвитку для того, щоб суттєво відрізнитися від традиційного конкурентного права.

Ключові слова: ЄС, цифрові ринки, конкуренція, онлайн-платформа, гейткіпер, зобов'язання, право ЄС.

Markets Act in general, as well as the gatekeeper obligations in particular. Ex ante obligations, as behavioral means of legal protection of the EU market against negative business practices, are aimed at preventing potentially undesirable behavior of gatekeepers, and also promote and protect intra- and cross-platform competition. It has been proven that the asymmetry of ex ante regulation, the competitiveness and fairness of digital markets as the goal of regulation, and the self-executing nature of obligations testify to the novelty of the regulatory regime introduced by the Digital Markets Act. Granting the European Commission a wide range of powers to monitor the compliance of online platforms with their obligations adds flexibility to the regulatory instrument, which, at the same time, requires further development in order to be significantly different from traditional competition law.

Keywords: EU, digital markets, competition, online platform, gatekeeper, obligations, EU law.

JEL Classification: K21, K33, K42, L40, L86.

Вступ

Традиційні підходи до захисту економічної конкуренції на цифрових ринках є неефективними щодо великих онлайн-платформ, які мають значну ринкову владу і у відносинах зі споживачами, і у відносинах із суб'єктами господарювання, що пропонують свої товари та послуги на цих онлайн-платформах (Crémer et al., 2019, с. 39). Так, застосування інституту зловживання монополієм становить проблему щодо великих онлайн-платформ виявилось практично неможливим через специфіку цифрових ринків, проблемне визнання меж ринку (Gerasytenko & Mazaraki, 2022, с. 62–65), а також тривалість розслідувань та притягнення до відповідальності за спотворення економічної конкуренції.

Саме тому забезпечення добросовісної та чесної конкуренції на цифрових ринках потребувало концептуально іншого підходу (Montjoye et al., 2019, с. 3; Proposal for a Regulation 2020/0374, 2020, пояснювальна записка), а саме визначення *ad hoc* зобов'язань до суб'єктів господарювання, що мають економічну владу на цифрових ринках. Такі зобов'язання закріплені у європейському Акті про цифрові ринки (далі – DMA) і стосуються певного спектра послуг – основних послуг онлайн-платформ та визначених суб'єктів господарювання – гейткіперів. Зобов'язання, яких налічується близько тридцяти, серед іншого включають вимоги щодо роботи з даними, паритету цін на послуги, доступу до послуг, прозорості онлайн-реклами, інсталяції та налаштування програмного забезпечення, антиконкурентної переваги власних послуг, сумісності апаратних і програмних функцій.

У свою чергу, зобов'язання гейткіперів мають різну правову природу та ступінь деталізації. Наукові дискусії щодо їх ефективності, наявності балансу між захистом економічної конкуренції на цифрових

ринках і стимулюванням інновацій, доцільності централізації контролю за дотриманням цих зобов'язань у руках Європейської комісії тривають із моменту оприлюднення проєкту *DMA* (*Budzinski & Mendelsohn*, 2021, с. 9–13).

Гіпотеза дослідження полягає у підтвердженні переваг зобов'язань *ex ante*, які *DMA* накладає на онлайн-платформи зі статусом гейткіпер, щодо зміцнення справедливості та конкурентності, а також забезпечення прав бізнес-користувачів і споживачів у цифровому секторі економіки.

Метою дослідження є функціональна характеристика зобов'язань онлайн-платформ зі статусом гейткіпер та визначення перспектив їх реалізації.

Використано методику доктринального аналізу, яка допомогла розкрити правову природу й особливості *DMA* в цілому, а також зобов'язань гейткіперів зокрема. Стаття складається з трьох розділів. Для окреслення проблематики спотворення конкуренції на цифрових ринках у першому розділі проаналізовано правозастосовну практику конкурентних відомств ЄС та США, адже саме справи проти великих онлайн-платформ підкреслили неефективність традиційного конкурентного права. У другому розділі розглянуто особливості концепції *DMA* з метою демонстрації логіки визначення зобов'язань гейткіперів. У третьому – комплексно продемонстровано особливості та виділено певні види зобов'язань гейткіперів, а також спрогнозовано проблематику правозастосування.

1. Антиконтурентні практики онлайн-платформ: аналіз правозастосовної та судової практики

Проблеми, які зумовили активізацію регуляторних ініціатив на ринку онлайн-платформ щодо їхньої діяльності як гейткіперів, виявлено під час досліджень компетентними державними органами та міжнародними організаціями:

- великі онлайн-платформи, які відіграють роль гейткіперів, контролюють доступ на ринки нових учасників, отримують величезні прибутки, нав'язують жорсткі умови угод, обробляють і використовують персональну інформацію фізичних та юридичних осіб;
- онлайн-платформи використовують позиції гейткіперів для збереження своєї ринкової влади і посилення свого домінування, що має наслідком встановлення "приватних" правил на ринку, зменшення інновацій, обмеження споживачів у виборі та погіршення конфіденційності;
- економічні особливості цифрових ринків (мережевий ефект, зворотний зв'язок, ефекти конгломерату та ін.) призводять до неможливості природного змагального процесу для досягнення конкурентних результатів (*OECD*, 2021, с. 9–10).

Більше того, опитування бізнес-користувачів показали, що 46% з них стикалися з проблемами у ділових відносинах з онлайн-платформами; поміж активних бізнес-користувачів частка вища – 75%, серед яких 32% стикалися з проблемами часто (*European Commission, 2017, с. 9*). Практика боротьби з антиконкурентною поведінкою на цифрових ринках у свій час показала, що, незважаючи на анти-монопольні розслідування та накладення багатомільярдних штрафів, платформи-гейткіпери в Європі мало що зробили, щоб змінити свої антиконкурентні бізнес-моделі. Крім цього, регулювання *ex post* виражається у занадто тривалих розслідуваннях, які застосовуються лише після того, як гейткіпер допустив порушення конкурентних правил (*Enia, 2022, с. 260*). До набрання чинності *DMA* регулювання *ex ante* діяльності онлайн-платформ, спрямоване на попередження антиконкурентної поведінки, що допомогло б уникнути тривалих і дорогих антимонопольних розслідувань, не застосовувалося.

Доцільно зазначити, що вирішити проблемні ситуації, пов'язані з діяльністю гейткіперів, намагалися у США – країні, де цифровізація відбувається швидше, ніж в ЄС (*Ambrosio et al., 2020, с. 1–2*). Генеральний прокурор США назвав домінування великих онлайн-платформ на ринках світу "найактуальнішою конкурентною проблемою сучасного покоління в той час, коли багато інструментів попередніх поколінь для оцінки та ров'язання проблеми влади гейткіперів застаріли" (*Press Release 23-337, 2023*). З огляду на зазначені виклики 24.06.2021 на голосування Конгресу США був винесений проєкт "Закона про припинення монополій платформ" (*Ending Platform Monopolies Act, 2021*), спрямований на боротьбу з неправомірними методами конкуренції на цифрових ринках, пов'язаних з домінуванням онлайн-платформ. Законопроект не був прийнятий, хоча за висновками фахівців його положення є ефективнішими для припинення зловживання гейткіперами своєю владою, ніж механізми, які для цього пропонує *DMA*.

Однією з причин, що зумовили необхідність законодавчого закріплення механізму накладання зобов'язань на онлайн-платформи, як зазначалося вище, були тривалі антимонопольні розслідування щодо їхньої антиконкурентної поведінки на ринку ЄС, а також подальші оскарження рішень конкурентних відомств. Наведемо приклади деяких розслідувань антиконкурентної поведінки онлайн-платформ, починаючи з 2000 р.:

- відмова *Microsoft Corporation* від надання інформації про сумісність та від надання дозволу на її використання з метою розробки і розповсюдження продуктів серверних операційних систем робочої групи та встановлення доступності операційної системи *Windows Client PC*. Розслідування розпочато 10.02.2000, а рішення прийнято 24.03.2004 (4 роки і 1 місяць) (*Case COMP/C-3/37.792, 2004*);

- зловживання *Microsoft Corporation* домінуючим становищем на ринку операційних систем для персональних комп'ютерів. Розслідування розпочато 14.01.2008, а рішення прийнято 16.12.2009 (1 рік і 11 місяців) (*Case COMP/C-3/39.530, 2009*);

- зловживання *Google Search* домінуючим становищем шляхом більш сприятливого позиціонування та відображення на сторінках загальних результатів пошуку власного сервісу порівняльних покупок порівняно з конкуруючими сервісами. Розслідування розпочато 30.11.2010, а рішення прийнято 27.06.2017 (6 років і 7 місяців) (*Case AT.39740, 2017*);

- зловживання *Google LLC* і *Alphabet Inc.* домінуючим становищем шляхом вчинення чотирьох антиконкурентних дій: 1) зв'язування додатка *Google Search* з магазином мобільних додатків *Play Store*; 2) зв'язування мобільного веббраузера *Google Chrome* із *Play Store* і додатком *Google Search*; 3) встановлення таких заборон для виробників обладнання: продавати пристрої на основі модифікованих версій *Android*; вчиняти дії, які можуть спричинити фрагментацію *Android*; розповсюджувати комплекти для розробки програмного забезпечення на базі *Android*; 4) здійснення виплат виробникам оригінального обладнання й операторам мобільного зв'язку за умови, що вони попередньо не встановлять конкуруючу службу загального пошуку на будь-якому пристрої в межах узгодженого портфолію. Розслідування розпочато 15.04.2015, а рішення прийнято 18.07.2018 (3 роки і 3 місяці) (*Case AT.40099, 2018*);

- встановлення обов'язку для постачальників електронних книг повідомляти *Amazon* про більш вигідні або альтернативні умови, які вони пропонують в інших місцях, та/або пропонувати *Amazon* умови, які прямо чи опосередковано залежать від умов, запропонованих іншому роздрібному продавцю електронних книг. Розслідування розпочато 11.06.2015, а рішення прийнято 04.05.2017 (1 рік і 11 місяців) (*Case AT.40153, 2017*);

- включення *Google Inc.* таких положень, як "застереження про ексклюзивність", "преміумплейсмент", "мінімальні оголошення", а також положення про авторизацію еквівалентних оголошень до угод з прямими партнерами про використання сервісів *Google*. Розслідування розпочато 14.07.2016, а рішення прийнято 20.03.2019 (2 роки і 8 місяців) (*Case AT.40411, 2019*);

- неправомірне використання *Amazon* персональних даних; встановлення умов і критеріїв, які сприяють штучній конкурентній перевазі власних роздрібних послуг та перевазі у виборі продавців. Розслідування розпочато 17.07.2019, а рішення прийнято 20.12.2022 (3 роки і 5 місяців) (*Case AT.40462, 2022*);

- антиконкурентна практика *Apple AppStore* на ринках поточного передавання музики, електронних і аудіокниг, що позбавляє споживачів більшого вибору та нижчих цін. Розслідування розпочато

16.06.2020, а рішення прийнято 04.03.2024 (3 роки і 8 місяців) (*Case AT.40437, 2024*);

- прив'язування *Meta* власного сервісу оголошень до власної соціальної мережі та нав'язування несправедливих торговельних умов конкурентам. Розслідування розпочато 04.06.2021 і триває (*Case AT.40684, 2021*).

Найскладнішою для врегулювання, наприклад, виявилася поведінка, яка полягала в більш сприятливому позиціюванні та відображенні компанією *Google Search* на сторінках загальних результатів пошуку власного сервісу порівняльних покупок проти конкуруючих сервісів порівняльних покупок. В апеляції на рішення Європейської комісії оскаржувалася законність правової кваліфікації надання переваги "самому собі" на підставі ст. 102 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЕС) та підіймалося питання, чи взагалі існує концепція зловживання, за допомогою якої підприємство, що займає домінуюче становище, надає перевагу власним товарам та послугам над товарами та послугами своїх конкурентів (*Case T-612/17, 2017*). За результатом розгляду апеляції Суд загальної юрисдикції ЄС майже повністю залишив у силі рішення Європейської комісії, визнавши обґрунтованими твердження останньої щодо антиконкурентної поведінки *Google Search* (*Case T-612/17, 2021*).

Водночас практика антимонопольних розслідувань та розгляду апеляцій у судах свідчить про те, що, беручи до уваги особливості цифрового ринку, Європейська комісія не проводила розслідування у тих випадках, коли передбачала неможливість кваліфікувати поведінку онлайн-платформи як домінуючу в розумінні традиційного конкурентного права ЄС. Така ситуація компенсувалася судовими провадженнями щодо онлайн-платформ на національному рівні. Так, рішенням Комерційного суду Парижа від 28.03.2022 до компанії *Google* застосовано санкції за недобросовісну комерційну практику у відносинах з розробниками пропозицій додатків на французькому ринку (*Case RG 2018017655, 2022*).

Таким чином, антиконкурентні дії онлайн-платформ стали можливими завдяки економічній владі, яку вони одночасно мають на декількох ринках, а також через акумулювання й ексклюзивний доступ до даних. Тривалі строки притягнення до відповідальності та припинення антиконкурентних практик показали, що такий підхід на цифрових ринках є неприйнятним. Поки конкурентні відомства проводять розслідування та застосовують відповідальність, онлайн-платформа набуває ще більшої економічної влади, обмежує конкуренцію і підвищує бар'єри для входу на ринок. Проблематика зводилася до необхідності законодавчого закріплення спеціального статусу за великими онлайн-платформами з подальшим накладанням на них зобов'язань.

2. DMA

Домінування онлайн-платформ на цифрових ринках стало новою концепцією гейткіпера у правотворчій практиці ЄС (OECD, 2021, с. 2), що привело до прийняття DMA з асиметричним регулюванням, звужуючи адресатів зобов'язань до окремих суб'єктів господарювання (на противагу традиційному конкурентному праву), які відповідають певним вимогам. Малоімовірно, що невелика онлайн-платформа, яка не має значної ринкової влади, зможе вчиняти домінантні дії, порушуючи антимонопольне законодавство. Тому положення DMA стосуються саме великих онлайн-платформ, які позбавлені ефективного конкурентного тиску та можуть зловживати своєю економічною владою.

З огляду на цілі DMA (Regulation 2022/1925, 2022, п. 79) його можна розглядати як регулювання, специфічне для цифрового сектору, спрямоване на встановлення правил, що забезпечують конкурентоспроможність і справедливість на внутрішньому ринку ЄС. Водночас його секторно-специфічне регулювання залишається спірним з економічної точки зору, зважаючи на те, що основні послуги платформи не визначені на підставі об'єктивних критеріїв, а обрані з урахуванням політичних факторів і не належать до окремого виробничого сектору, а призначення гейткіперів не ґрунтується на аналізі ринку (Mendelsohn & Budzinski, 2023, с. 13).

Серед методів покращення конкуренції на цифрових ринках, які закріплені в DMA, – перехід від антимонопольного втручання *ex post* (після правопорушення) до регулювання *ex ante* (для недопущення правопорушення). Це стало можливим завдяки більш активній ролі держави у регулюванні цифрової економічної діяльності в ЄС, аніж, наприклад, у США, де за основу береться базове регулювання ринку, щоб забезпечити вільну конкуренцію (Дзюкевич, 2023, с. 2). Саме те, що DMA надає інструменти для подолання системних обмежень регулювання *ex post*, свідчить про його новизну на процесуальному рівні, а не в змістовному аспекті (Andriychuk, 2023, с. 126).

Порівнюючи вищевказані типи регулювання, варто зауважити, що регулювання *ex post* призначене виключно для захисту конкуренції. Воно може привести до впровадження структурних засобів щодо правового захисту, передбачає одноразові втручання та має вузько-спрямовані цілі, використовуючи обмежений спектр інструментів.

Накладання зобов'язань *ex ante*, як поведінкових засобів правової охорони ринку ЄС від негативної ділової практики, має тенденцію превентивно реагувати на передбачувану небажану поведінку гейткіперів, а також не тільки захищає внутрішньо- та міжплатформну конкуренцію, але і сприяє їй, що приводить до активізації інноваційної діяльності на цифрових ринках.

Більшість зобов'язань визначаються таким чином, щоб бути "самовиконуваними", містяться в нормах прямої дії та не потребують додаткових рішень щодо їхньої реалізації. Водночас передбачена частина зобов'язань, які потребують уточнення Європейською комісією з метою ефективного їх виконання. Європейська комісія, вітаючи досягнення швидкої політичної угоди між Європейським парламентом та державами – членами ЄС щодо *DMA*, заявила, що важливою мотивацією регулювання *ex ante* є створення ефективного механізму примусового виконання, що забезпечує швидке дотримання чітких зобов'язань (*Press Release, 2022*), хоча фахівці у сфері антимонопольного законодавства та конкуренції звертають увагу на деякі потенційні негативні наслідки впровадження регулювання *ex ante* (*Bradshaw et al., 2023, с. 18–20*).

Як зазначалося вище, накладання зобов'язань лише на великі онлайн-платформи зі статусом гейткіпер вказує на асиметричність регулювання *DMA*. За змістом ст. 3 (1, 2) *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)* статус гейткіпера залежить від трьох якісних критеріїв: 1) значний вплив на внутрішній ринок; 2) надання основних послуг платформи; 3) міцне становище на ринку з такою ж перспективою у найближчому майбутньому. Кожен з якісних критеріїв включає кількісні пороги, у разі виконання яких якісний критерій вважається досягнутим, а за досягнення усіх критеріїв онлайн-платформа кваліфікується як гейткіпер. Фахівці переконані, що вищевказані економічні критерії слід серйозно враховувати при призначенні гейткіперів, оскільки *DMA* є нормативним актом, який спрямований на більш ефективний контроль над ринковою владою, ніж антимонопольне законодавство (*OECD, 2022, с. 11*).

Окремо слід звернути увагу на такий компонент концепції гейткіпера, як основні послуги платформи. Необхідною вимогою для того, щоб цифрова послуга підпадала під дію *DMA*, є те, що вона належить до основних послуг платформи. Їх приблизний перелік зазначений у ст. 2 *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)*, іноді з посиланням на інші нормативно-правові акти ЄС. Основні послуги платформи діють як ворота в цифровій економіці, здатні впливати на велику кількість споживачів та бізнес-користувачів, що саме по собі не є проблемою. Занепокоєння щодо можливої недобросовісної конкуренції виникають, коли основні послуги платформи стають обов'язковим шлюзом, тобто гейткіпером (*Regulation 2022/1925, 2022, п. 14–15*).

Набувши чинності, *DMA* одразу перейшов у правореалізаційну площину. Так, у терміни, встановлені *DMA*, Європейська комісія отримала повідомлення від компаній – потенційних гейткіперів, а вже 06.09.2023 вперше призначила шість гейткіперів із наданням відповідних основних послуг платформи: 1) *Alphabet* (онлайн-послуги посередництва *Google Shopping, Google Play, Google Maps*; пошукова система в Інтернеті *Google Search*; послуга обміну відео *YouTube*; операційна система *Google Android*; веббраузер *Google Chrome*;

рекламні послуги в Інтернеті); 2) *Amazon* (онлайн-послуга посередництва *Amazon marketplace*; послуга онлайн-реклами *Amazon Advertising*); 3) *Apple* (онлайн-послуга посередництва *App Store*; операційна система *iOS*; веббраузер *Safari*); 4) *ByteDance* (соціальна онлайн-мережа *TikTok*); 5) *Meta* (соціальні онлайн-мережі *Facebook* та *Instagram*; послуга онлайн-реклами *Meta Ads*; послуги міжособистісного спілкування *WhatsApp* та *Messenger*; онлайн-послуга посередництва *Marketplace*); 6) *Microsoft* (операційна система *Windows PC OS*; соціальна онлайн-мережа *LinkedIn*). Згодом, 29.04.2024, гейткіпером призначено *Apple* щодо її *iPadOS*, а 13.05.2024 – *Booking* щодо онлайн-послуги посередництва *Booking.com* (*Gatekeepers, n. d.*).

Набуття онлайн-платформою статусу гейткіпера відповідно до процедури, закріпленої у ст. 3 *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)*, має наслідком накладення на нього спеціальних зобов'язань, які стосуються однієї чи декількох основних послуг платформи, з метою забезпечення існування конкурентних і справедливих цифрових ринків ЄС. Саме конкурентність і справедливість, зміст яких розкривається у пп. 32, 33 *DMA*, можна розглядати як атрибути правомірної поведінки гейткіперів, що є результатом належної реалізації зобов'язань. Практично всі зобов'язання, які накладає на гейткіперів *DMA*, впливають із практики розслідувань антиконкурентної поведінки на європейських ринках відповідно до ст. 102 ДФЄС, приклади яких наведено вище.

Зважаючи на важливість забезпечення виконання *DMA*, централізоване правозастосування у сфері контролю за виконанням зобов'язань має свої переваги, такі як відсутність необхідності у координації між різними контролюючими відомствами, зменшення ризику розбіжностей у тлумаченні зобов'язань, швидке прийняття рішень та єдність підходів, що сприяє постійному удосконаленню правозастосовної практики (*Monti, 2021, c. 92*). Адміністрування *DMA* здійснює Європейська комісія, якій належить виключна компетенція призначати гейткіперів, визначати, як повинні виконуватися зобов'язання, приймати імплементаційні акти для конкретизації зобов'язань, проводити розслідування, застосовувати санкції до правопорушників тощо, при цьому використовуючи досвід експертів у цифровій сфері та залучаючи до співпраці представників агентств і органів ЄС, громадських організацій та інших зацікавлених осіб. Завдяки своїм повноваженням щодо дослідження ринку Європейська комісія виступає гарантом відповідності зобов'язань гейткіперів реаліям цифрового сектору, який постійно розвивається.

3. Зобов'язання гейткіперів

Основою *DMA* є зобов'язання щодо надання основних послуг онлайн-платформами зі статусом гейткіпер, що дозволить обмежити їхню поведінку та спрямувати її на забезпечення режиму конкурентної

боротьби. Хоча максимальна точність визначення зобов'язань сприяла б уникненню непорозумінь щодо їх виконання, перелік зобов'язань у *DMA* не тільки великий, але й розпливчастий і непрозорий. Це зроблено не випадково, оскільки динамічний характер цифрових ринків неодмінно потребуватиме подальшої конкретизації зобов'язань у майбутньому (*Andriychuk, 2023, с. 127*).

У науковій літературі зобов'язання гейткіперів, залежно від форми їх реалізації, пропонується поділяти на негативні та позитивні (*Bostoen, 2023*). Негативні зобов'язання більш характерні для традиційного конкурентного права, їх необхідно дотримуватись, не вчиняючи дію або дії, які законом вчиняти заборонено. Позитивні зобов'язання, які менш властиві конкурентному праву, підлягають виконанню у формі активної поведінки суб'єкта, шляхом вчинення конкретно визначеної законом дії або дій у встановленому порядку. Практично всі негативні зобов'язання у *DMA* починаються словами "не повинен", а позитивні – "повинен". Для гейткіпера позитивні зобов'язання виконувати складніше, оскільки це потребує додаткових зусиль та витрат, детального планування відповідних дій тощо. Негативні зобов'язання, як правило, пов'язані зі справедливістю, яку ставить за мету *DMA*, та спрямовані на недопущення експлуатації гейткіперами бізнес-користувачів основних послуг платформи, а позитивні зобов'язання забезпечують активну конкуренцію між онлайн-платформами.

Законодавець виклав зобов'язання у ст.ст. 5, 6, 7 *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)*. У ст. 5 наведено загальні зобов'язання щодо кожної з основних послуг платформи без необхідності подальшої їх конкретизації. Зобов'язання, які містить ст. 6, можуть бути додатково конкретизовані Європейською комісією для ефективного виконання. У ст. 7 закріплені зобов'язання, які також можуть бути уточнені, але вони стосуються виключно послуги міжособистісного зв'язку, яку надає гейткіпер.

Зважаючи на можливості гейткіпера мати потенційні переваги щодо накопичення даних, ст. 5 (2) *DMA* забороняє: використовувати персональні дані для онлайн-реклами, отримані гейткіпером через його послуги для третіх осіб; об'єднувати персональні дані, отримані через послуги гейткіпера чи третіх осіб; перехресно використовувати дані з однієї послуги гейткіпера в інших; об'єднувати персональні дані шляхом входу споживачів основної послуги платформи до іншої послуги. Винятки із вищевказаних заборон можливі у випадку надання згоди споживачем відповідно до вимог Загального регламенту ЄС про захист даних (*Regulation 2016/679, 2016*).

Ст. 5 (3) *DMA* містить заборону перешкоджати бізнес-користувачам пропонувати свої товари та послуги на більш вигідних умовах через інші послуги посередництва. Порушення гейткіпером цього зобов'язання обмежує конкуренцію між платформами, свободу бізнес-користувачів та вибір споживачів.

Надання гейткіпером можливості бізнес-користувачам спілкуватися зі споживачами вимагається ст. 5 (4) *DMA*, що дозволяє їм вступати у комерційні відносини незалежно від гейткіпера. Це зобов'язання відкриває доступ споживачам до інформації на платформі гейткіпера про альтернативні способи придбання товарів та послуг.

Відповідно до ст. 5 (5) *DMA* споживач повинен мати дозвіл на отримання доступу через основні послуги платформи гейткіпера до контенту, підписок чи інших функцій, використовуючи програмні додатки бізнес-користувача. Таким чином, споживачі можуть обирати альтернативні способи отримання послуг – через гейткіпера або через альтернативні канали.

Будь-які дії гейткіпера, спрямовані на обмеження засобів правового захисту бізнес-користувачів та споживачів, забороняє ст. 5 (6) *DMA*. Дотримання гейткіпером цього зобов'язання зберігає можливість оскаржувати його поведінку до компетентних європейських чи національних органів без жодних негативних наслідків для бізнес-користувачів чи споживачів.

Зобов'язання, передбачене у ст. 5 (7) *DMA*, спрямоване на захист бізнес-користувачів та споживачів від необхідності вибору лише однієї комбінації послуг і залежності від уніфікованого технічного рішення гейткіпера, водночас залишаючи їм право скористатися таким рішенням.

Щоб запобігти можливій перевазі гейткіпера у зборі даних та підвищенню бар'єрів для входу, ст. 5 (8) *DMA* забороняє вимагати від бізнес-користувачів або споживачів підписуватися на інші основні послуги платформи як умову для використання певної послуги. Це зобов'язання надає можливість вибору послуг платформи-гейткіпера та дозволяє уникнути отримання небажаних послуг.

Зобов'язання, передбачене ст. 5 (9) *DMA*, має на меті забезпечити прозорість умов і цін на послуги онлайн-реклами шляхом щоденного надання гейткіпером відповідної інформації рекламодавцям або їхнім уповноваженим особам. Ст. 5 (10) *DMA* розширює обов'язок гейткіперів надавати інформацію щодо онлайн-реклами, включаючи запити від видавців.

Відповідно до ст. 6 (2) *DMA* гейткіперу заборонено використовувати персональні дані бізнес-користувачів, отримані через їх комерційну діяльність з використанням основних послуг платформи, для конкуренції з цими ж бізнес-користувачами. Використовуючи такі дані, гейткіпер може отримати конкурентні переваги, якщо, наприклад, надає бізнес-користувачу основну послугу платформи для продажу певних товарів і водночас є їх постачальником.

Попередньо встановлене гейткіпером програмне забезпечення та налаштування за замовчуванням можуть потенційно надати йому перевагу над конкурентами. Тому ст. 6 (3) *DMA* зобов'язує гейткіпера дозволити видаляти програмне забезпечення (за винятком додатків, які є важливими для функціонування операційної системи або пристрою) та змінювати налаштування за замовчуванням.

Ст. 6 (4) *DMA* дає змогу споживачам використовувати широкий спектр програмного забезпечення, закріплюючи для гейткіпера зобов'язання дозволяти встановлення програмних додатків від інших постачальників та забезпечувати для цього технічну можливість. Гейткіпер може відступити від вимог цього зобов'язання, обґрунтувавши необхідність збереження цілісності апаратного забезпечення чи операційної системи.

Враховуючи, що позиція гейткіпера та дизайн платформи надають йому потенційну можливість використовувати своє становище на користь певного контенту, ст. 6 (5) *DMA* забороняє надавати перевагу власним товарам і послугам над аналогічними товарами та послугами третьої сторони у процесі їх пошуку, ранжування й індексації. Водночас конкурентним і справедливим залишається диференційоване ставлення до пропозицій товарів та послуг з огляду на їхню якість чи вартість. Ефективному дотриманню цього зобов'язання сприятимуть керівні роз'яснення Європейської комісії щодо належного обґрунтування диференційованого ставлення до подібних пропозицій.

Зобов'язання гейткіперів не перешкоджати споживачам перемикатися між різними програмними додатками або підписуватися на них (ст. 6 (6) *DMA*) забезпечує можливість ширшого вибору послуг. Гейткіперам заборонено створювати будь-які бар'єри для перемикання між додатками, однак зниження ціни на конкретний товар чи підвищення його якості не вважається порушенням цього обов'язку.

Для покращення конкуренції між гейткіпером та іншими постачальниками допоміжних послуг, пов'язаних з основними послугами платформи, ст. 6 (7) *DMA* гарантує інтеоперабельність, зобов'язуючи гейткіпера безкоштовно забезпечувати постачальникам послуг та апаратного забезпечення сумісність з операційними системами, апаратними і програмними функціями, доступними гейткіперу для власних послуг. Водночас гейткіпер має право вживати обґрунтованих заходів для захисту своєї операційної системи, апаратних і програмних функцій від загроз, які можуть виникнути через забезпечення такої сумісності.

Згідно зі ст. 6 (8) *DMA* гейткіпер зобов'язаний надавати рекламодавцям і видавцям реклами безкоштовний доступ до інструментів для оцінки ефективності рекламних послуг. Виконання цього обов'язку дає змогу проводити незалежну перевірку, що сприяє підвищенню справедливості, прозорості та конкурентоспроможності у наданні послуг онлайн-реклами.

Зобов'язання надавати споживачам доступ до даних встановлює ст. 6 (9) *DMA*. На їх запит гейткіпер повинен безкоштовно надавати доступ до даних, пов'язаних з основною послугою платформи. Таким чином, споживачі не будуть прив'язані до платформи гейткіпера через ексклюзивний доступ до персональних даних та зможуть використовувати свої дані, згенеровані на одній платформі, для отримання послуг на інших платформах.

Доступ бізнес-користувачів до даних, у т. ч. персональних даних своїх споживачів, за їх згодою, гарантують приписи ст. 6 (10) *DMA*. Гейткіпери повинні забезпечувати безперервний доступ до таких даних у режимі реального часу за допомогою відповідних технічних заходів.

На підставі справедливих, обґрунтованих і недискримінаційних умов (умови *FRAND*) гейткіпери повинні надати доступ до даних, отриманих у результаті діяльності споживачів, на запит інших постачальників пошукових систем в Інтернеті відповідно до ст. 6 (11) *DMA*. Водночас персональні дані повинні бути анонімізовані, проте без погіршення їхньої якості. Доступ до даних дозволяє конкурентам гейткіпера покращити свої пошукові сервіси і зміцнити позицію на ринку.

Застосовувати умови *FRAND* гейткіпер зобов'язаний також щодо доступу бізнес-користувачів до магазинів додатків, пошукових систем та соціальних мереж у межах надання основних послуг платформи (ст. 6 (12) *DMA*). Гейткіпер повинен опублікувати загальні умови доступу, включаючи альтернативні механізми врегулювання спорів.

Виконання гейткіпером зобов'язання, передбаченого у ст. 6 (13) *DMA*, гарантує право бізнес-користувачів та споживачів на вільний вибір основної послуги платформи. Умови припинення договору про надання основних послуг повинні бути сформульовані гейткіпером таким чином, щоб бізнес-користувачі та споживачі могли ними скористатися безкоштовно і без особливих труднощів.

Якщо основні послуги платформи включають надання міжособистісного зв'язку без використання мобільного номера, гейткіпер зобов'язаний поетапно забезпечити інтероперабельність щонайменше тих функцій, які вказані у ст. 7 *DMA*. Водночас гейткіпер має право вживати обґрунтованих заходів для того, щоб постачальники незалежних від номера послуг міжособистісного зв'язку, які запитують сумісність, не ставили під загрозу цілісність, безпеку та конфіденційність його послуг.

Зобов'язання щодо кожної з основних послуг платформи гейткіпер повинен виконувати протягом шести місяців після його призначення та відобразити результати виконання у звіті, подати його Європейській комісії та опублікувати неконфіденційну версію на своєму сайті, оновлюючи її не менш ніж один раз на рік. Шість гейткіперів, вперше призначених відповідно до *DMA*, у березні 2024 р. вже підготували такі звіти, в яких детально описали розробку і вжиття відповідних заходів для виконання своїх зобов'язань (*Compliance reports, n. d.*).

Порядок реалізації гейткіперами зобов'язань включає необхідність дотримуватися певних строків, які обчислюються *DMA* в місяцях та роках, а щодо строків, які в межах своїх повноважень може встановлювати Європейська комісія, застосовується принцип розумності.

Застосування відповідальності за порушення гейткіперами зобов'язань *DMA* регулює таким чином, щоб забезпечити ефективність, пропорційність та стримування, беручи до уваги характер, тяжкість, повторюваність і тривалість порушення, враховуючи суспільні інтереси, які підлягають захисту, обсяг та вид здійснюваної діяльності, а також

економічну спроможність порушника. Водночас до гейткіпера, який підпадає під дію *DMA*, може бути застосована відповідальність згідно зі ст.ст. 101, 102 ДФЄС та актами національного законодавства. Проте застарілі приписи останнього навряд чи будуть застосовуватися до санкціонування поведінки гейткіперів, зважаючи на особливості цифрових ринків.

Висновки

Проблема економічної влади великих онлайн-платформ та їх домінування на цифрових ринках привела до створення нового спеціального регуляторного інструменту, який передбачає надання великим онлайн-платформам статусу гейткіпера та встановлює певні обмеження щодо їхньої поведінки. Перевагами закріпленого у *DMA* переліку зобов'язань з можливістю їх додаткової конкретизації Європейською комісією є підвищення правової визначеності та передбачуваності, полегшення дотримання правових приписів і контролю з боку регулюючих органів, зменшення потреби в судових провадженнях та ризиків розбіжностей у тлумаченні й реалізації зобов'язань.

Зобов'язання, які містить *DMA*, поширюються лише на ті основні послуги платформи, які заздалегідь визначені у рішенні Європейської комісії про призначення гейткіпера. Обмеження гейткіперів у діяльності на ринку (пасивні зобов'язання) та визначення дій, які вони повинні вчиняти (активні зобов'язання), належать до змісту регулювання *ex ante*, спрямованого на недопущення антиконкурентної поведінки і шкідливих наслідків для бізнес-користувачів та споживачів. Загалом зобов'язання спрямовані на забезпечення: запобігання антиконкурентному використанню гейткіпером своєї переваги на ринку; доступу бізнес-користувачам до онлайн-платформи та до даних споживачів; вибору й автономності щодо використання основних послуг онлайн-платформи; прозорості створення вартості онлайн-реклами.

DMA вирізняється новизною завдяки асиметричному регулюванню *ex ante* діяльності великих онлайн-платформ, визначенню конкурентності та справедливості цифрових ринків ціллю регулювання, самовиконуваному характеру регуляторного режиму. Тільки в складних ситуаціях, коли гейткіпер систематично порушує свої зобов'язання, Європейською комісією можуть бути впроваджені додаткові правові заходи для досягнення цілей *DMA*, що додає гнучкості регуляторному інструменту. Водночас забезпечення ефективності *DMA* потребує подальшого розвитку його положень для того, щоб суттєво відрізнитися від традиційного конкурентного законодавства.

Надалі у дослідженнях будуть вивчені та проаналізовані проблеми застосування *DMA* й актів національного законодавства, які регулюють діяльність гейткіперів, інституційний механізм імплементації положень *DMA*, а також практична ефективність регуляторних заходів щодо діяльності гейткіперів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

- Ambrosio, F., Rückert, D., & Weiss, C. (2020). *Who is prepared for the new digital age? Evidence from the EIB Investment Survey*. <http://surl.li/vpxgin>
- Andriychuk, O. (2023). Do DMA obligations for gatekeepers create entitlements for business users? *Journal of Antitrust Enforcement*, (11), 123–132. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac034>
- Bostoen, F. (2023). Understanding the Digital Markets Act. *Antitrust Bulletin*, 68(2), 263–306. <http://surl.li/bntazj>
- Bradshaw, B., Herrick, P., & Jabouin, S. (2023). Upping the 'ante' on competition regulation: gambling with the future of Big Tech? *Tech REG Chronicle*, 13–21. <http://surl.li/qzqgo>
- Budzinski, O., & Mendelsohn, J. (2021). Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation? *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 27(154), 1–35.
- Case AT.40684 Facebook Marketplace. (2021). <http://surl.li/sxzmz>
- Case T-612/17 Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition). (2021, November 10). Google LLC, Alphabet, Inc. v European Commission. <http://surl.li/syzje>
- Case T-612/17: Action brought on 11.09.2017. (2017). Google and Alphabet v Commission. <http://surl.li/syyxg>
- Commission Decision of 04.05.2017 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon)). (2017). <http://surl.li/sxxiy>
- Commission Decision of 16.12.2009 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying)). (2009). <http://surl.li/xvvqoi>
- Commission Decision of 18.07.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 – Google Android). (2018). <http://surl.li/sxxdp>
- Commission Decision of 20.03.2019 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT. 40411 – Google Search (Ad Sense)). (2019). <http://surl.li/pmvvza>
- Commission Decision of 20.12.2022 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40462 – Amazon Marketplace and AT.40703 – Amazon Buy Box). (2022). <http://surl.li/sxyff>
- Commission Decision of 24.05.2004 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation (Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft). (2004). <http://surl.li/sxvml>
- Commission Decision of 27.06.2017 relating to proceedings under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)). (2017). <http://surl.li/sxwqw>
- Compliance reports. (n. d.). <http://surl.li/ticya>
- Crémer, J., Montjoye, Y-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the digital era*. Final report. Publications Office of the European Union. <http://surl.li/saosnq>
- Press Release. (2022). *Digital Markets Act: Commission welcomes political agreement on rules to ensure fair and open digital markets*. <http://surl.li/rzrtj>
- Ending Platform Monopolies Act. H.R.3825*. (2021). 117th Congress (2021–2022). <http://surl.li/sxpwj>
- Enia, P. R. (2022). A Continental Rift? The United States and European Union's Contrasting Approaches to Regulating the Monopolistic Behavior of Gatekeeper Platforms, *16 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* <http://surl.li/sxopn>
- European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Business-to-business relations in the online platform environment. (2017). *Final report*. Publications Office. <http://surl.li/lwfpfe>
- Gatekeepers*. The designation decision. (n. d.). <http://surl.li/szxxq>
- Gerasymenko, A., & Mazaraki, N. (2022). Competition law enforcement in Ukraine: challenges from on-line giants. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, (26), 57–74.

Mendelsohn, J., & Budzinski, O. (2023). DMA: background, objectives, and its relationship to competition law. *New Digital Markets Act. A Practitioner's Guide*, 5–22.

Monti, G. (2021). The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design. *European Competition and Regulatory Law Review*, 5(2), 90–101.

Montjoye, Y., Schweitzer, H., & Crémer, J. (2019). *Competition policy for the digital era*. Publications office of the EU. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>

OECD. (2021). *Ex ante regulation of digital markets*. OECD Competition Committee Discussion Paper. <http://surl.li/qzqgk>

OECD. (2022). *Gatekeeper Power in the Digital Economy: An Emerging Concept in EU Law*. Note by Alexandre de Streel. <http://surl.li/syzsf>

Press Release 23-337. (2023). *Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Opening Remarks at the Second Annual Spring Enforcers Summit*. <http://surl.li/qzqfr>

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) – 2020/0374 (COD). (2020). <http://surl.li/swxac>

Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). (2016). <http://surl.li/hwmobz>

Regulation 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). (2022). <http://surl.li/qzqgp>

Summary of Commission Decision of 04.03.2024 relating to a proceeding under Article 102 of TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)). (2024). <http://surl.li/vzqlzf>

Trib. com. Paris, 28 mars 2022, No. RG 2018017655.
Google Inc c/ Ministre de l'économie. (2022).
<http://surl.li/xgxshb>

Trib. com. Paris, March 28, 2022, No. RG 2018017655.
Google Inc v. Minister of the Economy. (2022).
<http://surl.li/xgxshb>

Дзюкевич, К. (2023). Адаптація єдиного ринку ЄС до епохи цифровізації. *Економіка та суспільство*, (54), 1–5. <https://doi.org/10.32782/2524-0072/2023-54-11>

Dziukevych, K. (2023). Adaptation of the EU single market to the era of digitalization. *Economy and society*, (54), 1–5. <https://doi.org/10.32782/2524-0072/2023-54-11>

Конфлікт інтересів. Автори заявляють, що вони не мають фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не мають відносин із державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автори працюють в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів та редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Стаття публікується на виконання гранту – Advocacy of European Rules of Competition, 101047657 – AERC – ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH.

Мазаракі Н., Жибак А. Зобов'язання гейткіперів, закріплені в Акті про цифрові ринки. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 4–19. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)01](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)01)

*Надійшла до редакції 16.08.2024.
Прийнято до друку 25.09.2024.
Публікація онлайн 16.12.2024.*

DOI: 10.31617/3.2024(137)02
 УДК 342.95:004.8]:61:658.71/.75

ТЕЛЕЛЕКОВ Дмитрій,
 магістр, аспірант кафедри міжнародного,
 цивільного та комерційного права
 Державного торговельно-економічного
 університету
 вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
 d.telelekov@knu.edu.ua

TELELEKOV Dmitrii,
 Master, Postgraduate Student
 of the Department of International,
 Civil and Commercial Law
 State University of Trade and Economics
 19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
 ORCID: 0009-0009-4455-712X

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ
 ВИКОРИСТАННЯ ШТУЧНОГО
 ІНТЕЛЕКТУ В МЕДИЧНИХ
 ЗАКУПІВЛЯХ**

Використання штучного інтелекту в медичних закупівлях стало буденною справою, адже технології допомагають швидко і точному ухваленню рішень; автоматизації рутинних завдань; обробці великого масиву даних та зменшенню людських помилок; зниженню корупційних ризиків; прозоро оцінити більшість операцій завдяки відкритому доступу; економії коштів та деякою мірою людських ресурсів. Ще у 2021 р. ВООЗ опублікувала рекомендації щодо етики й управління штучним інтелектом у сфері охорони здоров'я, в яких визначила переваги та недоліки штучного інтелекту. Гіпотеза дослідження полягає в доведенні ефективності використання ШІ в публічних закупівлях, виявлення прогалин та недоліків, вивчення досвіду зарубіжних країн з метою запозичення найкращих практик і надання пропозицій щодо правового регулювання використання ШІ. Метою цього дослідження є комплексний аналіз правових актів використання ШІ в медичних закупівлях. Проаналізовано технології штучного інтелекту, які можуть використовуватися в медичних закупівлях: машинне навчання (Machine Learning, ML), обробка природної мови (Natural Language Processing, NLP), AI чекліст подачі тендерної пропозиції, роботизована автоматизація процесів (Robotic Process Automation, RPA), виявлення шахрайства й аномалій, система відбору постачальників, чат-боти у сфері публічних закупівель, електронна система обліку й управління запасами лікарських засобів та медичних виробів "e-Stock". Константовано, що цей перелік не є вичерпним. Проведено порівняльний аналіз законодавства різних країн та України щодо регулювання штучного інтелекту і медичних закупівель, Акцентовано на необхідності обережності країн при прийнятті таких актів, адже ніхто не може до кінця спрогнозувати межі прогресу штучного інтелекту та, відповідно, наслідки, які можуть настати в разі втрати людиною контролю над штучним інтелектом.

Ключові слова: медичні закупівлі, штучний інтелект, господарська діяльність, правове регулювання, конкурентне право.

**LEGAL REGULATION
 OF THE USE OF ARTIFICIAL
 INTELLIGENCE IN MEDICAL
 PROCUREMENT**

The use of artificial intelligence in medical procurement has become commonplace, as technologies help make decisions quickly and accurately; automate routine tasks; process large amounts of data and reduce human errors, reduce corruption risks; transparently assess the most operations thanks to open access; save money and to some extent human resources. Back in 2021, the WHO issued guidelines on the ethics and management of artificial intelligence in healthcare, which identified the advantages and disadvantages of artificial intelligence. The hypothesis of the study is to prove the effectiveness of using AI in public procurement, identify gaps and shortcomings, study the experience of foreign countries in order to borrow best practices and provide proposals for legal regulation of the use of AI. The purpose of this study is a comprehensive analysis of legal acts on the use of AI in medical procurement. The artificial intelligence technologies that can be used in medical procurement are analysed: machine learning (Machine Learning, ML), natural language processing (Natural Language Processing, NLP), AI checklist for submitting a tender proposal, robotic process automation (Robotic Process Automation, RPA), fraud and anomaly detection, supplier selection system, chatbots in the field of public procurement, electronic system for accounting and management of stocks of medicines and medical devices "e-Stock". It was noted that this list is not exhaustive. A comparative analysis of the legislation of different countries and Ukraine on the regulation of artificial intelligence and medical procurement was conducted. It was emphasized that countries should be cautious when adopting such acts, because no one can fully predict the limits of progress of artificial intelligence and, accordingly, the consequences that may occur if a person loses control over artificial intelligence.

Keywords: medical procurement, artificial intelligence, economic activity, legal regulation, competition law.



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

Вступ

У 2021 р. ВООЗ опублікувала вичерпні рекомендації щодо етики й управління штучним інтелектом у сфері охорони здоров'я. У рекомендаціях визначено переваги і ризики використання штучного інтелекту (надалі – ШІ) у цій сфері (*Ethics and governance of artificial intelligence for health*, 2024). Наразі Україна використовує ШІ в медицині. Наприклад, *BrainScan* – хмарне рішення на основі ШІ, яке Україна отримала як гуманітарну допомогу закладам охорони здоров'я від однойменної польської технологічної компанії, допомагає лікарям оцінювати результати комп'ютерної томографії; технологію штучного інтелекту (*computer-aided detection*) під час діагностики туберкульозу застосовуватимуть у трьох фтизіопульмонологічних центрах Івано-Франківської, Львівської та Сумської областей тощо. Водночас варто зазначити, що одним із способів забезпечення закладів охорони здоров'я лікарськими засобами, медичним обладнанням та різними технологіями є медичні закупівлі, які здійснюються за принципом максимальної економії й ефективності із застосуванням галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я.

Ст. 5 Закону України "Про публічні закупівлі" (2015) (надалі – Закон) передбачає, що публічні закупівлі є одним з ключових моментів контролю за використанням бюджетних коштів, ефективності та пропорційності, запобігання корупційним діям і зловживанням, дотримання добросовісної конкуренції серед учасників. Відповідно до ст. 11 Закону проведення публічних закупівель на підприємстві організовує уповноважена особа, яка призначається замовником. У такої особи є багато обов'язків, а саме: планування закупівлі та формування річного плану закупівель в електронній системі закупівель; вибір процедури закупівлі та її проведення відповідно до Закону; оприлюднення в електронній системі закупівель звіту про договір про закупівлю, який укладений без використання електронної системи закупівель; забезпечення рівних умов для всіх учасників; об'єктивний та чесний вибір переможця процедури закупівлі/спрощеної закупівлі; забезпечення складання, затвердження та зберігання відповідних документів з питань публічних закупівель; забезпечення оприлюднення в електронній системі закупівель інформації, необхідної для виконання Закону та інші. Велика кількість обов'язків та завдань уповноваженої особи може спричинити певні помилки чи прогалини в роботі зазначеної особи. Тому одним із способів належного виконання уповноваженою особою своїх обов'язків є використання різних технологій загалом та ШІ зокрема. Наразі ШІ активно використовується при проведенні публічних закупівель, а саме при аналізі великого обсягу даних щодо пошуку закупівель, відомостей про постачальників, умов контракту чи інших даних, пов'язаних із закупівлями тощо. ВООЗ допускає використання генеративного штучного інтелекту, великих мультимодальних моделей (*LMM*), які можуть

приймати один або кілька типів вхідних даних і генерувати різноманітні результати, які не обмежуються типом даних, що вводяться в алгоритм (*Ethics and governance of artificial intelligence for health*, 2024). З іншого боку, занепокоєння, пов'язані з конфіденційністю даних, безпекою, упередженістю алгоритмів і відсутністю розуміння або досвіду в технологіях штучного інтелекту, є одними з ключових проблем, з якими стикаються під час інтеграції штучного інтелекту в практику публічних закупівель (Дорошенко та ін., 2024). Тому правове регулювання використання ШІ у сфері публічних закупівель та приведення у відповідність чинного законодавства із законодавством, що буде регулювати ШІ, є нагальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить про те, що питання використання ШІ в державному регулюванні в цілому та в публічних закупівлях зокрема досліджується вченими в різних країнах світу. Так, у закордонних виданнях цьому питанню присвячені праці авторів, як-от *Lucia Siciliani, Vincenzo Taccardi, Pierpaolo Basile, Marco Di Ciano, Pasquale Lopsma (Siciliani et al., 2023), A. Mavidis, D. Folinis (Mavidis & Folinis, 2022), R. Madan, M. Ashok (Madan & Ashok, 2022)* та ін.

Варто зазначити, що в Україні вивчення питань щодо публічних закупівель здійснювали Л. Нескороджена (дослідження теоретичних питань господарсько-правового регулювання публічних закупівель) (Нескороджена, 2021), А. Олефір (розглядав основні проблеми господарсько-правового забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я в Україні) (Олефір, 2012), Р. Джабраїлов, В. Малолітнева (проаналізували питання публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності) (Джабраїлов & Малолітнева, 2019) тощо. Питання використання штучного інтелекту в цілому та в публічних закупівлях зокрема в Україні досліджували О. Карпенко, Ю. Карпенко, Д. Герман (Карпенко та ін., 2023), О. О. Дорошенко, А. В. Пахут, А. Сидорук (Дорошенко та ін., 2024), Р. Р. Марутян (Марутян, 2018), Т. В. Ратушняк (Ратушняк, 2018), Н. Пацурія (Пацурія, 2023) та ін. Однак наявні дослідження не повною мірою охоплюють усі аспекти правового регулювання використання ШІ в медичних закупівлях.

Гіпотеза дослідження полягає в доведенні ефективності використання ШІ в публічних закупівлях, виявлення прогалин та недоліків, вивчення досвіду зарубіжних країн з метою запозичення найкращих практик і надання пропозицій щодо правового регулювання використання ШІ.

Метою статті є комплексний аналіз правових аспектів використання ШІ в публічних закупівлях, визначення проблемних питань та розробка рекомендацій щодо їх вирішення.

Для досягнення поставленої мети в ході дослідження використовувалися такі методи, як аналіз чинного законодавства України та міжнародного досвіду використання ШІ у сфері медичних закупівель; порівняльно-правовий аналіз тощо.

Інформаційною базою слугували тексти нормативно-правових актів України, міжнародного права, наукова література, а також відомості з відкритих реєстрів та джерел. Обробка інформації здійснювалася за допомогою методів логічного та факторного аналізу, синтезу, узагальнення.

Структурно це дослідження побудоване так: спочатку описано технології ШІ, які можуть бути використані в медичних закупівлях; наступна частина дослідження стосується правового регулювання використання ШІ за законодавством ЄС та України. Стаття завершується висновками щодо правового регулювання ШІ в різних країнах, виокремлено переваги та недоліки ШІ, зауважено про ШІ в медичних закупівлях.

Отже, результати дослідження сприятимуть вдосконаленню законодавства України щодо використання ШІ в медичних закупівлях.

1. Технології штучного інтелекту, які можуть використовуватися в медичних закупівлях

З аналізу різних сайтів замовників та виконавців публічних торгів можна навести кілька конкретних прикладів використання ШІ в публічних закупівлях, які демонструють, як технології можуть підвищити ефективність, прозорість і зменшити ризики у цій сфері.

Машинне навчання (Machine Learning, ML), яке використовується для виявлення закономірностей у величезних наборах даних і прогнозування або прийняття рішень. Аналізуючи історичні дані, алгоритми *ML* можуть ідентифікувати закономірності та зв'язки, які можуть бути неочевидними для людського мозку. Це дає змогу керівникам із закупівель приймати рішення на основі даних, оптимізувати вибір постачальників і точніше прогнозувати попит. Наприклад, модель *ML* може аналізувати дані про здійснені закупівлі, показники ефективності постачальників і тенденції ринку, щоб передбачити майбутній попит, допомагаючи організаціям оптимізувати рівень запасів і уникнути дефіциту (*Технології ШІ в закупівлях*, 2024, 6 травня).

Обробка природної мови (Natural Language Processing, NLP). Алгоритми обробки природної мови призначені для інтерпретації, генерації та трансформації людської мови. Вони можуть розуміти й аналізувати письмову чи усну мову, що дає змогу фахівцям із закупівель отримувати цінну інформацію з текстових даних.

Алгоритми *NLP* можуть автоматично класифікувати й отримувати відповідну інформацію з контрактів постачальників, запитів пропозицій або відгуків клієнтів. Вони також полегшують спілкування з чат-ботами або віртуальними помічниками, дозволяючи користувачам взаємодіяти з системами закупівель у розмовній манері.

Наприклад, *NLP* можна використовувати для ідентифікації ключових положень і умов із контрактів, що забезпечує швидший і точніший перегляд і аналіз контрактів.

Генеративний інструмент ШІ для обробки природної мови *ChatGPT* вбудовується в інтеграцію програмного забезпечення сторонніх розробників. Окрім інтеграції *ChatGPT* у процес закупівель, його можна використовувати для бухгалтерського обліку, фінансів тощо (*Технології ШІ в закупівлях*, 2024, 6 травня; *Siciliani et al.*, 2023).

AI чекліст подачі тендерної пропозиції допомагає на торговому майданчику *SmartTender.biz* обробляти більше тендерних можливостей, спрощує підготовку пропозицій і зменшує час на виконання завдань. Він дає змогу швидко проаналізувати тендерну документацію, зібрати всі вимоги в одному місці та підвантажити документи відповідно до цих вимог (*IT-Enterprise*, 2024, 13 серпня). Варто зазначити, що є багато компаній, які пропонують у сфері публічних закупівель різне програмне забезпечення на основі ШІ. Наприклад, програмне забезпечення *JAGGAER* забезпечує стратегії закупівель і прийняття рішень за допомогою передових інструментів ШІ (*Leverage the Benefits, n. d.*); *ZipHQ Inc.* розробляє програмне забезпечення на базі ШІ, яке має на меті замінити ручні процеси, обробку завдань, таких як електронні таблиці, а також спростити погодження в таких відділах, як фінансовий, юридичний, *IT* та служба безпеки (*Business Software Startup Zip Is Valued at \$2.2 Billion*, 2024, October 21).

Роботизована автоматизація процесів (Robotic Process Automation, RPA). У сфері закупівель *RPA* автоматизовано обробляє рахунки-фактури, генерує замовлення на закупівлі та підключає постачальників. Завдяки своїй здатності імітувати людську поведінку *RPA* зменшує кількість помилок і час обробки, що приводить до оптимізації операцій.

Прикладом *RPA* у закупівлях може бути автоматизована система, яка отримує інформацію про постачальника з електронних листів і відповідно оновлює базу даних постачальника (*Технології ШІ в закупівлях*, 2024, 6 травня).

Виявлення шахрайства й аномалій. У 2020 р. *IBM Watson Assistant* випустила бета-версію нової моделі виявлення намірів. У США ця версія використовується для пошуку можливих зловживань у державних закупівлях. *Watson* аналізує великі обсяги даних для виявлення аномалій у витратах, що може сигналізувати про шахрайство чи корупцію (*IBM Watson to watsonx, n. d.*). В Україні у 2018 р. протестовано спеціальну програму на основі ШІ *DOZORRO*, завдяки якій вдалося визначити на 26% більше тендерів з необґрунтованим вибором переможця, на 37% – з безпідставною дискваліфікацією, на 298% – зі змовою учасників. Що показово, алгоритм штучного інтелекту знайшов найбільше порушень саме в найдорожчих тендерах (*Алгоритми "зради"*, 2018).

Система відбору постачальників. Sourcing Optimization Tool від *GEP* – це процес пошуку, оцінки та залучення постачальників на основі заздалегідь визначених критеріїв для отримання економії коштів і максимально можливої цінності для бажаних товарів або послуг. Мета

полягає в тому, щоб знайти постачальників, які можуть найкращим чином забезпечити організацію товарами та послугами, необхідними для ведення бізнесу, з необхідними витратами і конкурентною перевагою (*Sourcing Optimization, n. d.*).

Чат-боти у сфері публічних закупівель. Наприклад, державне підприємство "Медичні закупівлі України" запустило чат-бот на базі месенджера *Telegram*, який надасть змогу пацієнтам, лікарям, закупівельникам й усім іншим споживачам дізнатися про те, які ліки та медичні вироби і в якій кількості закуповуються ДП "Медичні закупівлі України", статус процедур закупівель, запланований графік поставок в Україну та фактичні дати поставок у регіони, залишки по кожному препарату тощо (*Telegram-бот ДП, n. d.*).

Електронна система обліку та управління запасами лікарських засобів і медичних виробів "e-Stock" (Медичне забезпечення лікарень, 2024; Постанова Кабінету Міністрів України № 1483, 2022, 30 грудня). Ця система повинна забезпечити оперативну, пряму та прозору процедуру визначення обсягів потреби в закупівлі лікарських засобів закладами й установами охорони здоров'я, що повністю або частково фінансуються з державного та місцевих бюджетів. Пілотний проект зазначеної системи запрацював з січня 2023 р. та вже показав свою ефективність, адже дав можливість ДП "Медичні закупівлі України" розвезити запаси не на рік, як раніше, а на три місяці й відстежувати достатність такого обсягу.

Вищезазначені технології не є вичерпними, адже з кожним роком ІТ-компанії пропонують нові технології у сфері публічних закупівель, які можуть полегшити процедуру закупівель.

2. Правове регулювання використання ШІ

2.1. Законодавство ЄС щодо використання ШІ

Питання регулювання ШІ в ЄС постало вже давно. У 2021 р. Регламентом ЄС 2021/694 від 29 квітня 2021 р. про створення Програми цифрової Європи та скасування Рішення (ЄС) 2015/2240 (*Regulation (EU) 2021/694, 2021*) визначено завдання для ЄС щодо штучного інтелекту як однієї з цілей цифрової трансформації європейської економіки. Основними завданнями стали:

- нарощувати і зміцнювати основні можливості та знання ШІ в ЄС, включаючи створення та зміцнення якісних ресурсів даних і відповідних механізмів обміну, а також бібліотек алгоритмів, гарантуючи при цьому підхід, основа якого – повага до цінностей ЄС;
- зробити ШІ доступним для бізнесу, особливо малого та середнього і стартапів, а також громадянського суспільства, некомерційних організацій, науково-дослідних установ, університетів та державних адміністрацій, щоб максимізувати їх користь для європейського суспільства й економіки;

- зміцнити й об'єднати засоби тестування та експериментування ШІ в державах-членах;

- розробляти і зміцнювати комерційні прикладні та виробничі системи, щоб сприяти інтеграції технологій у ланцюжках створення вартості та розробці інноваційних бізнес-моделей, а також скоротити час, необхідний для переходу від інновацій до комерційного використання, і сприяти застосуванню рішень на основі ШІ в областях суспільних інтересів та в суспільстві.

Рішення на основі штучного інтелекту і доступні дані мають дотримуватися принципу конфіденційності та безпеки за проектом і повністю відповідати законодавству про захист даних.

У зазначеному Регламенті також передбачено і фінансування, яке ЄС виділить для виконання поставлених завдань, а саме на ШІ виділяється 2 061 956 000 євро з 1 січня 2021 р. до 31 грудня 2027 р.

Україна також має право брати участь в реалізації цієї програми, оскільки в ст.10 Регламенту ЄС 2021/694 зазначено що програма відкрита для країн, що приєднуються, країн-кандидатів та потенційних кандидатів, відповідно до загальних принципів і загальних положень та умов участі цих країн у програмах Союзу, встановлених у відповідних рамкових угодах і рішеннях Ради асоціації або в подібних угодах, та відповідно до конкретних умов, викладених в угодах між ЄС і цими країнами.

13 червня 2024 р. прийнято Регламент (ЄС) 2024/1689 Європейського Парламенту та Ради, що встановлює гармонізовані правила щодо штучного інтелекту та вносить зміни до Регламентів (ЄС) № 300/2008, (ЄС) № 167/2013, (ЄС) № 168 /2013, (ЄС) 2018/858, (ЄС) 2018/1139 і (ЄС) 2019/2144 і Директиви 2014/90/ЄС, (ЄС) 2016/797 і (ЄС) 2020/1828 (Закон про штучний інтелект) (*Regulation (EU) 2024/1689, 2024*). Перш за все, цей закон дав визначення ШІ: система ШІ означає машинну систему, яка розроблена для роботи з різними рівнями автономності та яка може демонструвати адаптивність після розгортання, і яка, для явних або неявних цілей, робить висновки на основі вхідних даних, які вона отримує, як генерувати результати, такі як прогнози, вміст, рекомендації або рішення, що можуть впливати на фізичне або віртуальне середовище. Крім того, визначено різні характеристики ШІ: ризиковість, системний ризик, розумно передбачуване неправильне використання, грамотність штучного інтелекту та інші.

Закон ЄС про ШІ встановив ризики щодо штучного інтелекту. *Мінімальний ризик* несуть більшість систем ШІ, як-от фільтри спаму та відеоігри з підтримкою ШІ, не мають жодних зобов'язань відповідно до Закону про ШІ, але компанії можуть добровільно прийняти додаткові кодекси поведінки. *Конкретний ризик прозорості* мають такі системи, як чат-боти, тому вони повинні чітко інформувати користувачів про те, що вони взаємодіють із машиною, тоді як певний контент, створений ШІ, має бути позначений як такий. *Високий ризик* мають системи ШІ з високим рівнем ризику, як-от медичне програмне забезпечення на

основі штучного інтелекту або системи ШІ, які використовуються для найму, мають відповідати суворим вимогам, зокрема до систем зменшення ризиків, високої якості наборів даних, чіткої інформації для користувачів, людського контролю тощо; *неприйнятним ризиком* є, наприклад, системи ШІ, які допускають "соціальний рейтинг" урядів або компаній, вважаються явною загрозою основним правам людей і тому заборонені. У п. 9 преамбули Регламенту ЄС 2024/1689 зазначено, що гармонізовані правила, які застосовуються до розміщення на ринку, введення в експлуатацію та використання систем ШІ високого ризику, мають бути встановлені відповідно до попередніх Регламентів ЄС та нової законодавчої бази, яка повинна врегулювати неточності та прогалини. Однак чітко сказано, що Закон про ШІ та всі нові законодавчі акти не повинні порушувати чинне законодавство ЄС, зокрема щодо захисту даних, захисту споживачів, основних прав, працевлаштування та захисту працівників, а також безпеки продукції, до яких Регламент ЄС 2024/1689 є додатковим. Як наслідок, усі права та засоби правового захисту, передбачені таким законодавством ЄС для споживачів та інших осіб, на яких системи ШІ можуть мати негативний вплив, у тому числі щодо компенсації можливих збитків відповідно до Директиви Ради 85/374/ЄЕС (*Council Directive 85/374/EEC*, 1985), залишаються незмінними та повністю застосовними.

Щодо публічних закупівель, то наразі немає чіткого законодавства в ЄС щодо використання ШІ у сфері публічних закупівель, однак, згідно з п. 16 преамбули Директиви 2014/24/ЄС, органи-замовники повинні використовувати всі можливі засоби, які є в їхньому розпорядженні відповідно до національного законодавства, щоб запобігти викривленням у процедурах публічних закупівель через конфлікт інтересів. Це може включати процедури виявлення, запобігання й усунення конфліктів інтересів. У п. 56 цієї Директиви зазначено, що при розгляді питання про те, чи є потреба забезпечити або підвищити взаємодію між різними технічними форматами або стандартами процесів і обміном повідомленнями, зробивши використання конкретних стандартів обов'язковим, Комісія повинна максимально враховувати думки зацікавлених сторін, врахувати, чи використовувався певний стандарт на практиці суб'єктами господарювання та замовниками і наскільки добре він працював. Перш ніж зробити використання будь-якого конкретного технічного стандарту обов'язковим, Комісія також має ретельно розглянути витрати, які це може спричинити, зокрема з точки зору адаптації до наявних рішень електронних закупівель, включаючи інфраструктуру, процеси або програмне забезпечення. Якщо відповідні стандарти не розроблено міжнародною, європейською чи національною організацією стандартизації, вони повинні відповідати вимогам, застосовним до стандартів ІКТ (*Directive 2014/24/EU*, 2014).

Відповідно до Директиви (ЄС) 2019/1024 про відкриті дані та повторне використання інформації державного сектору ЄС зобов'язує

.....

оприлюднювати дані державного сектору у вільних і відкритих форматах. Загальна мета Директиви полягає в тому, щоб продовжувати зміцнювати економіку даних ЄС шляхом збільшення обсягу даних державного сектору, доступних для повторного використання, забезпечення чесної конкуренції та легкого доступу до інформації державного сектору, а також посилення транскордонних інновацій на основі даних. Інформація державного сектору є надзвичайним джерелом даних, які можуть сприяти вдосконаленню внутрішнього ринку та розробці нових програм для споживачів і юридичних осіб. Інтелектуальне використання даних, включаючи їх обробку за допомогою додатків ШІ, може мати трансформаційний вплив на всі сектори економіки. Прийняття рішень для електронних закупівель за допомогою ШІ викликає корисний побічний ефект: генерування великих обсягів цифрових даних і, отже, можливість використовувати їх для розробки інноваційних ІТ-додатків, які можуть покращити процеси як державних установ, так і учасників торгів (*Directive (EU) 2019/1024, 2019*).

2.2. Досвід різних держав щодо використання ШІ в медицині загалом та медичних закупівлях зокрема

Аналізуючи досвід різних країн, варто зазначити, що більшість із них, уже використовуючи ШІ, лише тоді прийняли Стратегії щодо розуміння штучного інтелекту та його використання (Бельгія, Індія, Данія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Греція, Канада, Італія, Швеція, Японія, Мексика, Португалія, Румунія, Саудівська Аравія, Сінгапур, Швеція, Велика Британія), Плани розвитку штучного інтелекту (Китай, Тайвань), керівні принципи і рамки, орієнтовані на різні застосування штучного інтелекту (Гонконг), політики розвитку ШІ (Польща, Ізраїль). Закон був прийнятий лише в США у 2020 р., а саме Закон про національну ініціативу щодо штучного інтелекту. Фактично всі країни ЄС очікували прийняття Закону про ШІ, для того щоб на основі загального європейського закону прийняти свій власний. Така обережність пов'язана з необхідністю проведення великої аналітичної роботи та застосування глибоких знань щодо впливу на майбутнє країни ШІ. Не хочеться бути песимістом та згадувати епічний фільм "Термінатор", але людство вже має досвід, коли недотримання певних правил та недобросовісність певних осіб спричинили масову смерть людей (*After action review of the Covid-19 pandemic, 2024*). Крім того, в Законі ЄС про ШІ передбачена можлива шкода від використання ШІ та навіть говориться про "серйозні інциденти", тобто про інцидент або збій у роботі системи ШІ, який прямо чи опосередковано призводить до будь-якого з таких наслідків:

- смерть людини або тяжке ушкодження її здоров'я;
- серйозний і незворотний збій в управлінні або експлуатації критичної інфраструктури;

- порушення зобов'язань за законодавством ЄС, спрямованих на захист основних прав;
- серйозна шкода майну або навколишньому середовищу (*Regulation (EU) 2024/1689, 2024*).

Щодо визначення, що розуміється під ШІ, то в законодавстві США дається таке: машинна система, яка може, для заданого набору встановлених людиною цілей, робити прогнози, надавати рекомендації або пропонувати рішення, що впливають на реальне або віртуальне середовище. Системи ШІ використовують вхідні дані від машини та людини для сприйняття реального і віртуального середовища; абстрагують таке сприйняття в моделі за допомогою аналізу в автоматизований спосіб; використовують модельний висновок, щоб сформулювати варіанти інформації чи дій (*United States: Artificial Intelligence, 15 USC § 9401(3), n. d.*).

Згідно з "принципами етики" ШІ, опублікованими Управлінням даних і штучного інтелекту Саудівської Аравії (*SDAIA*) у вересні 2023 р. ("Принципи етики"), ШІ визначається як "набір технологій, які можуть уможливити роботу машини або системи відчувати, розуміти, діяти та вчитися" (*Saudi Arabia: Artificial Intelligence, n. d.*).

Сінгапур дав визначення ШІ в Модельній системі управління штучним інтелектом ("Модельна структура"), виданій Управлінням з розвитку засобів масової інформації *Infocomm (IMDA)* і Комісією із захисту персональних даних (*PDPC*). ШІ належить до набору технологій, які прагнуть імітувати людські риси, такі як знання, міркування, вирішення проблем, сприйняття, навчання та планування, і, залежно від моделі ШІ, виробляти результати або рішення (наприклад як прогноз, рекомендація та/або класифікація) (*Singapore: Artificial Intelligence, n. d.*).

В Японії, як і в більшості країн, немає легального визначення штучного інтелекту. Однак 19 квітня 2024 р. уряд Японії опублікував *AI Guidelines for Business Ver1.0*, де зібрано рекомендації для компаній, які займаються розробкою, наданням і використанням ШІ. У цих рекомендаціях ШІ описується як "абстрактна концепція, яка містить у собі системи ШІ або програмне забезпечення чи програми, які виконують машинне навчання". Система ШІ визначається як "система (така як машина, робот або хмарна система), яка працює з різними рівнями автономності під час використання і включає програмний компонент із функцією навчання" (*Japan: Artificial Intelligence, n. d.*).

Варто зауважити, що незважаючи на те, що різні країни по-різному визначають поняття ШІ, фактично розуміється одне і те саме: певна технологія чи машинна система, яка може, для заданого набору визначених людиною цілей, робити прогнози, рекомендації або рішення, що впливають на реальне або віртуальне середовище.

Щодо законодавства про публічні закупівлі, то кожна країна має свої власні закони. Так, в Індії публічні закупівлі регулюються Законом про публічні закупівлі (*Public Procurement Bill*), які проводяться на

платформі *GeM (Government eMarketplace)* для електронних закупівель. Німеччина має Закон проти обмеження конкуренції, але з огляду на те, що вона є членом ЄС, то зобов'язана дотримуватися законодавства ЄС у сфері публічних закупівель. В Австрії сфера закупівель регулюється Законом про державні закупівлі, положення якого ґрунтуються на нормах директив ЄС стосовно закупівель. У США публічні закупівлі регулюються на федеральному, штатному та місцевому рівнях. Основні законодавчі акти включають Закон про закупівлю федерального уряду (*Federal Acquisition Regulation, FA*). Тендери проводяться через електронні платформи, як-от *FedBizOpps*. Франція закупівлі регулює Кодексом публічних закупівель. Платформи для публікації – *BOAMP* і *TED*. В Японії публічні закупівлі регулюються Законом про публічні закупівлі державних органів тощо (Національні платформи публічних закупівель, *n. d.*).

Стосовно сфери медичних закупівель, то пандемія *COVID-19* змусила практично всі країни переглянути законодавство в цій галузі та внести зміни, зокрема щодо медичних закупівель, а саме були створені Централізовані закупівельні організації, визначені Національні переліки основних лікарських засобів, які закуповуються першочергово, розроблені *E*-каталоги лікарських засобів тощо.

Варто зазначити, що майже в усіх країнах використовуються технології ШІ, які описані вище, але чіткого законодавства щодо штучного інтелекту в медичних закупівлях ще немає.

2.3. Законодавство України щодо використання ШІ в медичних закупівлях

Незважаючи на те, що ШІ в Україні у сфері публічних закупівель використовувався також давно, лише 2 грудня 2020 р. прийнято Розпорядження Кабінету Міністрів України № 1556-р (2020), яким затверджено Концепцію розвитку ШІ в Україні. Позитивним моментом є те, що Кабінет Міністрів України дав відповідь на питання, що таке ШІ. Під ШІ варто розуміти організовану сукупність інформаційних технологій, із застосуванням якої можливо виконувати складні комплексні завдання шляхом використання системи наукових методів досліджень і алгоритмів обробки інформації, отриманої або самостійно створеної під час роботи, а також створювати та використовувати власні бази знань, моделі прийняття рішень, алгоритми роботи з інформацією та визначати способи досягнення поставлених завдань. Також у цьому Розпорядженні констатовано відсутність або недосконалість правового регулювання ШІ, а також недосконалість законодавства про захист персональних даних. З огляду на вищевикладену інформацію щодо технологій ШІ, які можуть бути використані на різних етапах проведення публічних закупівель, дивним виглядає те, що у сфері публічних закупівель Кабінет Міністрів України поставив лише завдання щодо застосування технологій штучного інтелекту з метою виявлення випадків неправомірного втручання

у діяльність електронної системи державних публічних закупівель та інших державних електронних систем і взагалі нічого не сказав про відповідальність розробників та користувачів ШІ, захист персональних даних тощо.

23 лютого 2023 р. Верховна Рада України ратифікувала Угоду між Україною та Європейським Союзом про участь України у програмі Європейського Союзу "Цифрова Європа" (2021–2027) (Угода між Україною та Європейським Союзом, 2023), метою якої є зміцнення та просування потенціалу Європи в ключових сферах цифрових технологій. Документ створює передумови для участі України в програмі ЄС, яка надає додаткові стимули і можливості для цифрової трансформації пріоритетних галузей і сфер суспільного життя, розвитку цифрової економіки, IT-бізнесу, ШІ та підвищення рівня цифрових навичок громадян.

На відміну від інших держав, в Україні відсутній цілісний стратегічний документ, як-от Стратегія розвитку ШІ у сфері забезпечення національної безпеки та обороноздатності України, обговорення не відбувається навіть на рівні проекту. Тому варто погодитися з Н. Пацурією, що вказане можна визначити як правову лакуну, яка потребує негайного усунення (Пацурія, 2023).

Щодо публічних закупівель та ШІ, то з 19 жовтня 2022 р. на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування замовники, що зобов'язані здійснювати публічні закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до Закону, проводять закупівлі відповідно до нього з урахуванням особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України "Про публічні закупівлі", на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2022 р. № 1178 (зі змінами), яка прийнята Урядом на виконання вимог Закону (Лист Міністерства економіки України, 2024, 27 листопада). Цим листом покладено на замовників обов'язки щодо самостійного та безоплатного через авторизовані електронні майданчики оприлюднення в електронній системі закупівель (далі – ЕСЗ) у порядку, встановленому Уповноваженим органом та Законом, інформації про закупівлю у машинозчитувальному форматі. Зазначено, що машинозчитувальний формат для документів, що містять інформацію про ціни на матеріальні ресурси – це текстові дані *TXT*, *RTF*, *MD*, *ODT**, *DOC(X)*, *(X)HTML*, а структуровані дані – *RDF**, *XML**, *JSON**, *CSV**, *XLS(X)*, *ODS**, *YAML*.

Тобто у разі розміщення замовником в ЕСЗ договору про закупівлю, додатків до договору про закупівлю, змін до договору про закупівлю (у тому числі документів, що містять інформацію про ціни на матеріальні ресурси) у форматі *PDF*, замовником розмішуються також ці документи у машиночитному форматі, наприклад *DOC(X)*, *XML* тощо (Лист Міністерства економіки України, 2024, 27 листопада).

Висновки

Прогрес технологій настільки швидкий, що держави не встигають врегулювати їх застосування. Це стосується і ШІ, про застосування якого стали вести мову ще з 2000-х років, але лише у 2020 р. США та у 2024 р. ЄС прийняли законодавчі акти щодо ШІ. Інші країни, в тому числі й Україна, лише вивчають питання регулювання штучного інтелекту, разом з тим маючи Стратегії розвитку штучного інтелекту, Плани його розвитку чи Політики застосування. Перед державами наразі постає завдання усунення нормативної невизначеності, технічної складності, вирішення питань відповідальності, захисту даних і справедливості алгоритмів ШІ.

Незважаючи на те, що різні країни по-різному визначають поняття ШІ, фактично розуміється одне і те саме: певна технологія чи машинна система, яка може, для заданого набору визначених людиною цілей, робити прогнози, надавати рекомендації або пропонувати рішення, що впливають на реальне або віртуальне середовище.

Аналіз законодавчих актів різних країн дав можливість визначити переваги та недоліки ШІ. Перевагами є: швидкість і точність процесів ухвалення рішень; автоматизація рутинних завдань; машинна обробка великого масиву даних та зменшення людської помилки, упереженості та зниження корупційних ризиків; прозорість та підзвітність завдяки відкритому доступу до більшості операцій; економія коштів та деякою мірою людських ресурсів. Недоліки ж полягають у недостатньому розумінні меж прогресу ШІ та невизначеності щодо можливих наслідків цієї технології в майбутньому.

У медичних закупівлях можуть бути використані такі технології ШІ, як машинне навчання (*Machine Learning, ML*), обробка природної мови (*Natural Language Processing, NLP*), AI чекліст подачі тендерної пропозиції, роботизована автоматизація процесів (*Robotic Process Automation, RPA*), виявлення шахрайства й аномалій, система відбору постачальників, чат-боти у сфері публічних закупівель, електронна система обліку й управління запасами лікарських засобів та медичних виробів "*e-Stock*". Вказані технології не є вичерпними, адже з кожним роком IT-компанії пропонують нові технології у сфері публічних закупівель, які можуть полегшити процедуру закупівель.

Усе вищезазначене надає можливість для подальших розвідок щодо використання ШІ в медичних закупівлях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

- Ethics and governance of artificial intelligence for health: Guidance on large multi-modal models.* (2024). World Health Organization.
- After action review of the COVID-19 pandemic: The Lessons Learned and a Path Forward. (2024, December 4). In *Final Report of the Select Subcommittee on the Coronavirus Pandemic Committee on Oversight and Accountability U.S. House of Representatives*. <https://oversight.house.gov/wp-content/uploads/2024/12/12.04.2024-SSCP-FINAL-REPORT.pdf>
- Business Software Startup Zip Is Valued at \$2.2 Billion.* (2024, October 21). <http://surl.li/tflcqj>

Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. (1985). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>

Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information (recast). (2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L1024>

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. (2014). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024&qid=1733218007550>

IBM Watson to watsonx. (n. d.). <https://www.ibm.com/watson>

India: Artificial Intelligence. (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/india-artificial-intelligence/>

Israel AI. (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/israel-artificial-intelligence/>

Israel AI. National AI Program. (2024). <https://www.gov.il/BlobFolder/news/most-news20231218/he/Israel%20National%20AI%20Program%202024.pdf>

IT-Enterprise запустила ШІ-помічника для спрощення тендерних процесів у сервісі SmartTender. (2024, 13 серпня). <https://www.it.ua/news/it-enterprise-zapustila-shi-pomichnika-dlja-sproschennja-tendernih-procesiv-u-servisi-smarttender>

IT-Enterprise launched an AI assistant to simplify tender processes in the SmartTender service. (2024, August 13). <https://www.it.ua/news/it-enterprise-zapustila-shi-pomichnika-dlja-sproschennja-tendernih-procesiv-u-servisi-smarttender>

Japan: Artificial Intelligence, (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/japan-artificial-intelligence/>

Leverage the Benefits of AI in Procurement. (n. d.). <https://www.jaggaer.com/need/ai-in-procurement>

Madan, R., & Ashok, M. (2022) AI adoption and diffusion in public administration: A systematic literature review and future research agenda. *Gov. Inf. Q.*, Art. 101774. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2022.101774>

Mavidis, A., & Folinas, D. (2022). From public E-procurement 3.0 to E-procurement 4.0; a critical literature review. *Sustainability*, 14(18), 11252. <https://doi.org/10.3390/su141811252>

Regulation (EU) 2021/694 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240. (2021). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0694&qid=1733211408030>

Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). (2024). <https://eur-lex.europa.eu/search.html?scope=EURLEX&text=ARTIFICIAL+INTELLIGENCE+act&lang=en&type=quick&qid=1733211408030>

Saudi Arabia: Artificial Intelligence. (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/saudi-arabia-artificial-intelligence/>

Siciliani, Lucia, Taccardi, Vincenzo, Pierpaolo, Basile, Di Ciano Marco, & Lops, Pasquale. (2023). *AI-based decision support system for public procurement.* <https://doi.org/10.1016/j.is.2023.102284>

Singapore: Artificial Intelligence, (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/singapore-artificial-intelligence/>

Sourcing Optimization: what, why and how. (n. d.). <https://www.gep.com/blog/technology/sourcing-optimization-what-why-and-how>

Telegram-бот ДП "Медичні закупівлі України. (n. d.). [https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/](https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/)

Telegram-bot of the SE "Medical Procurement of Ukraine. (n. d.). [https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/](https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/medytsyna/telegram-bot-dp-medychni-zakupivli-ukrainy/)

United States: Artificial Intelligence. (n. d.). <https://www.legal500.com/guides/chapter/united-states-artificial-intelligence/>

Алгоритми "зради": як ШИДОZORRO знаходить порушення в ProZorro. (2018). <https://ti-ukraine.org/news/algorytmy-zrady-yak-shtuchnyj-intelekt-dozorro-znahodytyme-porushennya-v-prozorro/>

"Betrayal" algorithms: how AI DOZORRO will find violations in ProZorro. (2018). <https://ti-ukraine.org/news/algorytmy-zrady-yak-shtuchnyj-intelekt-dozorro-znahodytyme-porushennya-v-prozorro/>

<p>Джабраїлов, Р., & Малолітнева, В. (2019). Публічні закупівлі як засіб державного регулювання господарської діяльності та реалізації цілей сталого розвитку. <i>Право України</i>, (8), 47–64. https://doi.org/10.33498/louu-2019-08-047</p>	<p>Dzhabrailov, R., & Malolitneva, V. (2019). Public procurement as a means of state regulation of economic activity and implementation of sustainable development goals. <i>Law of Ukraine</i>, (8), 47–64. https://doi.org/10.33498/louu-2019-08-047</p>
<p>Дорошенко, О. О., Пахут, А. В., & Сидорук, А. (2024). Перспективи впровадження алгоритмів штучного інтелекту в процесі публічних закупівель в Україні. <i>Вісник Національного університету водного господарства та природокористування</i>, 2(106), 34–42. https://doi.org/10.31713/ve220244</p>	<p>Doroshenko, O. O., Pahut, A. V., & Sydoruk, A. (2024). Prospects for the introduction of artificial intelligence algorithms into public procurement processes in Ukraine. <i>Bulletin of the National university of water and environmental engineering</i>, 2(106), 34–42. https://doi.org/10.31713/ve220244</p>
<p>Закон України "Про публічні закупівлі" № 922-VIII (2015, 25 грудня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text</p>	<p>Law of Ukraine "On Public Procurement" № 922-VIII (2015, December 25). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text</p>
<p>Карпенко, О., Карпенко, Ю., & Герман, Д. (2023). Штучний інтелект як інструмент зниження корупційних ризиків у сфері публічних закупівель. <i>Аспекти публічного управління</i>, 11(2), 129–135. https://doi.org/10.15421/152328</p>	<p>Karpenko, O., Karpenko, Ju., & German, D. (2023). Artificial intelligence as a tool for reducing corruption risks in the field of public procurement. <i>Aspects of public administration</i>, 11(2), 129–135. https://doi.org/10.15421/152328</p>
<p>Лист Міністерства економіки України "Щодо внесення змін до Закону України "Про публічні закупівлі" № 3323-04/84579-06 (2024, 27 листопада). https://infobox.prozorro.org/articles/shchodo-vnesennya-zmin-do-zakonu-ukrajini-pro-publichni-zakupivli-list-minekonomiki-1</p>	<p>Letter of the Ministry of Economy of Ukraine "On amendments to the Law of Ukraine "On Public Procurement" № 3323-04/84579-06 (2024, November 27). https://infobox.prozorro.org/articles/shchodo-vnesennya-zmin-do-zakonu-ukrajini-pro-publichni-zakupivli-list-minekonomiki-1</p>
<p>Марутян, Р. Р. (2018). Інформаційні технології інтелектуального управління у публічно-управлінській практиці: зарубіжний та вітчизняний досвід. <i>Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія: Державне управління</i>, (2), 146–153. http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2018_2_22</p>	<p>Marutjan, R. R. (2018). Information technologies of intelligent management in public administration practice: foreign and domestic experience. <i>Bulletin of the National University of Civil Defence of Ukraine. Series: Public Administration</i>, (2), 146–153. http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2018_2_22</p>
<p>Медичне забезпечення лікарень України у 2024–2026 роках: яким воно буде та що зміниться для пацієнтів. (2024). http://surl.li/tljirs</p>	<p>Medical support for hospitals in Ukraine in 2024–2026: what it will be like and what will change for patients. (2024). http://surl.li/tljirs</p>
<p>Національні платформи публічних закупівель. Країни-члени угоди СОТ про державні закупівлі (WTO GPA Members). (n. d.). https://infobox.prozorro.org/gpa/nacionalni-platформи-publichnih-zakupivel-krajin-chleniv-sot</p>	<p>National public procurement platforms. Countries that are members of the WTO Agreement. (n. d.). https://infobox.prozorro.org/gpa/nacionalni-platформи-publichnih-zakupivel-krajin-chleniv-sot</p>
<p>Нескороджена, Л. Л. (2021). Господарсько-правове регулювання публічних закупівель: проблеми теорії та практики. <i>Право України</i>, (11), 128–140. https://doi.org/10.33498/louu-2021-11-128</p>	<p>Neskorodzhena, L. L. (2021). Economic and legal regulation of public procurement: problems of theory and practice. <i>Law of Ukraine</i>, (11), 128–140. https://doi.org/10.33498/louu-2021-11-128</p>
<p>Олефір, А. О. (2012). <i>Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти</i>. Юрайт.</p>	<p>Olefir, A. O. (2012). <i>Economic and legal support of public procurement in the healthcare sector: theoretical and practical aspects</i>. Urait.</p>
<p>Пацурія, Н. Б. (2023). Упровадження технологій штучного інтелекту в забезпечення національної безпеки та обороноздатності України: правові проблеми і перспективи повоєнного періоду. <i>Теорія і практика інтелектуальної власності</i>, (3), 68–78. https://doi.org/10.33731/32023.282185</p>	<p>Pacurija, N. B. (2023). Introduction of artificial intelligence technologies in ensuring national security and defense capability of Ukraine: legal problems and prospects for the post-war period. <i>Theory and practice of intellectual property</i>, (3), 68–78. https://doi.org/10.33731/32023.282185</p>
<p>Постанова Кабінету Міністрів України "Порядок реалізації експериментального проєкту з впровадження та функціонування електронної системи управління запасами лікарських засобів та медичних виробів "e-Stock" № 1483 (2022, 30 грудня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1483-2022-%D0%BF#Text</p>	<p>Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "Procedure for the implementation of a pilot project on the implementation and functioning of the electronic system for managing stocks of medicines and medical devices "e-Stock" № 1483 (2022, December 30). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1483-2022-%D0%BF#Text</p>

<p>Проект Закону України про ратифікацію "Угоди між Україною та Європейським Союзом про участь України у програмі Європейського Союзу "Цифрова Європа" (2021–2027)" (2023, 23 лютого). https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41298</p>	<p>Draft Law of Ukraine on the ratification of the "Agreement between Ukraine and the European Union on the participation of Ukraine in the European Union programme "Digital Europe" (2021–2027)" (2023, February 23). https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41298</p>
<p>Ратушняк, Т. В. (2018). Моніторинг публічних закупівель засобами платформи Dozorro. <i>Економічний вісник. Серія: Фінанси, облік, оподаткування</i>. http://ojs.nusta.edu.ua/index.php/ojs1/article/view/87</p>	<p>Ratushnjak, T. V. (2018). Monitoring of public procurement using the Dozorro platform. <i>Economic Bulletin. Series: Finance, Accounting, Taxation</i>. http://ojs.nusta.edu.ua/index.php/ojs1/article/view/87</p>
<p>Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про затвердження плану заходів з реалізації Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні на 2021–2024 роки" № 438-р (2021, 12 травня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/438-2021-%D1%80#Text</p>	<p>Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On approval of the action plan for the implementation of the Concept of artificial intelligence development in Ukraine for 2021–2024" № 438-r (2021, May 12). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/438-2021-%D1%80#Text</p>
<p>Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про схвалення Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні" № 1556-р (2020, 2 грудня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80#n8</p>	<p>Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On approval of the Concept for the development of artificial intelligence in Ukraine" № 1556-r (2020, December 2). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80#n8</p>
<p><i>Технології ШІ в закупівлях</i>. (2024, 6 травня). https://k-house.in.ua/shtuchnyj-intelekt-u-zakupivlyah-vid-danyh-do-strategiyi/</p>	<p><i>AI technologies in procurement</i>. (2024, May 6). https://k-house.in.ua/shtuchnyj-intelekt-u-zakupivlyah-vid-danyh-do-strategiyi/</p>
<p><i>Штучний інтелект допомагає лікарям оцінювати результати комп'ютерної томографії</i>. (2024, 29 травня). https://moz.gov.ua/uk/shtuchnij-intelekt-dopomagaye-likaryam-ocinyuvati-rezultati-komp-yuternoyi-tomografiyi</p>	<p><i>Artificial intelligence helps doctors evaluate computed tomography (CT) scan results</i>. (2024, May 29). https://moz.gov.ua/uk/shtuchnij-intelekt-dopomagaye-likaryam-ocinyuvati-rezultati-komp-yuternoyi-tomografiyi</p>
<p><i>Що таке RPA (Robotic Process Automation)? Визначення, значення, застосування, відмінності від BPA та багато іншого!</i> (n. d.). http://surl.li/fmnvkl</p>	<p><i>What is RPA (Robotic Process Automation)? Definition, meaning, applications, differences from BPA and much more!</i> (n. d.). http://surl.li/fmnvkl</p>
<p><i>Як діагностують туберкульоз в Україні?</i> (2024, 8 березня). https://moz.gov.ua/uk/jak-diagnostujut-tuberkuloz-v-ukraini</p>	<p><i>How is tuberculosis diagnosed in Ukraine?</i> (2024, March 8). https://moz.gov.ua/uk/jak-diagnostujut-tuberkuloz-v-ukraini</p>

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Телелеков Д. Правове регулювання використання штучного інтелекту в медичних закупівлях. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 20–35 Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)02](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)02)

Надійшла до редакції 08.11.2024.
 Прийнято до друку 21.11.2024.
 Публікація онлайн 16.12.2024.

КУЧЕРЯВЕНКО Сергій,
 магістр, аспірант кафедри міжнародного,
 цивільного та комерційного права
 Державного торговельно-економічного
 університету
 вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
s.kucheryavenko@knu.edu.ua

KUCHERIAVENKO Serhii,
 Master, Postgraduate Student
 of the Department of International,
 Civil and Commercial Law
 State University of Trade and Economics
 19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
 ORCID: 0009-0004-4026-7129

**ПОНЯТТЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ
 БЕЗПЕКИ ТА ПУБЛІЧНОГО
 ПОРЯДКУ У СКРИНІНГУ ПРЯМИХ
 ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ**

Здійснено комплексне дослідження змісту національної безпеки та публічного порядку як ключових складових процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій. Дослідницький інтерес до цієї тематики зумовлений тим, що ступінь деталізації та взагалі підходи до визначення понять національної безпеки і публічного порядку в законодавчих актах демонструють не тільки відображення геополітичних міркувань, але й знайдений баланс між публічним інтересом – ефективністю скринінгу – та приватним – свободою інвестиційної та підприємницької діяльності. Гіпотезою цього дослідження є те, що поняття національної безпеки та публічного порядку в контексті скринінгу прямих іноземних інвестицій є динамічними, а їх законодавчі визначення мають бути деталізовані настільки, щоб забезпечити ефективність механізму скринінгу прямих іноземних інвестицій. Для перевірки гіпотези окреслено застереження з міркувань національної безпеки та публічного порядку, а також принципи їх застосування у міжнародному праві, висвітлено доктринальні підходи до класифікації загроз національної безпеки та публічного порядку, проаналізовані підходи США та КНР, а також регуляторну базу ЄС зі скринінгу прямих іноземних інвестицій. У висновках наведено концептуальне бачення динаміки визначення змісту національної безпеки і публічного порядку щодо скринінгу прямих іноземних інвестицій та запропоновано підходи до визначення критеріїв скринінгу прямих іноземних інвестицій у майбутньому українському законодавстві.

Ключові слова: скринінг прямих іноземних інвестицій, національна безпека, публічний порядок.

JEL Classification: K30, K33, K40.

**THE CONCEPT OF NATIONAL
 SECURITY AND PUBLIC ORDER
 IN THE SCREENING OF FOREIGN
 DIRECT INVESTMENTS**

A comprehensive study of the content of national security and public order as key components of the foreign direct investment screening procedure has been carried out. The research interest in this topic is due to the fact that the degree of detail and, in general, the approaches to defining the concepts of national security and public order in legislative acts demonstrate not only a reflection of geopolitical considerations, but also a balance found between the public interest – the effectiveness of screening – and the private interest – the freedom of investment and entrepreneurial activity. The hypothesis of this study is that the concepts of national security and public order in the context of FDI screening are dynamic, and their legislative definitions should be detailed enough to ensure the effectiveness of the FDI screening mechanism. To test the hypothesis, the author outlines the caveats for national security and public order reasons, as well as the principles of their application in international law, highlights the doctrinal approaches to the classification of threats to national security and public order, analyses the approaches of the USA and China, and the EU regulatory framework for FDI screening. The conclusions provide a conceptual vision of the dynamics of defining the content of national security and public order in relation to FDI screening, and proposes approaches to defining the criteria for FDI screening in future Ukrainian legislation.

Keywords: foreign direct investment screening, national security, public order.



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

Вступ

Скринінг прямих іноземних інвестицій (далі – СПІ) набуває все більшого поширення серед світових держав як геополітичний інструмент захисту національних інтересів від потенційних загроз, які можуть виникнути через іноземний вплив у ключових секторах економіки. Цей механізм передбачає контроль за надходженням прямих іноземних інвестицій у визначені законодавством об’єкти щодо їхнього можливого негативного впливу.

Ключова складова правового регулювання СПІ – визначення змісту понять національної безпеки та публічного порядку (далі – НБ та ПП). При цьому підходи до визначення цих понять у законодавчих актах нагадують давньогрецький міф про Сциллу та Харибду (Мазаракі & Гончарова, 2022): щоб бути ефективним, СПІ має враховувати всі потенційні ризики НБ та ПП, водночас "сито" СПІ має бути раціональним та пропорційним з точки зору обґрунтованості обмеження свободи підприємницької діяльності, навантаження на уповноважені державні органи. Також визначення понять НБ та ПП має бути достатньо загально-окресленим у законодавчому акті, щоб забезпечити належний обсяг дискреції для уповноваженого державного органу, з іншого боку, надто загальні законодавчі визначення потенційно зменшують прозорість та передбачуваність для інвесторів і реципієнтів інвестицій.

Крім того, слід зважати на те, що зміст понять НБ та ПП не є і не може бути сталим з огляду на бурхливий технологічний розвиток, геополітичні та гео економічні зміни. Якщо до 1990-х рр. іноземні інвестиції у різних державах світу оцінювалися з погляду впливу на військово-промисловий сектор та щодо набуття нерухомості у стратегічно важливих районах, то у 1990-х рр. спектр був розширений щодо критичної інфраструктури, наприкінці 1990-х – щодо критичних та нових технологій. Згодом вплив іноземних інвестицій також почали оцінювати в контексті енергетики, сировинних ресурсів та продовольчої безпеки (OECD, 2024, с. 10). Пандемія COVID-19 зумовила розширення предмета СПІ щодо біотехнологій та сфери охорони здоров’я (OECD, 2020), широкомасштабне вторгнення РФ в Україну – посилення уваги до національної приналежності іноземного інвестора, а також щодо стійкості ланцюгів постачання (OECD, 2024, с. 17), засобів масової інформації.

У доктрині панує думка, що міжнародний економічний порядок рухається до гео економічного, що знаменує собою відхід від неоліберального порядку часів холодної війни та посилення використання міркувань НБ у разі недотримання міжнародних торговельно-економічних зобов’язань (Roberts et al., 2019). Зміст понять НБ та ПП через призму економічних міркувань підіймався у низці наукових досліджень (наприклад щодо специфіки підходів США (Li et al., 2024), КНР (Ai & Philipsen, 2023) чи окремих секторів (Mauro, 2024). Окремо слід виділити публікації щодо реалізації Регламенту ЄС 2019/452, які досліджували політико-правове підґрунтя його ухвалення (Velten, 2022), концептуальні підходи до різних аспектів та визначення НБ у сфері

контролю за інвестиціями (*Pohl et al.*, 2024), особливості взаємодії між країнами-членами у процесі правозастосування регламенту. Оприлюднення проекту внесення змін до Регламенту 2019/452 (*Proposal*, 2024), у якому запропоновано оновлення змісту НБ та ПП, стало тим фактом, який дав імпульс цьому дослідженню.

Доктринальний аналіз, аналітичні документи щодо реалізації Регламенту 2019/452 та вказаний проект стали основою для формулювання гіпотези цієї роботи – поняття НБ і ПП у контексті СПП є динамічними, а їх законодавчі визначення мають бути деталізовані у такий спосіб, щоб забезпечити ефективність механізму СПП та не створювати необґрунтованих перешкод здійсненню свободи підприємницької діяльності.

З огляду на це мета дослідження полягає у з'ясуванні динаміки визначення змісту НБ та ПП щодо СПП, встановленні ефективних підходів до критеріїв СПП.

Через відсутність правозастосовних документів зі СПП основними методами дослідження є доктринальний аналіз, телеологічний аналіз законодавчих норм щодо СПП, а також контент-аналіз аналітичних матеріалів щодо реалізації Регламенту 2019/452. Емпірична база цього дослідження обмежена конфіденційністю процедури СПП, судова практика представлена рішенням Суду ЄС у справі C-106/22 *Xella Magyarorszag*.

Структурно ця стаття побудована так: спочатку окреслено застереження з міркувань НБ та ПП, а також принципи їх застосування у міжнародному торговельно-економічному праві, наступна частина дослідження висвітлює доктринальні підходи до класифікації загроз НБ та ПП. За цим йде аналіз підходів США та КНР щодо закріплення понять НБ і ПП стосовно СПП. Центральна частина дослідження присвячена реалізації Регламенту 2019/452 та проекту внесення змін до цього Регламенту. Стаття завершується висновками, де наведено концептуальне бачення динаміки визначення змісту НБ та ПП щодо СПП і запропоновано підходи до визначення критеріїв СПП у майбутньому українському законодавстві.

1. Винятки з міркувань національної безпеки та публічного порядку в міжнародному торговельно-економічному праві

Міжнародне торговельно-економічне право здебільшого спрямоване на лібералізацію торгівлі, надання послуг, інвестиційну активність, тому принцип найбільшого сприяння та недискримінації іноземних компаній є ключовим. А втім, винятки щодо НБ та ПП передбачені багатосторонніми "основоположними" договорами (наприклад ст. XXI ГАТТ, ст. XIV-bis ГАТС), Кодексом Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) з лібералізації руху капіталу (ст. 3), Декларацією про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства.

Такі винятки стали об'єктивно необхідними з огляду на здатність прямих іноземних інвестицій негативно впливати на економічну безпеку та стабільність держави-реципієнта. Зважаючи на те, що міркування НБ є невіддільною частиною інвестиційної політики багатьох держав, ОЕСР визначила (OECD, 2009) принципи щодо застосування цих винятків у законодавствах держав-членів:

недискримінації (з огляду на країну, де зареєстровано інвестора);

прозорості/передбачуваності (своєчасне та повноцінне оприлюднення державою-реципієнтом своєї інвестиційної політики та запланованих змін до неї, забезпечення процесуальної справедливості при розгляді питань обмеження певних інвестицій, забезпечення конфіденційності інформації щодо таких процедур та ін.);

регуляторної пропорційності (обмеження на інвестиції або умови проведення транзакцій не повинні бути більшими, ніж це необхідно для захисту НБ та ПП, і їх слід уникати, якщо інші наявні заходи (конкурентне право, ліцензування, регулювання фінансових ринків та ін.) є адекватними і доцільними для вирішення проблем НБ);

відповідальності (держава, що запроваджує обмеження доступу ПП, має забезпечувати належний політичний, парламентський та судовий контроль над законністю своїх рішень, надання іноземним інвесторам можливості оскаржувати в адміністративному чи судовому порядку рішення щодо блокування певних ПП та ін.).

Отже, можна стверджувати, що міжнародне торговельно-економічне право, включно з інвестиційними інструментами ОЕСР, визнає допустимим застосування обмежень свободи інвестиційної діяльності на підставі міркувань НБ та ПП. При цьому кожна держава вправі самостійно вирішувати, які сфери суспільного життя є складовими її безпеки, що потребує особливого режиму іноземного інвестування у відповідні об'єкти, а також на власний розсуд розробляти пропорційні процедури, необхідні для забезпечення поставленої мети.

2. Загрози національній безпеці та публічному порядку, що можуть нести прямі іноземні інвестиції

Запровадження державою обмежень на надходження ПП є достатньо крайньою мірою з огляду на критичну важливість інвестицій для економічного розвитку та конкурентоспроможності держави-реципієнта, створення робочих місць, залучення інновацій та посилення експортоспроможності. А втім, інвестиції у певні сектори економіки чи від певних категорій інвесторів можуть нести потенційні загрози для НБ та ПП.

Достатньо поширеною у доктрині міжнародних відносин є відповідна класифікація *Moran et al.* (2013), що на прикладі США розрізняє:

1) загрозу залежності від постачальника товарів або послуг, яка може полягати в затримці, відмові чи додаткових умовах постачання товарів або послуг, які мають вирішальне значення для функціонування

.....

національної економіки, в тому числі, але не виключно для функціонування оборонно-промислового комплексу;

2) доступ іноземного інвестора до технологій чи знань, які можуть бути згодом використані всупереч національним інтересам;

3) створення можливостей для розвідувально-підривної діяльності іноземних держав, в тому числі, але не виключно щодо функціонування оборонно-промислового комплексу.

Інші автори вказують на такі загрози, як втрата технологій, пов'язаних з НБ, втрата робочих місць через аутсорсинг або загроза, пов'язана з державними інвесторами, які використовують свої інвестиції для досягнення політичних цілей (*Jackson & Congressional Research Service, 2013*).

Термін "критична інфраструктура" став ключовим у визначенні сфери захисту економічних інтересів у контексті ПП та насамперед включає енергетичний сектор, інформаційні технології, транспорт, охорону здоров'я, водопостачання, фінансову сферу, державне управління, продовольчу безпеку (*OECD, 2018*). В українському законодавстві низку секторів віднесено до критичної інфраструктури (урядування та надання найважливіших публічних (адміністративних) послуг; енергозабезпечення (у тому числі постачання теплової енергії); водопостачання та водовідведення; продовольче забезпечення; охорона здоров'я; фармацевтична промисловість; виготовлення вакцин, стале функціонування біолабораторій; інформаційні послуги; електронні комунікації; фінансові послуги; транспортне забезпечення; оборона, державна безпека; правопорядок, здійснення правосуддя, тримання під вартою; цивільний захист населення і територій, служби порятунку; космічна діяльність, космічні технології та послуги; хімічна промисловість; дослідницька діяльність) (Закон України, 2021).

3. Зарубіжні підходи закріплення національної безпеки та громадського порядку в контексті скринінгу

3.1. Сполучені Штати Америки

Положення щодо перевірки прямих іноземних інвестицій, мабуть, найбільш розроблені та найдовше функціонують у Сполучених Штатах Америки, що може здатися парадоксальним з огляду на відкритість американської економіки.

У 1975 р. створено Комітет з іноземних інвестицій у Сполучених Штатах (англ. *Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*) – міжвідомчий орган, призначений для перевірки прямих іноземних інвестицій в американські компанії (*Jackson, 2020*).

Законодавчу основу для діяльності *CFIUS* закладено у 1988 р. з прийняттям поправки *Exon-Florio* до Закону "Про оборонне виробництво" (англ. *Defense Production Act (DPA)*) (*DPA, 1950*), далі у 2007 р. удосконалена Законом "Про іноземні інвестиції та національну безпеку" (англ. *Foreign Investment and National Security Act (FINSA)*) (*FINSA, 2007*)

та у 2018 р. Законом "Про модернізацію оцінки ризиків іноземних інвестицій" (англ. *Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA)*) (*FIRRMA*, 2018).

Хоча *DPA*, *FINSA* та *FIRRMA* не надають власного визначення змісту НБ та ПП, однак встановлюють обставини, що можуть свідчити про можливу небезпеку прямої іноземної інвестиції та є орієнтовними для діяльності *CFIUS*.

Стандартом для проведення скринінгу, відповідно до *DPA*, є визначення, що "існують достовірні докази, які дають підстави Президенту вважати, що іноземний елемент, який здійснює контроль над підприємством в США, може вжити заходів, що загрожують національній безпеці" (*DPA*, 1950).

При цьому не існує жодного порогу або будь-якого іншого типу умов, які б чітко визначали рамки ініціювання перевірки. *DPA* передбачено, що транзакцією, на яку поширюється дія закону, є будь-яке злиття, поглинання або приєднання, яке запропоноване або очікується після 23 серпня 1988 р. будь-якою іноземною особою, що може призвести до іноземного контролю над підприємством, яке займається міждержавною торгівлею в Сполучених Штатах. Якщо *CFIUS* вважає, що транзакція може мати вплив на національну безпеку США, тоді може бути розпочато розслідування. Через це деякі вчені назвали *CFIUS* "Церквою без Біблії" (*Dimitropoulos*, 2019).

Надалі *FINSA* вніс зміни в цей процес. Тепер існує обов'язкова перевірка та розслідування у двох випадках: для "транзакцій, що контролюються іноземним урядом", а саме коли відповідна інвестиція може призвести до "встановлення контролю над будь-якою особою, яка здійснює міждержавну торгівлю в Сполучених Штатах, з боку іноземного уряду напряму або афілійованою особою третьої країни"; за певних обставин, коли транзакції можуть спричинити отримання контролю над "критично важливою інфраструктурою" (*FINSA*, 2007).

При цьому *FINSA* не надає конкретного визначення "критичної технології" та "критичної інфраструктури", а лише вказує на їхню важливість для національної безпеки й оборони (*Jalinous & Sensenig*, 2022).

FIRRMA значно розширює сферу охоплення *CFIUS* іноземних транзакцій, додаючи нові підстави для перевірки: по-перше, купівля, оренда або концесія іноземною особою або на її користь нерухомості, розташованої в безпосередній близькості до важливих державних об'єктів; по-друге, інвестиції іноземної особи в будь-яке американське підприємство, яке "володіє, управляє, виробляє, постачає, збирає або обслуговує об'єкти критичної інфраструктури, критичні технології, персональні дані громадян США, які можуть бути використані у спосіб, що загрожує національній безпеці"; по-третє, будь-яка зміна прав, які іноземна особа має щодо американського бізнесу, якщо ця зміна може призвести до встановлення іноземного контролю над американським бізнесом або стосується інвестиції в об'єкти критичної інфраструктури,

критичних технологій або персональних даних; і по-четверте, будь-яка інша операція, передача, угода або домовленість, спрямована на ухилення або обхід юрисдикції *CFIUS (FIRMA, 2018)*.

Для розуміння змісту понять НБ та ПП наведемо статистичні дані щодо кейсів скринінгу ПП у 2014–2023 рр. Так, 43% кейсів стосувалося сектору фінансів, інформації та послуг, 36% – переробної промисловості, 13% – гірничодобувної промисловості, комунальних послуг та будівництва, 8% – транспорту (*CFIUS, 2023*).

Отже, підхід США до визначення процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій дає значні дискреційні повноваження *CFIUS*, який може перевірити широке коло іноземних транзакцій, оскільки профільне законодавство не містить прямого визначення понять НБ та ПП, критичної інфраструктури та технологій, не передбачає виключного переліку факторів або конкретних обставин, які є підставою для перевірки.

Враховуючи, що процедура скринінгу прямих іноземних інвестицій у США зародилася в 1970-х рр. ХХ ст. та поступово модернізується, подібний підхід до визначення НБ і ПП в контексті перевірки та повноважень відповідального органу, найімовірніше, є свідомим вибором уряду США для надання *CFIUS* можливості оперативно реагувати на актуальні виклики сьогодення, які на практиці розвиваються значно динамічніше, ніж процес їхнього законодавчого врегулювання, хоча це, очевидно, й обмежує прозорість та передбачуваність інвестиційної діяльності.

3.2. *Китайська Народна Республіка*

Відповідно до законодавства КНР "національна безпека" означає відносну відсутність міжнародних або внутрішніх загроз державній владі, суверенітету, єдності та територіальній цілісності, добробуту народу, сталому економічному і соціальному розвитку, іншим основним національним інтересам, а також здатність держави забезпечувати постійний стан безпеки (*National Security Law of the People's Republic of China, art. 2, 2015*).

З 1 січня 2020 р. в Китаї набув чинності новий Закон "Про іноземні інвестиції" (*Foreign Investment Guide of the People's Republic of China, 2024*), який передбачає створення системи перевірки іноземних інвестицій, що впливають або можуть вплинути на НБ, та містить детальний перелік галузей, в яких заборонено або обмежено іноземні інвестиції ("Негативний список"), який майже щорічно переглядається.

Останнє видання, опубліковане 8 вересня 2024 р., охоплює загалом 29 секторів, де іноземні інвестиції обмежуються за певними критеріями (наприклад максимум 50% іноземної власності у спільних підприємствах в атомній енергетиці, телекомунікаціях, водному транспорті, медичних установах, дослідженнях ринку, насінництві нових сортів кукурудзи тощо) або просто заборонені (наприклад публікація новин або аудіовізуальних продуктів, поштові послуги, рибальство, генна діагностика і терапія, інші сектори, які також заборонені приватним китайським компаніям, як-от державна монополія на продаж тютюнових

виробів, розробка генномодифікованих сортів рослин та ін.) (*China Promulgated the Negative List 2024 for Foreign Investment Access at National Level, 2024*).

Однак і вітчизняні компанії з китайськими інвестиціями, які займаються діяльністю, забороненою для іноземних інвесторів згідно з "Негативним списком", підлягають перевірці та затвердженню уповноваженими органами при здійсненні торгівлі або лістингом за кордоном (*Desmots, 2024*).

Заходи з перевірки безпеки іноземних інвестицій, що діють з 18 січня 2021 р., доповнюють "Негативний список" та ставлять під особливий контроль іноземні інвестиції у військову сферу, а також в галузі, пов'язані з озброєнням. Окрім цього, обмежуються іноземні інвестиції в зонах, що оточують військові об'єкти або об'єкти оборонної промисловості; інвестиції у важливу сільськогосподарську продукцію, енергетику та ресурси, виробництво критичного обладнання, важливу інфраструктуру, транспортні послуги, важливі культурні продукти і послуги, інформаційні технології та інтернет-продукти і послуги, важливі фінансові послуги, ключові технології або будь-яку іншу важливу сферу, пов'язану з національною безпекою, що призводить до набуття іноземним інвестором фактичного контролю над підприємством, в яке вкладено інвестиції (*Desmots, 2024*).

Особлива увага приділяється імплементації нового Закону "Про протидію іноземним санкціям", оприлюдненого 10 червня 2021 р., та Положенню про перелік ненадійних іноземних суб'єктів господарювання від 19 вересня 2020 р., які, очевидно, є складовими законодавства про НБ та прийняті у відповідь на дії іноземних держав або організацій, що загрожують національному суверенітету, національній безпеці або інтересам національного розвитку Китаю.

При цьому окремими підзаконними нормативно-правовими актами регулюються особливості іноземного інвестування у певних регіонах чи секторах або ж окреслюються зони, де залучення прямих іноземних інвестицій є пріоритетною метою.

Отже, інтерес національної безпеки в режимі контролю за іноземними інвестиціями в Китаї стосується не лише оборонної безпеки, але й поширюється на інші економічні та соціальні сектори, та характеризується розгалуженою системою нормативно-правових актів різного ієрархічного рівня. При цьому особливістю підходу КНР до регулювання інвестиційної діяльності є перевірка також і національних інвестицій у певних сферах, і китайських підприємств, що мають намір здійснювати діяльність за кордоном.

Зазначений підхід до визначення НБ у контексті процедури скринінгу добре проілюстровано на прикладі поглинання компанією *Yonghui* компанії *Zhongbai*.

Це поглинання підлягало перевірці, оскільки найбільший акціонер *Yonghui* – молочна ферма, яка володіла майже 20% акцій компанії, була

дочірньою компанією британського конгломерату *Jardine Dairy Farm*. У грудні 2019 р. *Yonghui* опублікувала оголошення про скасування своєї пропозиції про поглинання компанії *Zhongbai*. Ця ситуація викликала занепокоєння, оскільки перевірка була проведена в секторі роздрібної торгівлі, де *Yonghui* та *Zhongbai* ведуть свій основний бізнес. Зазвичай цей сектор не вважається чутливим до НБ, оскільки не має тісного зв'язку з оборонними інтересами і не вважається прикордонним сектором, а також межею розвитку технологій. Також спірно стверджувати, що роздрібна торгівля має вирішальне значення для національної економіки або суспільного устрою (*Ai et al.*, 2023).

4. Перегляд вимог безпеки в Європейському Союзі в контексті Регламенту (ЄС) 2019/452

19 березня 2019 р. Європейським парламентом та Радою прийнято Регламент (ЄС) 2019/452, що встановлює рамки для перевірки державами-членами прямих іноземних інвестицій в ЄС з міркувань НБ та ПП, створює механізм співпраці між державами-членами, а також між державами-членами та Комісією (*Regulation*, 2019). Регламент застосовується з жовтня 2020 р. та не встановлює обов'язкової форми скринінгу, але є орієнтиром для держав – членів ЄС під час розробки або удосконалення власних процедур, а також для гармонізації національних законодавств.

Чинні положення Регламенту 2019/452 про скринінг не надають власного визначення понять НБ і ПП, а відсилаються на положення міжнародного права (*Velten*, 2022). Водночас наводиться рекомендований перелік факторів, які можуть бути взяті до уваги при оцінці ризиків прямої іноземної інвестиції країною-членом.

Варто акцентувати увагу, що у попередньому проєкті Регламенту, опублікованому у 2017 р., фактори впливу на НБ та ПП були значно вужчими, ніж у кінцевому документі (*Proposal*, 2017). Зокрема, надалі деталізовані складові критичної інфраструктури, додані такі фактори, як доступ до корисних копалин, персональної інформації, а також свобода та плюралізм медіа.

Поступове розширення підходу до визначення об'єктів та секторів, що становлять інтерес для НБ і ПП, демонструють реакцією Союзу на виклики сьогодення, такі як *COVID-19*, широкомасштабне вторгнення РФ на територію України.

Так, після спалаху пандемії *COVID-19*, ЄК оприлюднила Повідомлення, у якому рекомендувала державам – членам ЄС при СПІ зважати на такі сектори, як медичні потужності (наприклад для виробництва медичного або захисного обладнання) або суміжні галузі, такі як науково-дослідні установи (наприклад розробка вакцин) (*Communication*, 2020).

У квітні 2022 р. ЄК попередила, що підвищений ризик того, що будь-яка інвестиція, прямо чи опосередковано пов'язана з фізичною або юридичною особою, асоційованою, контрольованою або підконтрольною

російському чи білоруському уряду, у критичні активи в ЄС може дати обґрунтовані підстави для висновку, що ця інвестиція може становити загрозу НБ та ПП в державах-членах (*Communication, 2022*).

Наразі ж у ЄС ведеться дискусія та підготовлений проект щодо перегляду Регламенту 2019/452, що передбачає додаткове розширення меж НБ та ПП, а також удосконалення взаємодії між країнами-членами, країнами-членами та Комісією, зокрема щодо визначення критеріїв та охорони критично важливої інфраструктури міждержавного значення, гармонізації національних законодавств, розроблення спільного вектору розвитку тощо (*Proposal, 2024*).

Для порівняння нижче наведено таблицю, яка демонструє тенденції зміни підходу до визначення факторів впливу на НБ та ПП Європейського Союзу в розрізі проекту Регламенту 452/2019 2017 р., чинної редакції Регламенту та в запропонованих змінах 2024 р.

Таблиця

Проект 2017 р. (<i>Proposal, 2017</i>)	Чинний Регламент 2019/452 (<i>Regulation, 2019</i>)	Проект 2024 р. (<i>Proposal, 2024</i>)
<p>Критична інфраструктура, включаючи енергетику, транспорт, зв'язок, зберігання даних, космічну або фінансову інфраструктуру, а також об'єкти з підвищеною чутливістю;</p> <p>критичні технології, включаючи штучний інтелект, робототехніку, напівпровідники, технології з потенційним подвійним застосуванням, кібербезпеку, космічні або ядерні технології;</p> <p>безпека постачання критично важливих ресурсів; або</p> <p>доступ до чутливої інформації або можливість контролювати чутливу інформацію.</p> <p>При визначенні того, чи може пряма іноземна інвестиція вплинути на безпеку або громадський порядок, держави-члени та Комісія можуть взяти до уваги, чи контролюється іноземний інвестор урядом третьої країни, в тому числі через значне фінансування</p>	<p>Враховується потенційний вплив на:</p> <p>(а) критичну інфраструктуру, як фізичну, так і віртуальну, включаючи енергетику, транспорт, водопостачання, охорону здоров'я, зв'язок, засоби масової інформації, обробку або зберігання даних, аерокосмічну, оборонну, виборчу або фінансову інфраструктуру та об'єкти, що мають важливе значення, а також землю та нерухомість, що мають вирішальне значення для використання такої інфраструктури;</p> <p>(б) критичні технології та товари подвійного використання, визначені в п. 1 ст. 2 Регламенту Ради (ЄС) № 428/2009 (15), включаючи штучний інтелект, робототехніку, напівпровідники, кібербезпеку, аерокосмічну галузь, оборону, зберігання енергії, квантові та ядерні технології, а також нанотехнології та біотехнології;</p> <p>(с) постачання критично важливих ресурсів, включаючи енергію або сировину, а також продовольчу безпеку;</p> <p>(д) доступ до чутливої інформації, включаючи персональні дані, або можливість контролювати таку інформацію; або</p> <p>(е) свободу та плюралізм засобів масової інформації.</p>	<p>При оцінці ризику іноземної інвестиції повинно розглянути, чи може вона негативно вплинути на:</p> <p>(а) безпеку, цілісність та функціонування критичної інфраструктури, як фізичної, так і віртуальної; у цьому контексті, зважаючи на наявну інформацію, слід також оцінити, чи може іноземна інвестиція негативно вплинути на стійкість будь-якого з критично важливих суб'єктів, визначених ними відповідно до Директиви (ЄС) 2022/2557 Європейського Парламенту та Ради (встановлює умови визначення критичних об'єктів і надає перелік критичних сфер економіки тощо (<i>Directive 2557, 2022</i>)), а також суб'єктів, що підпадають під дію Директиви (ЄС) 2022/2555 (зазначає галузі, сектори й основні критерії визначення критичних об'єктів, стан кібербезпеки яких підлягає особливому контролюванню (<i>Directive 2555, 2022</i>)). Також повинні братися до уваги результати скоординованих оцінок ризиків безпеки критичних ланцюгів постачання, проведених на рівні Союзу відповідно до статті 22(1) Директиви (ЄС) 2022/2555;</p> <p>(б) доступність критичних технологій;</p> <p>(с) безперервність постачання критично важливих ресурсів;</p> <p>(д) захист конфіденційної інформації, або</p> <p>(е) свободу та плюралізм засобів масової інформації, включаючи онлайн-платформи, які можуть бути використані для широкомасштабної дезінформації або злочинної діяльності.</p> <p>До уваги також береться інформація, пов'язана з іноземним інвестором, в тому числі:</p> <p>(а) чи був іноземний інвестор, фізична або юридична особа, що контролює іноземного інвестора, бенефіціарний власник іноземного інвестора, будь-яка з дочірніх компаній іноземного інвестора або будь-яка інша сторона, що перебуває у власності чи під контролем іноземного інвестора або діє від імені чи за вказівкою іноземного інвестора (далі – іноземний інвестор), причетна до іноземної інвестиції, яка раніше перевірялася державою-членом і яка не була дозволена або була дозволена лише за певних умов; для визначення цього держави-члени та Комісія повинні покладатися на наявну в них інформацію, в тому числі на інформацію, що міститься у захищеній базі даних, створеній згідно зі статтею 7(10);</p>

Проект 2017 р. (<i>Proposal</i> , 2017)	Чинний Регламент 2019/452 (<i>Regulation</i> , 2019)	Проект 2024 р. (<i>Proposal</i> , 2024)
	<p>До уваги може братися також:</p> <p>(а) чи перебуває іноземний інвестор під прямим або опосередкованим контролем уряду третьої країни прямо й опосередковано;</p> <p>(б) чи був іноземний інвестор вже залучений до діяльності, що впливає на безпеку або громадський порядок в державі-члені; або</p> <p>(с) чи існує серйозний ризик того, що іноземний інвестор займається незаконною або злочинною діяльністю</p>	<p>(б) де це застосовано, причини застосування до іноземного інвестора обмежувальних заходів згідно зі статтею 215 Договору про заснування Європейського Співтовариства;</p> <p>(с) чи був іноземний інвестор вже залучений до діяльності, що негативно впливає на НБ або ПП в державі-члені;</p> <p>(д) чи займався іноземний інвестор незаконною або злочинною діяльністю, включаючи обхід обмежувальних заходів Союзу відповідно до статті 215 Договору про заснування Європейського Союзу;</p> <p>(е) чи може іноземний інвестор переслідувати політичні цілі третьої країни або сприяти розвитку військового потенціалу третьої країни</p>

Варто додати, що у додатку до чинного Регламенту 2019/452 та в запропонованому проекті 2024 р. передбачені конкретні проекти та програми, які становлять інтерес для ЄС, прямі іноземні інвестиції в які підлягають перевірці.

Проте новелою запропонованого проекту 2024 р. є окремий перелік технологій, активів, об'єктів, обладнання, мереж, систем, послуг та видів економічної діяльності, що мають особливе значення для інтересів безпеки або громадського порядку Союзу, цінність якого полягає, зокрема, в тому, що цей перелік може слугувати орієнтиром як для країн-членів ЄС, так і України в процесі євроінтеграції, задля гармонізації законодавства у сфері скринінгу.

Варто зазначити, що наразі в ЄС не сформована судова практика, яка б детально тлумачила положення Регламенту в тих аспектах, що потребують більшої деталізації, та враховувала б національні особливості законодавства про скринінг і національну безпеку окремих країн-членів. Наприклад, у справі C-106/22 *Xella Magyarország* суд не надав додаткового визначення понять НБ та ПП, які б дали додаткове розуміння їхнього змісту, проте дійшов висновку, що дія Регламенту не поширюється на інвестиції, здійснені підприємствами, створеними відповідно до законодавства держави-члена, над якими підприємство третьої країни має мажоритарний контроль (*Judgment of the Court (Second Chamber) 13 July 2023 in Case C-106/22, 2023*).

Загалом сучасною тенденцією щодо удосконалення процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій у ЄС є подальше розширення понять НБ та ПП, більша деталізація процедури та строків проведення, гармонізація законодавства країн-членів. Запропоновані зміни мають знайти баланс між збереженням законодавчої бази, яка підтримує ПП, і необхідністю протистояти висхідним геополітичним ризикам шляхом заохочення відкритої стратегічної автономії комерційної, промислової, економічної та безпекової, оборонної політики.

Висновки

Проведене дослідження демонструє, що міжнародна спільнота у своїй більшості погоджується з позицією, що деякі прямі іноземні інвестиції можуть нести загрози для національної безпеки та публічного порядку, а тому в певних випадках політика їхнього обмеження є прийнятною, проте має відповідати низці принципів, розроблених на міждержавному рівні, як-от: недискримінація, прозорість, передбачуваність, пропорційність, відповідальність тощо.

Наріжним каменем при розробці процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій є визначення змісту національної безпеки та публічного порядку, оскільки саме їх забезпечення є основною метою цього механізму.

При цьому варто враховувати, що національна безпека та публічний порядок розглядаються як динамічні явища, які видозмінюються залежно від сучасних реалій. Це зумовлює відсутність конкретики при нормативному закріпленні цих понять, що має наслідком наділення широкими повноваженнями відповідального органу щодо перевірки прямих іноземних інвестицій, хоча це, очевидно, й обмежує прозорість і передбачуваність інвестиційної діяльності.

Якщо раніше іноземні інвестиції у різних державах світу оцінювалися з точки зору впливу на військово-промисловий сектор та щодо набуття нерухомості у стратегічно важливих районах, то наразі цей спектр розширений стосовно критичної інфраструктури, ланцюгів постачання, нових технологій, енергетики, сировинних ресурсів, продовольчої безпеки, персональних даних тощо.

Такі тенденції вказують на те, що залежно від актуальних на певний момент реалій та викликів (наприклад акцент на медичних потужностях внаслідок пандемії *COVID-19* та більш детальна оцінка ризиків інвестицій з рф після початку широкомасштабного вторгнення в Україну) рамки національної безпеки і публічного порядку будуть видозмінюватися, що є об'єктивними та логічними закономірностями.

Під час розробки власної моделі скринінгу важливо, що національне законодавство України має достатньо ґрунтовну нормативну базу щодо забезпечення національної безпеки, а також дотичних до неї сфер, які слугуватимуть орієнтиром для майбутньої процедури скринінгу, зокрема, для створення понятійно-категоріального апарату (Закони України "Про національну безпеку України", "Про інвестиційну діяльність", "Про режим іноземного інвестування"), визначення факторів проведення скринінгу та віднесення потенційних об'єктів інвестиції до "критично важливих" (Закон України "Про критичну інфраструктуру", "Перелік об'єктів державної власності, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави" тощо), розробки порядку проведення перевірки (Закон України "Про адміністративну процедуру").

Водночас законодавець має враховувати найкращі зарубіжні практики у сфері скринінгу, зокрема напрацювання Європейського

Союзу, які відображені у чинному Регламенті 2019/452, а також зважати на актуальні тенденції, запропоновані у проєкті змін до цього документу: поступове розширення складових національної безпеки та публічного порядку, зближення законодавств країн-членів, посилення співпраці щодо питань, які становлять спільний інтерес тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

Ai, H., & Philipsen, N. J. (2023). A critical reflection on the 'public interest exemption' in China's merger control regime. *Journal of Antitrust Enforcement*, 11(3), 491–508. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad035>

China Promulgated the Negative List 2024 for Foreign Investment Access at National Level. (2024). <https://www.cwhkcpa.com/china-promulgated-the-negative-list-2024-for-foreign-investment-access-at-national-level/>

Defense Production Act. (1950). <https://www.fema.gov/disaster/defense-production-act>

Desmonts, Vivian. (2024). *Foreign Direct Investment Regimes China 2025*. <https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/china>

Dimitropoulos, Georgios. (2019). National Security: The Role of Investment Screening Mechanisms. In Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (Eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, (1) (2020). <https://ssrn.com/abstract=3538735> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3538735>

Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No. 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive). (2022). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj>

Directive (EU) 2022/2557 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on the resilience of critical entities and repealing Council Directive 2008/114/EC. (2022). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2557/oj>

European Commission. (2020). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0318>

European Commission. (2022). *Communication from the Commission Guidance to the Member States concerning foreign direct investment from Russia and Belarus in view of the military aggression against Ukraine and the restrictive measures laid down in recent Council Regulations on sanctions*. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406(08))

Foreign Investment and National Security Act. (FINSAs). (2007). <https://www.congress.gov/110/plaws/publ49/PLAW-110publ49.pdf>

Foreign Investment Guide of the People's Republic of China. (2024). *The Legal System for Foreign Investment*. <https://fdi.mofcom.gov.cn/en/come-newzonghe.html?parentId=125&name=The%20Legal%20System%20for%20Foreign%20Investment&comeID=3>

Foreign Investment Risk Review Modernization Act. (FIRRMA). (2018). <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5841/text>

Jackson, J. K. & Congressional Research Service. (2013). *Foreign Investment and National Security: Economic considerations*. Congressional Research Service. <https://sgp.fas.org/crs/natsec/RL34561.pdf>

Jackson, James K. (2020). *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*. Washington, DC. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33388>

Jalinous, Farhad, & Sensenig, Timothy. (2022). Keeping up with CFIUS: A Practitioner's Report on National Security Trends in the United States. *Erasmus Law Review*, (4), 266–277.

Judgment of the Court (Second Chamber) 13 July 2023 in Case C-106/22 (2023). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2DC14C7563204056DD61EAA5ACF1B495?text=&docid=275390&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10439998>

Li, J., Shapiro, D., & Ufimtseva, A. (2024). Regulating inbound foreign direct investment in a world of hegemonic rivalry: The evolution and diffusion of US policy. *Journal of International Business Policy*, 7(1), 147–165. <https://doi.org/10.1057/s42214-023-00177-w>

Mauro, Maria Rosaria. (2024). Energy Security, Energy Transition, and Foreign Investments: An Evolving Complex Relationship. *Laws*, 13(4), 48. <https://doi.org/10.3390/laws13040048>

Moran, T. H., Graham, E., & Oldenski, L. (2013). *Foreign Direct investment in the United States: Benefits, Suspicions, and Risks with Special Attention to FDI from China*. Peterson Institute for International Economics.

National Security Law of the People's Republic of China. (2015). China Law Translate. <https://www.chinalawtranslate.com/en/>

OECD. (2009). *Recommendation of the Council on Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security*. OECD/LEGAL/0372.

OECD. (2018). *Survey on critical infrastructure resilience and security*. <https://www.oecd.org/>

OECD. (2020). *Investment screening in times of COVID-19 and beyond, OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/aa60af47-en>

OECD. (2024). *Managing Security Implications of international investment: Policy developments in a changing world*. <https://web-archiv.oecd.org/temp/2024-06-07/674847-OECD-natsec-conference-2024-background-note.pdf>

Pohl, J. H., Papadopoulos, T., & Wiesenthal, J. (2024). *National security and investment controls*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-68016-8>

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Screening of Foreign Investments in the Union and Repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council. (2024). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024PC0023>

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments Into the European Union. (2017). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0487>

Regulation – 2019/452 – EN – EUR-LEX. (2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv%3A0J.LL.2019.079.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2019%3A079I%3ATOC>

Roberts, A., Moraes, H. C., & Ferguson, V. (2019). Toward a geoeconomic order in international trade and investment. *Journal of International Economic Law*, 22(4), 655–676.

Velten, J. (2022). *Screening Foreign Direct Investment in the EU*. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-05603-1>

Закон України "Про критичну інфраструктуру". № 1882-IX (2021). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1882-20#Text	The Law of Ukraine "On Critical Infrastructure". No. 1882-IX (2021). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1882-20#Text
--	--

Мазаракі, Н., & Гончарова, Ю. (2022). Скринінг прямих іноземних інвестицій: між Сциллою та Харибдою. <i>Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право</i> , 123(4), 4–16. https://doi.org/10.31617/3.2022(123)01	Mazaraki, N., & Honcharova, Yu. (2022). Foreign direct investment screening: between Scylla and Charybdis. <i>Foreign Trade: Economics, Finance, Law</i> , 123(4), 4–16. https://doi.org/10.31617/3.2022(123)01
--	--

Committee on foreign investment in the United States. (CFIUS). (2023). *Committee on foreign investment in the United States annual report to Congress*. <https://home.treasury.gov/system/files/206/2023CFIUSAnnualReport.pdf>

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Кучерявенко С. Поняття національної безпеки та публічного порядку у скринінгу прямих іноземних інвестицій. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 36–50. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)03](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)03)

Надійшла до редакції 13.11.2024.

Прийнято до друку 25.11.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

ВОВЧЕНКО Олексій,

магістр, аспірант кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
o.vovchenko@knu.edu.ua

VOVCHENKO Oleksii,

Master, Postgraduate Student
of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
Kyoto St., 19, Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0009-0003-4992-3914

ПРАВОВА ПРИРОДА МЕХАНІЗМУ РЕГЛАМЕНТУ ЄС ПРО ІНОЗЕМНІ СУБСИДІЇ

Регламент ЄС 2022/2560 про іноземні субсидії, що спотворюють внутрішній ринок, призваний нівелювати недостатню ефективність інструментів міжнародного торговельно-економічного права в захисті економічної конкуренції на внутрішньому ринку. Зокрема, спотворення економічної конкуренції відбувається за участю в публічних закупівлях чи в концентраціях суб'єктів господарювання, які отримали іноземні субсидії, тоді як у ЄС діють суворі правила державної допомоги. Саме тому в Регламенті 2022/2560 застосовано підходи, притаманні регулюванню надання державної допомоги суб'єктам господарювання з урахуванням специфіки іноземних субсидій. Статтю присвячено доведенню саме цього твердження, що зроблено шляхом детального порівняльного аналізу ключових положень Регламенту 2022/2560 та acquis ЄС у сфері державної допомоги. Аналіз посилений висвітленням спорідненості цілей, які має на меті Регламент та право державної допомоги. Особливу увагу приділено процедурі та підходам Європейської комісії з оцінки спотворюючого ефекту іноземних інвестицій та їх позитивного впливу на розвиток певної галузі економіки. Емпірична база представлена поки єдиним опублікованим рішенням Європейської комісії у справі з оцінки концентрації Emirates Telecommunications Group Company PJSC та PPF Telecom Group B.V. У результаті дослідження обґрунтовано висновок про складну правову природу Регламенту 2022/2560, який поєднує підходи права державної допомоги й інструментів зовнішньої торговельної політики. Незважаючи на певні паралелі із законодавством про державну допомогу, Регламент 2022/2560 демонструє суттєві відмінності у своїх положеннях, які ускладнюють його узгодженість із конкурентним законодавством, що діє на території ЄС, і створюють додаткові виклики для гармонізації контролю за іноземними субсидіями.

Ключові слова: конкурентне право, право ЄС, внутрішній ринок ЄС, публічні закупівлі, іноземні субсидії, захист економічної конкуренції.

LEGAL NATURE OF THE MECHANISM OF THE EU REGULATION ON FOREIGN SUBSIDIES

EU Regulation 2022/2560 on foreign subsidies distorting the internal market is designed to downgrade the insufficient effectiveness of international trade and economic law instruments in protecting economic competition in the internal market. In particular, distortion of economic competition occurs when participating in public procurement or in concentrations of economic entities that have received foreign subsidies, while strict state aid rules are applied in the EU. That is why Regulation 2022/2560 applies approaches inherent in the regulation of state aid to economic entities, taking into account the specifics of foreign subsidies. The article is devoted to proving just this statement, which was made through a detailed comparative analysis of the key provisions of Regulation 2022/2560 and the EU acquis in the field of state aid. The analysis is strengthened by highlighting the relationship between the objectives pursued by the Regulation and state aid law. Particular attention was paid to the procedure and approaches of the European Commission for assessing the distortive effect of foreign investments and their positive impact on the development of a certain sector of the economy. The empirical basis is presented so far by the only published decision of the European Commission in the case of assessing the concentration of Emirates Telecommunications Group Company PJSC and PPF Telecom Group B.V. The study substantiates the conclusion about the complex legal nature of Regulation 2022/2560, which combines the approaches of state aid law and foreign trade policy instruments. Despite certain parallels with state aid legislation, Regulation 2022/2560 demonstrates significant differences in its provisions, which complicate its consistency with competition law in force in the EU and create additional challenges for harmonizing control over foreign subsidies.

Keywords: competition law, EU law, EU internal market, public procurement, foreign subsidies, protection of economic competition.

JEL Classification: F12, K33, D41.



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

Вступ

Державне субсидування суб'єктів господарювання є очевидною тенденцією останніх 15–20 рр., яка зумовлена фінансовою кризою 2008 р., пандемією *COVID-19*, широкомасштабним вторгненням РФ в Україну, боротьбою зі зміною клімату, геополітичними подіями, які негативно вплинули на стабільність ланцюгів постачання.

Значні обсяги державних субсидій позначаються на конкуренції та торгівлі. По-перше, вони часто спотворюють рівні ринкові умови, негативно змінюючи ринкову кон'юнктуру. По-друге, оскільки заходам із субсидування часто бракує прозорості, суперечки щодо субсидій є основним джерелом напруженості в торговельних відносинах, особливо коли вони сприймаються як прихована чи явна протекціоністська промислова політика. Такі розбіжності можуть і надалі призводити до зростання ризиків економічного націоналізму, державного втручання та/або протекціонізму (*OECD, 2022*).

Підтвердженням останньої тези стало прийняття Регламенту 2022/2560 про іноземні субсидії, що спотворюють внутрішній ринок (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*), спрямованого на недопущення спотворення економічної конкуренції на ринку ЄС з боку суб'єктів господарювання, які отримали субсидії від урядів держав, що не є членами ЄС.

Цей акт став органічним доповненням конкурентного законодавства ЄС у сфері контролю за концентраціями та публічних закупівель, розширюючи його повноваженнями Європейської комісії (ЄК) з оцінки учасників злиттів та поглинань, а також учасників тендерів через призму спотворення конкуренції за рахунок отримання іноземних субсидій.

Можна припустити, що обрання саме такого правового інструменту у сфері конкурентного права є фактом визнання неефективності Угоди СОТ про субсидії та компенсаційні заходи (Осіка та ін., 2019), а також інших засобів торговельної політики ЄС (*Draghi, 2024*). При цьому якщо подивитися більш широко на торговельно-економічну політику ЄС, то можна знайти підтвердження, що ЄС намагається "експортувати" своє право державної допомоги, включаючи положення щодо субсидій та державної допомоги в угоди про вільну торгівлю. Водночас такі угоди відсутні з державами, де значну роль відіграють державні підприємства та фонди і наявна практика державного субсидування (КНР, Саудівська Аравія, ОАЕ, Бахрейн, Катар).

Регламент 2022/2560 увібрав у себе підходи конкурентного права та торговельно-економічного права (*Akritidis & Blancardi, 2023; Crochet & Gustafsson, 2021; Hornkohl, 2023; Frank, 2021*), що робить дослідження правової природи його механізмів актуальним і важливим. Регламент 2022/2560 застосовується вже більше як рік, але тільки нещодавно ЄК опублікувала перший кейс його застосування – набуття компанією *Emirates Telecommunications Group Company PJSC* (ОАЕ) європейського телекомунікаційного оператора *PPF Telecom Group B.V.* (*Case FS.10001, 2024*), що дає змогу предметно проаналізувати механізми Регламенту 2022/2560.

Методологічно дослідження полягає в доктринальному аналізі наукових джерел, які висвітлюють особливості Регламенту 2022/2560 (*Bourgeois & Geisel, 2024; Blockx & Mattiolo, 2023; Draghi, 2024; Modrall, 2024; Stas & Geisel, 2023*), інститут державної допомоги у праві ЄС (*Bailey & John, 2018; Hofmann, 2016; Smyrnova & Veselovskyi, 2022; Werner & Verouden, 2017*), *acquis* ЄС. Інформаційна база складається з аналітичних документів ЄК (*European Commission, White Paper, 2020*), *OECP* (*OECD, 2022*) та процедурних документів у справі *Emirates Telecommunications Group / Ppf Telecom Group*. Це дослідження доповнює наукову дискусію щодо правової природи механізмів Регламенту 2022/2560.

Гіпотеза дослідження являла собою припущення, що механізми, передбачені Регламентом 2022/2560, мають особливу правову природу, яка містить в собі риси конкурентного права й інструментів торговельної політики. З огляду на сформульовану гіпотезу викристалізувалася мета роботи – з'ясувати правову природу змістовних складових цього Регламенту щодо контролю за концентраціями та публічних закупівель.

Структурно стаття побудована так: у першій частині розкрито економічне обґрунтування контролю за субсидіями, висвітлюються чинники негативного впливу іноземних субсидій на економічну конкуренцію, після цього послідовно надано загальну характеристику Регламенту 2022/2560 та права державної допомоги. Ключова складова дослідження – детальний аналіз спільного і відмінного у підходах Регламенту 2022/2560 та права державної допомоги, який дав змогу прийти до обґрунтованих висновків щодо складної правової природи механізмів цього Регламенту.

1. Економічне обґрунтування контролю за іноземними субсидіями

Внутрішній ринок ЄС завдяки чотирьом основним свободам – вільному руху товарів, осіб, послуг і капіталів – став одним з найпривабливіших у світі для інвестицій, як з боку іноземних компаній, так і урядів третіх країн. Однак перед законодавцями ЄС постало питання контролю економічної діяльності, особливо з боку третіх країн, оскільки внески, які робилися урядами деяких країн, мали характер не інвестицій, а явних субсидій. Ось чому виникла потреба в контролі за субсидіями, зокрема іноземними, на внутрішньому ринку ЄС.

По-перше, існують економічні підстави для регулювання як державних, так і іноземних субсидій, оскільки обидва випадки призводять до втрати потенційних вигод, які могли б бути досягнуті без зовнішнього втручання на конкурентному ринку. Субсидії порушують нормальне функціонування ринку, що спричиняє неефективний розподіл ресурсів. Вони можуть перешкоджати процесу входу та виходу компанії з ринку, знижуючи його динамічну ефективність (*Werner & Verouden, 2017*). Це також призводить до того, що компанії, які мають

невисокий рівень конкурентоспроможності, залишаються на ринку завдяки фінансовій підтримці, витісняючи більш ефективних конкурентів. Отже, субсидії можуть знижувати загальну ефективність економіки ЄС.

Друге важливе питання – вплив субсидій на мотивацію їх отримувачів. Усвідомлюючи доступність фінансової допомоги, компанії можуть виявляти меншу схильність до інновацій або контролю за витратами. Це створює моральний ризик, при якому вони фокусуються на отриманні субсидій, а не на поліпшенні своїх продуктів або послуг. Для сильних компаній субсидії можуть зміцнювати їхні позиції на ринку, що призводить до подальшого спотворення конкуренції.

По-друге, контроль за субсидіями необхідний через їхній вплив на розподіл економічних вигод, особливо коли йдеться про транскордонні наслідки. Субсидії однієї країни можуть порушувати рівні умови конкуренції в інших країнах, спотворюючи конкуренцію на ринках ЄС (*Werner & Verouden, 2017*). Країни, які надають субсидії, зазвичай роблять це для підтримки власного економічного розвитку, а не для допомоги конкурентам на світових ринках. Це може спричинити "захоплення ренти", коли країни залучають міжнародні компанії шляхом надання субсидій, що створює несправедливі умови для інших країн і підриває їхній добробут. Така ситуація може зумовити "гонку субсидій", коли країни намагаються запропонувати найвигідніші умови для залучення компаній, що веде до економічної неефективності та потенційної глобальної кризи (*Hornkohl, 2023*).

Необхідність контролю над субсидіями полягає в їхній потенційній загрозі спотворення конкуренції, незалежно від того, надаються ці субсидії державами – членами ЄС чи третіми країнами. Європейське законодавство про державну допомогу вимагає, щоб держави-члени відмовлялися від надання субсидій, які можуть спотворювати внутрішній ринок. Регламент 2022/2560 доповнює ці механізми, запроваджуючи додаткові інструменти для захисту економічної рівноваги в межах ЄС, зокрема для мінімізації впливу іноземних субсидій.

ЄС прагне до регулювання як державної допомоги, так і іноземних субсидій з метою недопущення негативних трансграничних ефектів і мінімізації їхнього впливу на внутрішній ринок. Внутрішній ринок ЄС, як соціально-ринкова економіка, має бути відкритим та конкурентним, а державні субсидії можуть порушувати ці принципи, спотворюючи конкуренцію і торгівлю. Без контролю за субсидіями країни могли б підтримувати підприємства у такий спосіб, що це призводило б до неефективного використання ресурсів і порушення принципів вільної конкуренції. Це також могло б створити нетарифні бар'єри для торгівлі, що знову ж таки порушує фундаментальні свободи внутрішнього ринку ЄС (*Hofmann, 2016*).

Законодавство про державну допомогу та контроль за іноземними субсидіями є частиною загальної системи регулювання

конкуренції в ЄС. Його роль полягає не лише в захисті ринку від порушень, а й у стимулюванні сталого економічного розвитку через забезпечення рівних умов для всіх компаній. Без адекватного контролю за субсидіями з боку як держав-членів, так і третіх країн ЄС може стикнутися із серйозними економічними спотвореннями, що підривають його внутрішній ринок і конкурентоспроможність на світовому рівні.

2. Загальна характеристика Регламенту 2022/2560 про іноземні субсидії, які спотворюють внутрішній ринок

Регламент про іноземні субсидії, який діє з жовтня 2023 р., визначає повноваження ЄК та процедури оцінки впливу іноземних субсидій на конкуренцію в межах ринку ЄС. Для кращого розуміння цього правового інструменту розглянемо його ключові аспекти.

2.1. Поняття іноземної субсидії

Відповідно до ст. 3 Регламенту 2022/2560 іноземна субсидія визначається як прямиий або непрямиий фінансовий внесок, наданий третьою країною, який, по-перше, надає вигоду суб'єкту господарювання, по-друге, має селективний характер, тобто надається певному суб'єкту господарювання, групі суб'єктів господарювання або певному сектору економіки. Згідно зі статтею 1(2) сфера дії Регламенту 2022/2560 охоплює всі "іноземні субсидії, надані суб'єкту господарювання", зокрема й державним підприємствам, що займаються економічною діяльністю на внутрішньому ринку ЄС (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*). Поняття "фінансового внеску" тлумачиться достатньо широко, включаючи передачу коштів чи фінансових зобов'язань (капітальні вливання, гранти, позики, кредитні гарантії, фіскальні стимули, списання операційних збитків, прощення боргу, обмін боргу на акції або перенесення термінів погашення та ін.), відмову держави від надходжень (звільнення від оподаткування та ін.), надання товарів чи послуг або придбання товарів чи послуг.

2.2. Критерії спотворюючого ефекту іноземних субсидій

Спотворюючий ефект іноземних субсидій полягає в покращенні конкурентної позиції суб'єкта господарювання на внутрішньому ринку, тим самим створюючи передумови для фактичного або потенційного негативного впливу на конкуренцію на внутрішньому ринку (*European Commission, White Paper, 2020*). Також ст. 4(1) надає невиключний список критеріїв спотворюючого ефекту іноземної субсидії: розмір та характер субсидії; розмір, становище суб'єкта господарювання, включаючи його розмір і ринки, де він діє; рівень та динаміка економічної діяльності суб'єкта господарювання на внутрішньому ринку; мета й умови надання субсидії (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*).

Слід зауважити, що формулювання Регламенту 2022/2560 не презюмують спотворюючий ефект іноземної субсидії як такої, а

покладають на ЄК обов'язок із доведення й обґрунтування фактичного або потенційного негативного впливу на конкуренції. Ст. 5, своєю чергою, наводить перелік видів іноземних субсидій, які мають високу вірогідність спотворення конкуренції (безлімітна та безстрокова гарантія, субсидія суб'єкту господарювання, що перебуває у скрутному економічному становищі, цільова субсидія з метою здійснення концен-трації чи участі в публічних закупівлях).

2.3. "Модулі" недопущення спотворюючого ефекту іноземних інвестицій

Враховуючи потенційний негативний вплив іноземних інвестицій процедурно механізм Регламенту 2022/2560 складається із трьох модулів, які призвані надати ЄК необхідні важелі для недопущення спотворення конкуренції на внутрішньому ринку від іноземних субсидій.

2.3.1. Контроль за концентраціями

Відповідно до ст. 20 Регламенту 2022/2560 учасники концен-трації зобов'язані повідомити ЄК у таких випадках (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*):

- якщо загальна сума іноземних фінансових внесків, отриманих учасниками концентрації протягом останніх трьох років, перевищує 50 млн євро;
- принаймні один з учасників концентрації повинен бути зареє-строваним на території Європейського Союзу та генерувати загальний оборот в межах ЄС, що перевищує 500 млн євро.

2.3.2. Контроль за публічними закупівлями

Згідно зі ст. 28 для участі в публічних закупівлях учасники зобов'язані повідомляти ЄК про отримання іноземних субсидій, якщо (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*):

- загальна сума іноземних фінансових внесків, отриманих учас-никами протягом останніх трьох років, перевищує 4 млн євро;
- сума контракту перевищує 250 млн євро або загальна вартість лотів, на які подається заявка, перевищує 125 млн євро.

2.3.3. Оцінка іноземних субсидій *ex officio*

Єврокомісія може оцінювати іноземні субсидії за власним рішенням з метою з'ясування можливого спотворюючого ефекту в таких випадках (*Regulation (EU) 2022/2560, 2022*):

- у ЄК є підозра, що іноземна субсидія може мати значний вплив на конкуренцію на внутрішньому ринку ЄС;
- ЄК отримує скарги або інформацію від третіх сторін, які вказують на можливий спотворюючий ефект субсидії;
- у рамках секторальних перевірок.

2.4. Наслідки доведення спотворюючого ефекту іноземної інвестиції

Якщо ЄК встановить, що іноземні субсидії мають спотворюючий вплив, вона може застосувати заходи, які містять зобов'язання суб'єкта господарювання надати третім особам доступ до своєї інфраструктури або ліцензійних активів; скорочення потужностей або присутності на ринку; продаж активів; повернення субсидій; скасування концентрацій тощо. Суб'єкти господарювання, щодо яких ведеться розслідування, також можуть самі запропонувати зобов'язання, щоб усунути занепокоєння ЄК.

3. Характеристика законодавства про державну допомогу в рамках ЄС

Законодавство про державну допомогу в рамках ЄС є фундаментальним інструментом регулювання конкуренції, що спрямований на забезпечення рівних умов функціонування внутрішнього ринку.

3.1. Значення та мета ст. 107 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС)

Ст. 107(1) ДФЄС передбачає, що за деякими виключеннями, будь-яка допомога, надана державою-членом або за рахунок державних ресурсів у будь-якій формі, яка спотворює або загрожує спотворити конкуренцію шляхом надання переваг певним підприємствам або виробництву певних товарів, тією мірою, в якій це впливає на торгівлю між державами-членами, є несумісною з внутрішнім ринком.

Отже, метою ст. 107 ДФЄС є запобігання негативному впливу на торгівлю між державами-членами, який може виникати через надання державними органами фінансових чи нефінансових переваг, що спотворюють або загрожують спотворити конкуренцію, створюючи нерівні умови для суб'єктів господарювання або окремих секторів економіки (Bailey & John, 2018).

3.2. Допустимість надання державної допомоги

Незважаючи на те, що згідно із законодавством ЄС про державну допомогу, така допомога є апріорі забороненою і веде до спотворення конкуренції, все ж існують деякі випадки, коли вона може бути допустимою.

Відповідно до ст. 107(2) та 107(3) державна допомога може вважатися сумісною з внутрішнім ринком за певних умов. Зокрема, такою є допомога соціального характеру, яка надається окремим споживачам за умови, що її надання не супроводжується дискримінацією за походженням відповідних товарів. Крім того, сумісною визнається допомога, спрямована на ліквідацію наслідків стихійних лих або надзвичайних ситуацій.

Водночас сумісною з внутрішнім ринком також може бути визнана допомога, яка сприяє економічному розвитку регіонів із надзвичайно низьким рівнем життя, високим рівнем безробіття чи інших регіонів з особливими структурними, економічними або соціальними проблемами (Smyrnova, 2023). До цієї категорії належить також допомога, яка сприяє реалізації важливих проєктів спільного європейського інтересу або усуває значну шкоду, заподіяну функціонуванню економіки держави-члена. Сюди ж входить підтримка, спрямована на розвиток окремих видів економічної діяльності, наприклад "зелений перехід", чи сфер економіки за умови, що вона не веде до спотворення торгівлі та не суперечить спільним інтересам в рамках ЄС. Аналогічно, підтримка культурного розвитку та збереження культурної спадщини визнається допустимою, якщо її вплив на торгівлю та конкуренцію в межах ЄС залишається мінімальним і не суперечить спільним інтересам. Нарешті, інші категорії допомоги можуть бути визначені як сумісні за пропозицією ЄК.

3.3. Економічна діяльність суб'єкта господарювання як критерій поняття державної допомоги

У ст. 107(1) ДФЄС підкреслюється здійснення саме економічної діяльності суб'єктом господарювання, який отримує державну допомогу. Своєю чергою, економічна діяльність визначається як "будь-яка діяльність, пов'язана з пропозицією товарів та послуг на певному ринку". Це означає, що будь-яка діяльність, яка включає продаж товарів або надання послуг, вважається економічною діяльністю, незалежно від того, хто її здійснює (Smyrnova & Veselovskyi, 2022).

Отже, зважаючи на проаналізовані положення ст. 107 ДФЄС, можна зробити висновок, що, згідно із законодавством ЄС щодо державної допомоги, забороняється надання допомоги підприємствам, які провадять економічну діяльність, що може спотворити конкуренцію на внутрішньому ринку ЄС. Однак державна допомога для таких сфер, як освіта, охорона навколишнього середовища, розвиток малозабезпечених регіонів, а також допомога під час стихійних лих або криз (як-от пандемія COVID-19) не є забороненою, оскільки вона не спотворює конкуренцію і сприяє розвитку економіки, зміцненню торгівлі та підтримці балансу на європейських ринках.

4. Спільне у правовій природі Регламенту 2022/2560 та *acquis* ЄС у сфері державної допомоги

4.1. Мета регулювання

У проєкті Регламенту 2022/2560 вказана подвійна основа його прийняття: ст. 114 ДФЄС (забезпечення нормального функціонування внутрішнього ринку ЄС) та ст. 207 ДФЄС (спільна торговельна політика). Це абсолютно чітко відображає спрямування цього акта, застосовані

інструменти та підходи (*Blockx & Mattiolo, 2023*). Вихідною точкою системи державної допомоги ЄС є принцип, що субсидії, надані державами-членами для суб'єктів господарювання, зазвичай є забороненими, оскільки вони можуть спотворювати внутрішній ринок ЄС, створюючи несправедливі переваги для окремих суб'єктів господарювання. Регламент 2022/2560 поширює цю логіку на субсидії, що надаються третіми країнами, оскільки вони також можуть мати негативний вплив на конкуренцію всередині ЄС (*Hornkohl, 2023*).

Це проявляється в ключових поняттях та принципах Регламенту 2022/2560, які запозичені як з правил державної допомоги, що регулюють субсидії, надані державами – членами ЄС, так і з механізмів контролю за субсидіями в межах загальної торговельної політики ЄС.

4.2. Тлумачення поняття суб'єкта господарювання

Надання державної допомоги завжди адресується суб'єкту господарювання, що в конкурентному праві є дуже широким поняттям – "будь-який суб'єкт господарювання, що здійснює господарську діяльність, незалежно від юридичного статусу суб'єкта та способу його фінансування" (*Case C-41/90 Höfner, 1991*). У ст. 1(2) і 3(1) Регламенту 2022/2560 поняття іноземних субсидій включає "суб'єктів господарювання, що займаються економічною діяльністю на внутрішньому ринку", при цьому сам Регламент 2022/2560 тлумачення цього поняття не містить. Це може бути пояснено дотриманням позиції Суду ЄС у справах *T-443/08* та *T-455/08 Freistaat Sachsen and Others/Commission*, що поняття "суб'єкт господарювання" та "господарська діяльність" є ідентичними в усіх сферах конкурентного права, хай то будуть положення, що стосуються суб'єктів господарювання, чи положення, що стосуються держав-членів, оскільки всі ці положення сприяють досягненню однієї мети, а саме: створенню системи, яка гарантує, що конкуренція на внутрішньому ринку не буде спотворена.

Як і в приписах законодавства про надання державної допомоги, так і в положеннях конкурентного права ЄС загалом, які пізніше знайшли своє відображення у статтях Регламенту 2022/2560, найважливішим є встановлення того, що суб'єкт господарювання займався економічною діяльністю під час отримання та використання іноземної субсидії. Без встановлення такого факту буде неможливим застосування ЄК положень цього Регламенту через те, що діяльність такого підприємства жодним чином не могла спотворити конкуренцію на ринку ЄС.

Цілісна системна концепція захисту конкуренції, що включає законодавство про державну допомогу та іноземні субсидії, зважаючи на однакову важливість цих інструментів для внутрішнього ринку ЄС, безумовно, є аргументом на користь загального перенесення концепції суб'єкта господарювання з конкурентного права до правозастосування Регламенту 2022/2560, що потребує також узгодженого тлумачення цього поняття (*Hornkohl, 2023*).

Водночас слід зауважити на дотриманні принципу аналогії у тлумаченні та застосуванні поняття групи суб'єктів господарювання. Це може означати, що іноземні субсидії, надані материнській компанії за межами ЄС, наприклад у формі пільгового оподаткування, що надають вибіркові переваги материнській компанії, можуть підпадати під режим Регламенту 2022/2560, якщо ця субсидія через внутрішньогрупові операції використовується материнською компанією для фінансування дочірньої компанії, розташованої в ЄС (Hornkohl, 2023).

4.3. Спорідненість поняття державної допомоги та іноземних субсидій

Структурний аналіз понять державної допомоги (ст. 107 ДФЄС) та іноземних субсидій свідчить про тотожність, що продемонстрована в таблиці.

Таблиця

Іноземна субсидія	Державна допомога
Надана з боку третьої держави	Надана державою-членом
Являє собою фінансовий внесок від третіх країн	Надається за рахунок державних ресурсів держави – члена ЄС
Надає конкурентну перевагу	Надає конкурентну перевагу
Впливає на конкуренцію на внутрішнього ринку	Впливає на конкуренцію на внутрішньому ринку
Вибірковий підхід до надання	Вибірковий підхід до надання
Надає перевагу певному суб'єкту господарювання або виробництву певних товарів	Надає перевагу певному суб'єкту господарювання або виробництву певних товарів

Джерело: складено автором на основі положень Регламенту 2022/2560 та ст. 107 ДФЄС

4.4. Застосування концепції *de minimis*

У конкурентному *acquis* ЄС склалася концепція *de minimis*, яка означає, що його норми стосуються лише суб'єктів господарювання та господарських операцій, потенційно здатних вплинути на торгівлю між державами-членами (*Case 5/69 Völk v Vervaecke*, 1969), хоча застосування цієї концепції у розрізі державної допомоги є дискусійним (*Bailey & John*, 2018).

А втім, Регламент 1407/2013 про застосування ст. 107 і 108 ДФЄС до допомоги *de minimis* встановлює, що допомога невеликого розміру не вважається такою, що суттєво впливає на конкуренцію, і, відповідно, не підпадає під положення статті 107(1) ДФЄС. Поріг допомоги *de minimis* встановлений у 200 000 євро за будь-який трирічний період, для підприємств, що працюють у секторі дорожнього транспорту, цей поріг знижений до 100 000 євро. Цей Регламент містить положення про прозорість, що вимагають забезпечення точного розрахунку допомоги в момент її надання. При цьому держави-члени не зобов'язані повідомляти Єврокомісію про допомогу, яка відповідає умовам *de minimis*.

Однак вони повинні вести облік таких субсидій і забезпечувати, щоб їхній розмір не перевищував встановлений поріг.

Регламент 2022/2560 також включає в себе окремий механізм *de minimis*, зокрема, субсидія вважається несуттєвою, якщо загальна сума субсидії, отримана суб'єктом господарювання від третьої країни протягом трьох років, не перевищує 4 млн євро. Крім того, текст Регламенту 2022/2560 містить посилання на Регламент 1407/2013, встановлюючи, що іноземні субсидії одному суб'єкту господарювання, що не перевищують розмір допомоги *de minimis* від однієї держави протягом трьох років поспіль, не повинні вважатися такими, що спотворюють внутрішній ринок у розумінні цього Регламенту.

Концепція *de minimis* покликана зменшити адміністративне навантаження як на ЄК, так і на суб'єктів господарювання, які отримують незначні субсидії, і водночас забезпечити ефективний контроль за впливом іноземних субсидій на внутрішній ринок ЄС.

Механізм *de minimis* в обох правових інструментах ЄС має схожість у своєму основному призначенні – звільнення від адміністративного тягаря щодо субсидій, що не призводять до спотворення ринку ЄС. Водночас існують суттєві відмінності, пов'язані з процедурними аспектами, пороговими значеннями та підходами до аналізу.

4.6. Відповідальний Генеральний директорат Європейської комісії

Генеральний директорат з конкуренції ЄК відіграє ключову роль як у законодавстві про державну допомогу, так і в регулюванні іноземних субсидій. У кожному з цих напрямів діяльність Генерального директорату має свої особливості, зумовлені природою відповідних механізмів регулювання.

У законодавстві про державну допомогу Генеральний директорат відповідає за контроль і забезпечення дотримання ст. 107 і 108 ДФЄС, які регулюють державну допомогу. Генеральний директорат здійснює моніторинг допомоги, яку надають держави-члени, щоб гарантувати, що вона не створює необґрунтованих переваг і не спотворює конкуренції на внутрішньому ринку.

Основні функції Генерального директорату у цій сфері полягають у попередньому узгодженні надання допомоги, можливості початку процедури *ex officio* та визначенні сумісності допомоги з умовами, передбаченими у ст. 107(3) ДФЄС.

Генеральний директорат забезпечує дотримання правил, надаючи висновки про законність заходів державної допомоги або зобов'язуючи повернути незаконно надану допомогу.

У Регламенті 2022/2560 Генеральний директорат з конкуренції отримав нову роль, пов'язану з моніторингом субсидій, які надають треті країни.

Залучення одного і того самого директорату ЄК також підтверджує спорідненість правової природи Регламенту 2022/2560.

5. Відмінності між Регламентом 2022/2560 і законодавством про державну допомогу

Незважаючи на те, що Регламент 2022/2560 та законодавство про державну допомогу мають багато спільного, між ними також існує низка суттєвих відмінностей.

5.1. Оцінка спотворюючого ефекту іноземних субсидій (*balancing test*)

Ключову роль у застосуванні Регламенту 2022/2560 відіграватиме процедура *balancing test*, передбачена ст. 6. Хоча вона була задумана як спосіб узгодження із законодавством про державну допомогу, його структура суттєво відрізняється від підходів, що застосовуються у конкурентному законодавстві ЄС (*Hornkohl, 2023*).

У законодавстві про державну допомогу є чіткий принцип: якщо допомога відповідає умовам статті 107(1) ДФЄС, то вона вважається несумісною з внутрішнім ринком. Лише після цього оцінюється, чи застосовуються винятки, передбачені ст. 107(2) або (3) ДФЄС та Регламентами про групові виключення.

Натомість стаття 6(1) Регламенту 2022/2560 не встановлює правила, що іноземні субсидії априорі вважаються такими, що спотворюють ринок. Їх оцінюють через призму процедури *balancing test*, що визначатиме ризик негативного впливу субсидії на внутрішній ринок (згідно зі ст. 4 і 5 Регламенту 2022/2560) та позитивного впливу на розвиток відповідної галузі економіки (*Stas & Geisel, 2023*).

Законодавство про державну допомогу передбачає, що субсидії держав-членів є несумісними з внутрішнім ринком, тоді як Регламент 2022/2560 передбачає проведення оцінювання. Ст. 107(2) та (3) ДФЄС визначають чіткий перелік умов, за яких надання державної допомоги не забороняється. Для іноземних субсидій таких виключень немає, окрім випадків, пов'язаних з ліквідацією природних чи техногенних катастроф.

ЄК має значну свободу в застосуванні оцінки спотворюючого ефекту іноземних субсидій, передбаченої у ст. 6 Регламенту 2022/2560, що дозволяє їй оцінювати, чи переважають негативні наслідки іноземної субсидії над позитивними, і приймати відповідні заходи для усунення спотворень на внутрішньому ринку. Такий підхід дає змогу враховувати індивідуальні обставини використання субсидії в кожному окремому випадку.

У законодавстві про державну допомогу також враховується баланс між позитивним і негативним впливом, але це відбувається на основі чітких критеріїв, визначених у ст. 107(2) та (3) ДФЄС, що встановлюють умови сумісності допомоги з внутрішнім ринком. Ці правила більш детально описують обставини та критерії, за яких компанії можуть отримувати допомогу.

На відміну від цього, в Регламенті 2022/2560 *balancing test* є менш структурованим, а його результат більшою мірою залежить від рішення ЄК.

Більше того, на відміну від державної допомоги, яка за замовчуванням заборонена (але може бути визнана сумісною за рішенням ЄК), іноземні субсидії не можуть бути заборонені, натомість ЄК уповноважена вживати відповідних заходів із недопущення спотворення конкуренції на внутрішньому ринку ЄС. Згідно зі ст. 6(2) Регламенту 2022/2560 заходи з усунення негативного впливу субсидії визначаються залежно від результатів процедури *balancing test* (Modrall, 2024).

З пресрелізу Єврокомісії щодо надання дозволу на концентрацію *Emirates Telecommunications Group Company PJSC (e&)* та *PPF Telecom Group B.V.* вбачається, що при поглибленому дослідженні цієї справи ЄК:

1) визначила форму надання іноземних субсидій (безлімітну державну гарантію від ОАЕ, а також інші форми субсидій для суверенного фонду ОАЕ, який здійснює контроль над учасником концентрації);

2) встановила, що іноземні субсидії, отримані *e&*, не призвели до фактичного або потенційного негативного впливу на конкуренцію в процесі придбання. *e&* була єдиним претендентом на набуття контролю над *PPF Telecom Group B.V.* і мала достатньо власних ресурсів для здійснення придбання, що відображало ринкову вартість об'єкта, тому іноземні субсидії не вплинули на результат процесу поглинання;

3) також визначила, що іноземні субсидії, отримані *e&* та її материнською компанією – суверенним державним фондом, могли призвести до спотворення конкуренції на внутрішньому ринку ЄС після концентрації. Відповідно до Регламенту 2022/2560 необмежені державні гарантії вважаються такими, що "з найбільшою ймовірністю спотворюють внутрішній ринок", а отже, можуть спотворити діяльність об'єднаного суб'єкта господарювання на внутрішньому ринку ЄС. Отже, іноземні субсидії, які отримували учасники концентрації, штучно покращили б спроможність суб'єкта господарювання, що утворився в результаті концентрації, фінансувати свою діяльність на внутрішньому ринку ЄС, зменшуючи ризики господарської діяльності, збільшуючи можливості для інвестицій в інфраструктуру та розширення спектра радіочастот. За таких умов суб'єкт господарювання, що утворився внаслідок концентрації, мав би кращі конкурентні переваги на ринку ЄС порівняно із суб'єктами господарювання, що не отримували іноземних субсидій;

4) прийняла зобов'язання *e&* та її материнської компанії з внесення змін до статуту *e&* щодо (а) дотримання загальних норм права банкрутства ОАЕ та незастосування безлімітної державної гарантії; (б) недопущення фінансування державним суверенним фондом економічної діяльності на внутрішньому ринку ЄС суб'єкта господарювання, утвореного в результаті концентрації; (в) повідомлення ЄК щодо майбутніх концентрацій за участю *e&*, які не належать до предмета регулювання Регламенту 2022/2560 (*Case FS.100011*, 2024).

5.2. Підходи *ex ante* та *ex post*

Іншим критерієм відмінності Регламенту 2022/2560 та права державної допомоги є момент регуляторної інтервенції (*Bourgeois & Geisel, 2024*).

Право державної допомоги опосередковує підхід *ex ante*, встановлюючи критерії допустимості державної допомоги, порядок нотифікації про надану державну допомогу, врегулювання компенсації витрат на надання послуг, що становлять загальний економічний інтерес.

Натомість Регламент 2022/2560 задіює підхід *ex post*, адже Європейський Союз не має можливості контролювати субсидії, надані третіми країнами, до їх фактичного надання, контроль у цьому випадку здійснюється після того, як субсидія вже надана компаніям, що здійснюють діяльність на території ЄС (*Bourgeois & Geisel, 2024*).

5.3. Складність застосування Регламенту 2022/2560 для ЄК та суб'єктів господарювання

Право державної допомоги є розвинутим та сформованим, створивши чіткі процедури нотифікації для держав-членів, а також детальні пояснення для суб'єктів господарювання, що отримують державну допомогу.

Водночас тягар збору та підготовки інформації про іноземні субсидії покладається на суб'єктів господарювання. Так, Імплементційний Регламент Єврокомісії (ЄС) 2023/1441 від 10 липня 2023 р. про детальні механізми проведення процедур Комісією відповідно до Регламенту (ЄС) 2022/2560 Європейського Парламенту та Ради про іноземні субсидії, що спотворюють внутрішній ринок (*Commission Implementing Regulation, 2023, July 10*), передбачає, що учасники концентрацій/публічних закупівель подають ЄК:

- детальну інформацію про кожний іноземний фінансовий внесок, що дорівнює або перевищує 1 млн євро, наданий учасникам концентрації протягом трьох років, що передували укладенню договору, оголошенню публічного конкурсу або придбанню контрольного пакета акцій;
- інформацію, необхідну для оцінки того, чи можуть іноземні фінансові внески призвести до спотворення внутрішнього ринку ЄС;
- інформацію про можливий позитивний вплив іноземних субсидій.

Більше того, ЄК залишає за собою право вимагати додаткової інформації від суб'єктів господарювання.

Окрім цього, положення Регламенту 2022/2560 породжують деяку правову невизначеність у їх застосуванні. Хоча цей Регламент встановлює порогові значення для повідомлення, ЄК, як вже зазначалося, може ініціювати процедуру *ex officio*, навіть якщо порогові значення не досягнуті. Це створює труднощі для підприємств, оскільки вони не завжди можуть передбачити, чи стане їхня діяльність об'єктом уваги ЄК чи ні. Навіть невеликі субсидії можуть бути об'єктом розслідування, якщо їх сукупний вплив є значним для внутрішнього ринку ЄС.

Це змушує суб'єктів господарювання ретельно відстежувати всі форми державної підтримки, отриманої від третіх країн (*OECD*, 2022).

На відміну від законодавства про державну допомогу, яке регулює підтримку виключно від держав – членів ЄС, Регламент 2022/2560 поширюється на субсидії від третіх країн. Це ускладнює збір інформації для підприємств, оскільки вони не завжди мають доступ до деталей субсидій, наданих іноземними державами.

Регламент 2022/2560 передбачає період зупинення (*standstill*), що означає, що підприємства не можуть завершити концентрацію або виконати договір за результатами публічних закупівель до завершення оцінки іноземних субсидій ЄК. Це може затримати стратегічні угоди, збільшуючи ризики та витрати для бізнесу (*Hornkohl*, 2023).

ЄК також стикається зі значними викликами у використанні цього Регламенту, що ускладнює його застосування порівняно із законодавством про державну допомогу. У сфері державної допомоги ЄК контролює субсидії, надані лише державами – членами ЄС. У випадку іноземних субсидій ЄК повинна моніторити підтримку, надану третіми країнами. Це значно ускладнює збір і перевірку інформації, оскільки треті країни не зобов'язані співпрацювати з ЄК і надавати дані.

Також, на відміну від законодавства про державну допомогу, яке має тривалу історію застосування, Регламент 2022/2560 є новим інструментом. ЄК доведеться розробляти нові підходи до оцінки субсидій, визначення їх впливу та застосування санкцій.

5.4. Наслідки недотримання вимог Регламенту 2022/2560 та законодавства про державну допомогу

Невиконання положень Регламенту 2022/2560 та законодавства про державну допомогу тягне за собою різні санкції, спрямовані на усунення негативного впливу іноземних субсидій або державної допомоги на конкуренцію на внутрішньому ринку ЄС.

Суб'єкти господарювання, які не повідомляють Єврокомісії про іноземні субсидії або не дотримуються інших вимог Регламенту 2022/2560, можуть зіткнутися з такими наслідками (*Regulation (EU) 2022/2560*, 2022):

штрафи за порушення процедур повідомлення – якщо суб'єкт не надає повідомлення про концентрацію чи участь у державних закупівлях, що перевищують порогові значення, ЄК має право накладити штраф. Розмір штрафу може досягати 10% від загального річного обороту підприємства;

пеня за затримку – у випадку ненадання інформації у визначений термін або надання неповної або неправдивої інформації може нараховуватися пеня за кожен день прострочення.

Крім того, ЄК має право накладити компенсаційні заходи для усунення спотворення конкуренції у вигляді заборони концентрації, скасування угод, зобов'язання повернення субсидії, продажу певних активів, обмеження діяльності або обов'язку розкриття додаткової інформації.

У випадку порушення правил про державну допомогу основна відповідальність покладається на держави-члени, які надали допомогу, що суперечить положенням ст. 107(1) ДФЄС.

Якщо ЄК визнає допомогу незаконною (наприклад без попереднього повідомлення або схвалення), держава-член зобов'язана вимагати від підприємства повернення отриманих коштів. Повернення включає основну суму допомоги та відсотки, нараховані з моменту її отримання.

Якщо ж держава-член не виконує рішення ЄК про повернення допомоги, Єврокомісія може звернутися до Суду ЄС, який має право накласти штрафи на таку державу.

Отже, головна відмінність у разі недотримання конкурентного законодавства ЄС полягає у тому, що в положеннях Регламенту 2022/2560 тягар відповідальності за спотворення конкуренції покладається на суб'єктів господарювання, які використовували іноземні субсидії, а у законодавстві про державну допомогу такий тягар несе держава-член за надання спотворюючої допомоги.

Висновки

Захист внутрішнього ринку та забезпечення рівних умов для конкуренції – це важливі завдання, які ставить перед собою Регламент 2022/2560. Незважаючи на часткове запозичення принципів із права ЄС про державну допомогу цей Регламент демонструє суттєві відмінності, що свідчить про те, що він не являє собою прямого продовження або адаптації правил державної допомоги по відношенню до третіх країн.

У частині визначення іноземних субсидій Регламент 2022/2560 поступається чіткості та суворості підходу законодавства про державну допомогу. Водночас у процедурах оцінки впливу субсидій на ринок, застосуванні *balancing test* та інших процедурних аспектах Регламент 2022/2560 має ширший і складніший підхід, ніж чинне законодавство про державну допомогу, що діє на внутрішньому ринку ЄС. Це створює додаткові виклики для міжнародної торгівлі й обмежує можливості гармонізації контролю за субсидіями.

Альтернативний підхід до узгодження правил для внутрішніх і зовнішніх субсидій міг би бути досягнутий за допомогою правового інструменту, який передбачав би обов'язкове повідомлення про іноземні субсидії, які перевищують встановлений поріг, із подальшою їх оцінкою відповідно до принципів, застосовуваних до державної допомоги в ЄС. У разі виявлення порушень могли б застосовуватися компенсаційні заходи.

Однак наразі Регламент 2022/2560 через свої відмінності не зможе забезпечити повної узгодженості із законодавством ЄС про державну допомогу. Навіть інструмент *ex officio*, який дозволяє розпочинати розслідування без подання скарги, не компенсує ці прогалини, не кажучи вже про два інструменти, що ґрунтуються на обов'язкових повідомленнях.

Поки залишається сподіватися, що майбутні керівні роз'яснення з боку ЄК та судова практика внесуть ясність і сприятимуть більшому узгодженню з правом ЄС про державну допомогу. Наразі ж Регламент 2022/2560 і правила ЄС про державну допомогу залишаються радше паралельними, ніж взаємодоповнюючими механізмами.

Правова природа Регламенту 2022/2560 є складною, адже його положення поєднують як підходи права державної допомоги, так і інструментів зовнішньої торговельної політики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

Akritidis, V., & Blancardi, J. B. (2023). Analysis Of The Foreign Subsidies Regulation From An International Trade Law Perspective On Trade In Goods. *Global Trade and Customs Journal*, 10(18), 380–383.

Bailey, D., & John, L. E. (Eds.). (2018). *Bellamy & Child: European Union law of competition*. (8th ed.). Oxford University Press.

Blockx, J. P., & Mattiolo, P. (2023). The Foreign Subsidies Regulation: Calling Foul While Upping the Ante? *European Foreign Affairs Review*, SI, (28), 53–74. <https://doi.org/10.54648/eerr2023014>

Bourgeois, K., & Geisel, B. (2024). Interview about the Foreign Subsidies Regulation with Eddy de Smijter, head of the European Commission's International Relations Unit within DG Competition. *Global Trade and Customs Journal*, 19(4), 210–215.

Crochet, V., & Gustafsson, M. (2021). Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law. *World Trade Review*, 20(3), 343–366.

Draghi, M. (2024). The future of European competitiveness (Part B). *European Commission*. <https://commission.europa.eu/>

European Commission. (2020, June 17). *White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies (COM 253 final)*. https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf

Emirates Telecommunications Group / PPF Telecom Group. Case FS.100011 (2024, September 24). European Commission. <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/FS.100011>

Frank, M. (2023). The EU's new Foreign Subsidy Regulation on collision course with the WTO. *Common Market Law Review*, 60(4), 925–958. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/60.4/COLA2023070>

Hofmann, H. C. H. (2016). State aid review in a multi-level system: Motivations for aid, why control it, and the evolution of state aid law in the EU. In H. Hofmann & C. Micheau (Eds.), *State aid law of the European Union*, 3–6. 1st edn.

Hornkohl, L. (2023). Protecting the internal market from subsidisation with the EU state aid regime and the foreign subsidies regulation: Two sides of the same coin? *Journal of European Competition Law & Practice*, 14(3), 137–151. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad005>

Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, Case C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21 (1991). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61990CJ0041>

Malte, F. (2023). The EU's new Foreign Subsidy Regulation on collision course with the WTO. *Common Market Law Review*, 4(60), 925–958.

Modrall, J. (2024, August 21). *EU Commission expands foreign subsidies guidance*. Kluwer Competition Law Blog. <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/08/21/eu-commission-expands-foreign-subsidies-guidance/>

OECD. (2022). Subsidies, Competition and Trade, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 289. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/57a34bc6-en>

Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market. (2022, December 14). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2560>

Smyrnova, K. (2023). Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Grundsätze und Werte des fairen Wettbewerbs in der freien Marktwirtschaft in der EU und Assoziierungsabkommen mit der Ukraine, der Republik Moldau und Georgien. In S. Lorenzmeier, R. Petrov, & C. Vedder (Eds.), *Recht der EU-Außenbeziehungen*, 227–244. Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-39514-7_10

Smyrnova, K. (2023). Europeanisation of competition law: principles and values of fair competition in the free market economy in the EU and association agreements with Ukraine, the Republic of Moldova and Georgia. In S. Lorenzmeier, R. Petrov, & C. Vedder (Eds.), *Law of EU external relations*, 227–244. Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-39514-7_10

Smyrnova, K., & Veselovskyi, B. (2022). Candidate countries: Ukraine: Current jurisprudence in cases of state aid: Quo vadis or Europeanisation in action. *European State Aid Law Quarterly*, 21(2), 210–213. <https://doi.org/10.21552/estal/2022/2/16>

Stas, K., & Geisel, B. (2023). The Foreign Subsidies Regulation of the European Union: A New Instrument Levelling the Playing Field? *Global Trade and Customs Journal*, 10(18), 360–371. <https://doi.org/10.54648/gtcj2023045>

Völk v. Vervaecke, Case 5/69, [1969] ECR 295 (1969). European Court of Justice. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0005>

Werner, P., & Verouden, V. (2017). Introduction – The Law and Economics of EU State Aid Control, Chapter 1. In Philipp Werner & Vincent Verouden (Eds.), *EU State Aid Control: Law and Economics* (pp. 7–41). 1st edn. Wolters Kluwer.

Осика, С. Г., Бакалінська, О. О., & Пятницький, В. Т. (2019). *Право Світової організації торгівлі – трижиль міжнародного торговельно-економічного права* (Т. 1). Київський національний торговельно-економічний університет.

Osyka, S. H., Bakalinska, O. O., & Piatnytskyi, V. T. (2019). *The Law of the World Trade Organization – the core of International Trade and Economic Law* (Vol. 1). Kyiv National University of Trade and Economics.

Commission Implementing Regulation (EU) 2023/1441 of 10 July 2023 on detailed arrangements for the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (2023). https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2023/1441/oj

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Вовченко О. Правова природа механізму регламенту ЄС про іноземні субсидії. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 51–68. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)04](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)04)

Надійшла до редакції 11.11.2024.

Прийнято до друку 22.11.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(137)05
УДК 342.565.4:330.131.5

ДОБРЯНСЬКА Наталія,
к. ю. н., доцент, доцент кафедри державно-
правових і гуманітарних наук
навчально-наукового інституту
Таврійського національного університету
імені В. І. Вернадського
вул. Джона Маккейна, 33, м. Київ, 01042, Україна
dobrianska.nataliia@tnu.edu.ua

DOBRIANSKA Nataliia,
PhD (Law), Associate professor,
Associate professor at the Department
of State, Legal and Humanitarian Sciences
of Educational and Scientific Institute
V. I. Vernadsky Taurida National University
33, John McCain St., Kyiv, 01042, Ukraine
ORCID: 0000-0002-6319-0409

ШКЕЛЕБЕЙ Олександр,
спеціаліст, аспірант кафедри державно-
правових і гуманітарних наук
Таврійського національного університету
імені В. І. Вернадського
вул. Джона Маккейна, 33, м. Київ, 01042, Україна
df08100823@tnu.edu.ua

SHKELEBEI Oleksandr,
Full Higher Education, Postgraduate Student
at the Department of State, Legal and
Humanitarian Sciences
V. I. Vernadsky Taurida National University
33, John McCain St., Kyiv, 01042, Ukraine
ORCID: 0009-0009-5050-5342

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ

Розглянуто теоретико-правові та прикладні аспекти проблеми забезпечення ефективності судового контролю крізь призму допустимих меж його здійснення. Актуальність цього дослідження зумовлена тим, що на тлі зростання ролі адміністративного судочинства в аспекті становлення демократичних засад суспільства виникає потреба у підвищенні ефективності захисту прав, свобод та інтересів особи у публічно-правових відносинах із суб'єктами владних повноважень. Показник такої ефективності має вирішальне значення для формування довіри суспільства до інститутів публічної влади й упевненості в можливості отримання повного і всебічного захисту прав та інтересів у суді у разі виникнення спору із суб'єктом владних повноважень. В основу цього дослідження покладено гіпотезу про те, що критеріями ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві є поновлення порушених прав особи, якщо таке поновлення є можливим, або забезпечення компенсації заподіяної таким порушенням шкоди, а також недопущення або мінімізація можливості здійснення порушення

ENSURING THE EFFECTIVENESS OF JUDICIAL CONTROL

The theoretical, legal and applied aspects of the problem of ensuring the effectiveness of judicial control through the prism of the permissible limits of its implementation are considered. The relevance of this study is due to the fact that in the context of the growing role of administrative justice in the aspect of the formation of the democratic foundations of society, there is a need to increase the effectiveness of protecting the rights, freedoms and interests of the individual in public-legal relations with subjects of power. The indicator of such efficiency is of crucial importance for the formation of public trust in the institutions of public authority and confidence in the possibility of obtaining full and comprehensive protection of rights and interests in court in the event of a dispute with a subject of authority. The basis of this study is the hypothesis that the criteria for the effectiveness of judicial control in administrative proceedings are the restoration of the violated rights of a person, if such restoration is possible, or the provision of compensation for the damage caused by such a violation, as well as the prevention or minimization



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

цих же прав та інтересів осіб суб'єктом владних повноважень у майбутньому. Крім того, висловлено припущення про те, що головним показником ефективності адміністративного судочинства є високий рівень довіри до судової влади зокрема та держави в цілому, оскільки особливістю адміністративного судочинства є те, що саме адміністративні суди покликані здійснювати захист прав і свобод суб'єкта приватного права у публічно-правових спорах або захищати суспільно значущі інтереси. Для перевірки та підтвердження висунутої гіпотези застосовано низку методів загально-правового та спеціально-юридичного характеру. За допомогою таких методів, як ґносеологічний, аналітичний, дедукції та індукції, формально-юридичний та ін., досліджено й узагальнено підходи науковців у цій сфері. Використовуючи порівняльно-правовий метод, зіставлено теоретичні результати і процесуально-правові механізми досягнення ефективності судового контролю. На підставі цього зіставлення підтверджено висунуту на початку дослідження гіпотезу.

Ключові слова: ефективність, адміністративне судочинство, межі судового контролю, публічно-правовий спір, захист прав та інтересів.

JEL Classification: K41.

of the possibility of violating the same rights and interests of persons by a subject of government authority in the future. The author also suggested that the main indicator of the effectiveness of administrative proceedings is a high level of trust in the judiciary in particular and the state as a whole, since a feature of administrative proceedings is that it is administrative courts that are called upon to protect the rights and freedoms of a subject of private law in public – legal disputes or to protect socially significant interests. In order to verify and confirm the proposed hypothesis, the author applied a number of methods of a general legal and special legal nature. With the help of such methods as epistemological, analytical, deduction and induction, formal-legal, etc., the approaches of scientists in this field were investigated and summarized. Using the comparative legal method, the theoretical results and procedural legal mechanisms for achieving the effectiveness of judicial control were compared. Based on this comparison, the hypothesis put forward at the beginning of the study was confirmed.

Keywords: effectiveness, administrative proceedings, limits of judicial control, public legal dispute, protection of rights and interests.

Вступ

Актуальність цієї теми дослідження зумовлена важливістю тієї ролі, яку відіграє адміністративне судочинство в демократичному суспільстві. Забезпечення ефективного захисту прав, свобод та інтересів особи у публічно-правових відносинах із суб'єктом владних повноважень є запорукою підвищення довіри до судової влади зокрема та державної влади в цілому. Для забезпечення такої ефективності законодавством України передбачено різні процесуально-правові механізми, починаючи з покладення обов'язку доказування правомірності спірних рішень, дій або бездіяльності на суб'єкта владних повноважень та закінчуючи можливістю встановлення судового контролю за виконанням судового рішення в адміністративній справі, що набрало законної сили. Водночас, з огляду на визначені у процесуальному законодавстві межі здійснення судового контролю в адміністративному судочинстві, в окремих випадках може виникнути проблема щодо забезпечення ефективності судового захисту. Вирішення цієї прикладної проблеми викликає необхідність проведення наукового дослідження питання забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві.

Проблемам ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві присвячено чимало наукових праць таких вчених, як Я. О. Берназюк, В. В. Борякіна, А. А. Волошинов, В. В. Гордєєв, О. Іванченко, Ю. М. Коломієць та ін. Деякі з цих науковців (зокрема Я. О. Берназюк, О. Іванченко та ін.) досліджували систему критеріїв оцінювання ефективності судового захисту прав, свобод та інтересів особи

в публічно-правових спорах. Інші науковці (наприклад В. В. Борякіна та ін.) вивчали лише окремі аспекти ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві.

При цьому огляд наявних наукових праць з цієї проблематики свідчить, що недостатньо дослідженими у науці права залишаються питання щодо способів досягнення високої ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві з одночасним дотриманням встановлених адміністративним процесуальним законодавством меж його здійснення.

Мета цієї статті полягає у визначенні проблемних питань забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві крізь призму встановлених меж його здійснення. Для реалізації цієї мети виконані такі завдання: визначено критерії ефективності та межі судового контролю в адміністративному судочинстві; окреслено процесуально-правовий механізм забезпечення судового контролю в адміністративному судочинстві; виявлено проблеми досягнення ефективності захисту прав, свобод та інтересів особи в адміністративному судочинстві.

В основу дослідження покладено гіпотезу про те, що визначені національним законодавством межі здійснення судового контролю за певних умов можуть знижувати ефективність поновлення у правах осіб, які звертаються до адміністративних судів за захистом. Також висловлено припущення про те, що основними критеріями ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві є повне поновлення порушених прав особи, якщо це можливо, або забезпечення компенсації заподіяної таким порушенням шкоди, а також недопущення або мінімізація можливості здійснення порушення цих же прав та інтересів осіб суб'єктом владних повноважень у майбутньому. Водночас головним показником ефективності адміністративного судочинства є високий рівень довіри до судової влади зокрема та держави в цілому.

Для перевірки та підтвердження висунутої гіпотези автор використав низку загальноправових та спеціально-юридичних методів.

Інформаційною базою дослідження стали наукові праці вітчизняних вчених, норми Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), а також судові рішення Верховного Суду, в яких викладалася правова позиція стосовно ефективності судового захисту порушених прав, свобод або інтересів особи.

Перевірка гіпотези на підставі окресленої методології дослідження проводилася у три етапи. На першому за допомогою гносеологічного, аналітичного, методів дедукції та індукції, формально-юридичного та інших методів досліджено й узагальнено підходи науковців у цій галузі та сформульовано висновки стосовно критеріїв, за якими необхідно оцінювати ефективність судового контролю в адміністративному судочинстві. На цьому ж етапі охарактеризовано межі судового контролю в адміністративному судочинстві. На другому етапі, використовуючи

аналітичні методи та порівняльно-правовий метод, зіставлено теоретичні результати з наявними в КАС України процесуально-правовими механізмами для досягнення ефективності судового контролю. На завершальному етапі за допомогою порівняльно-правових методів та методів правового прогнозування виявлено проблеми забезпечення ефективності судового контролю.

Для досягнення поставленої мети та завдань цієї статті її поділено на три частини, кожна з яких присвячена розкриттю окремих питань, що в комплексі зумовлюють цілісність та ґрунтовність дослідження проблем забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві крізь призму визначених меж його здійснення.

У першій частині дослідження визначаються критерії ефективності та межі судового контролю в адміністративному судочинстві, в ній досліджуються наукові підходи до вирішення цього питання та робиться висновок щодо їх переліку.

У другій висвітлюється визначений національним законодавством процесуально-правовий механізм забезпечення судового контролю в адміністративному судочинстві, зокрема на підставі аналізу положень КАС України, а також наукових підходів у цій сфері.

Третя, завершальна частина, присвячена виявленню проблемних аспектів забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві з огляду на визначені межі його здійснення.

1. Критерії ефективності та межі судового контролю в адміністративному судочинстві

Одним із ключових питань, дослідження якого дасть змогу розкрити основні проблеми забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві, є питання щодо власне критеріїв такої ефективності.

Зокрема, право на ефективний захист прав і свобод закріплено у ст. 13 Конвенції про захист прав та основоположних свобод (1950, 4 листопада) (далі – Конвенція), відповідно до якої кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб правового захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

Водночас у цій нормі не окреслено критерії, за яких засоби правового захисту порушених прав та свобод вважаються ефективними. З огляду на це звернемося до теоретичних розробок у цій сфері.

Науковець Іванченко (2017, с. 222) під критеріями оцінювання ефективності діяльності адміністративних судів пропонує розуміти постійні величини, які уособлюють оптимальні умови, за яких досягається мета діяльності адміністративних судів, певні стандарти якості функціонування системи цих органів.

Керуючись таким підходом, важливо визначити мету та завдання адміністративного судочинства, закладені в КАС України (2005, 6 липня). Такими згідно зі ст. 2 визнаються справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

З огляду на положення вищенаведеної норми КАС України доцільно назвати три показники, за допомогою яких можна оцінити ефективне поновлення у правах, а саме: справедливість, неупередженість та своєчасність. Ці процесуальні вимоги, головним чином, відображають те, в якій мірі адміністративний суд є неупередженим під час вирішення кожного конкретного спору, справедливим, тобто таким, рішення якого ґрунтуються передусім на засадах верховенства права та приймаються протягом розумного строку або строку, визначеного в КАС України.

Стосовно справедливого й ефективного поновлення в правах Конституційний Суд України у своєму Рішенні № 3-рп/2003 (2003, 30 січня) зазначив, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, якщо воно відповідає вимогам справедливості та забезпечує ефективне поновлення в правах, що відображено у Конвенції та інших міжнародних актах.

У науковій літературі (Коломієць & Волошинов, 2016, с. 151) зазначається, що досягнення мети адміністративного судочинства як критерій його ефективності означає насамперед усунення між сторонами правового конфлікту й остаточне вирішення (припинення) публічно-правового спору та застосування ефективного способу захисту (відновлення) порушеного права, адекватного спірним матеріальним правовідносинам сторін і конкретним обставинам справи.

Крім досягнення мети та завдань адміністративного судочинства на засадах справедливості та неупередженості, показником ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві є також своєчасність.

Досліджуючи принцип оперативності в аспекті ефективності здійснення адміністративного судочинства, Борякіна (2019, с. 83) звертає увагу, що адміністративне судочинство має бути не стільки економним, скільки оптимальним, що означає оптимальне збалансування своєчасності, тобто дотримання розумних строків, принципу процесуальної економії одночасно із повнотою, всебічністю дослідження обставин справи. На цій підставі вчена робить висновок про нерозривну взаємодію ефективності й економічності адміністративного провадження, а також про те, що принцип процесуальної економії є одним з ефективних механізмів регулювання судових процедур.

В аспекті цього дослідження важливо також встановити межі судового контролю, визначені процесуальним законодавством. Зокрема, критерії, на відповідність яким адміністративний суд перевіряє спірні рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, визначені ч. 2 ст. 2 КАС України.

Тобто поза межами цих критеріїв адміністративний суд не уповноважений втручатися у діяльність суб'єктів владних повноважень, зокрема зобов'язувати їх вчинити певну дію або прийняти конкретне рішення, якщо це є втручанням у дискреційні або виключні повноваження суб'єкта владних повноважень, оцінювати такі рішення або дії на предмет їх доцільності, економічної або іншої ефективності тощо.

2. Процесуально-правовий механізм забезпечення судового контролю в адміністративному судочинстві

Положеннями КАС України передбачено низку гарантій, що є частиною процесуально-правового механізму забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві.

У науковій літературі (Гордєєв & Гураленко, 2021, с. 116) такі гарантії називають особливостями адміністративного судочинства, до яких, зокрема, належать: особливості доказування, строк звернення до суду, розподіл судових витрат, особливий розгляд адміністративної справи незначної складності, типової та зразкової справи, наявність письмового або ж скороченого провадження, розмір судового збору, особливості провадження окремих категорій адміністративних справ, судовий контроль, право позивача подати до суду заяву про визнання протиправними рішень, дій чи бездіяльності, вчинених суб'єктом владних повноважень – відповідачем на виконання такого рішення суду тощо.

Крім того, аналіз положень КАС України дає підстави виділити такі гарантії ефективності захисту порушених прав, свобод або інтересів особи в публічних правовідносинах із суб'єктом владних повноважень: визначеність серед завдань адміністративного судочинства саме ефективного захисту прав, свобод та інтересів особи (ст. 2); визначення граничних строків розгляду адміністративної справи у судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій, а також запровадження поняття розумного строку (ст. 4), принципу процесуальної економії (ст. 45); необмеженість обрання адміністративним судом способів захисту порушених прав, свобод чи інтересів (ч. 2 ст. 5); дія принципу верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 6), що також надає суду право не застосовувати акт, що суперечить Конституції України, а застосовувати норми останньої як норми прямої дії з одночасним зверненням до Верховного Суду для вирішення питання про звернення до Конституційного Суду України з конституційним поданням (ст. 7); обов'язковість судових рішень та забезпечення їх виконання за допомогою судового контролю (ст. 14, 370 та 382) тощо.

Ці та інші процесуально-правові гарантії забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві обумовлюють особливості останнього, про які неодноразово наголошувалося у судовій практиці.

Зокрема, у постанові від 25 жовтня 2022 р. у справі № 200/13288/21 Верховний Суд на підставі ґрунтовного аналізу положень КАС України дійшов висновку, що КАС України орієнтує відповідачів (суб'єктів владних повноважень) забезпечувати ефективний захист прав і свобод до моменту ініціювання особою судового провадження, про що свідчить, зокрема, положення ч. 2 ст. 17 КАС України, зі змісту яких вбачається, що особи, які порушили права і законні інтереси інших осіб, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення позову (Постанова Верховного Суду, 2022).

Звідси обґрунтованим видається висновок Берназюка (2022, с. 139) про те, що ефективно працююча система суб'єктів владних повноважень є тим механізмом, який ефективно захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права й інтереси юридичних осіб, що мінімізує можливість виникнення спорів у публічно-правовій сфері та, відповідно, робить непотрібним звернення до адміністративного суду.

3. Проблеми досягнення ефективності захисту прав, свобод та інтересів особи в адміністративному судочинстві

Попри існування досить дієвих процесуально-правових механізмів забезпечення ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві, на практиці виникають певні проблеми у цій сфері, пов'язані передусім із деякою конкуренцією вимоги ефективності та такими принципами адміністративного судочинства, як офіційність з'ясування всіх обставин справи (певним чином суперечить принципу процесуальної економії), змагальність (вступає у суперечність з покладенням обов'язку доказування, головним чином, на суб'єкта владних повноважень), недопустимість втручання адміністративного суду в дискреційні повноваження суб'єкта владних повноважень (що певним чином обмежує можливості суду в поновленні у правах) та ін.

Ці суперечності на практиці вирішуються адміністративними судами за допомогою досягнення оптимального балансу між приватними правами та інтересами особи й інтересами публічними з урахуванням конкретних обставин у кожній адміністративній справі.

Крім того, норми КАС України містять певні виключення, за наявності яких допускається вихід суду за межі вимог позову, апеляційної чи касаційної скарги (ч. 2 ст. 9), а також випадки, які можуть слугувати підставою для ухвалення адміністративним судом рішення про зобов'язання суб'єкта владних повноважень здійснити конкретну дію або ухвалити конкретне рішення, що не буде вважатися втручанням у дискреційні повноваження відповідача (ст. 245).

Наприклад, у справі № 852/2а-1/24 Верховний Суд вирішував питання обґрунтованості зупинення ухвалою суду апеляційної інстанції провадження у справі з огляду на введення в Україні правового режиму

воєнного стану. У постанові від 25 квітня 2024 р. Верховний Суд дійшов висновку про те, що необґрунтоване зупинення провадження у справі може призвести до затягування строків її розгляду й перебування учасників справи у стані невизначеності, що покладає на національні суди обов'язок здійснити швидкий та ефективний розгляд справи упродовж розумного строку (Постанова Верховного Суду, 2024).

Це означає, що адміністративні суди намагаються на практиці досягти оптимального балансу між протиріччями у принципах адміністративного судочинства та вирішувати питання на користь ефективності судового захисту, проте таким чином, щоб це не заподіяло шкоду іншим засадам.

Висновки

Головним показником ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві є високий рівень довіри до держави в цілому та судової влади зокрема, оскільки саме цей вид контролю спонукає суб'єктів владних повноважень діяти добросовісно, не порушувати права та інтереси осіб, а у разі, якщо таке порушення сталося – поновлювати порушені права або мінімізувати негативні наслідки.

Критеріями ефективності судового контролю в адміністративному судочинстві є справедливе, неупереджене та своєчасне досягнення мети та завдань адміністративного судочинства на засадах верховенства права. Встановлення меж судового контролю може певною мірою знижувати його ефективність, проте слугує важливим стримуючим фактором у контексті поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову.

У практиці адміністративних судів склався сталий підхід, відповідно до якого, з урахуванням конкретних обставин справи та на підставі оптимального балансу між приватними правами особи і публічними інтересами, перевага надається ефективному поновленню у правах, для чого у КАС України є спеціальні процесуальні механізми.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

Берназюк, Я. О. (2022). Критерії ефективності судового захисту прав, свобод та інтересів особи у публічно-правових спорах. <i>Право і суспільство</i> , (3), 136–141.	Bernaziuk, Ya. O. (2022). Criteria for the effectiveness of judicial protection of the rights, freedoms and interests of a person in public legal disputes. <i>Law and society</i> , (3), 136–141.
Борякіна, В. В. (2019). Принцип оперативності в аспекті ефективності здійснення адміністративного судочинства. <i>Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Право</i> , (26), 82–84.	Boriakina, V. V. (2019). The principle of efficiency in the aspect of the effectiveness of administrative proceedings. <i>Bulletin of the V. N. Karazin Kharkiv National University. Series: Law</i> , (26), 82–84.
Гордєєв, В. В., & Гураленко, Н. А. (2021). Основні особливості адміністративного судочинства. <i>Держава та регіони. Серія: Право</i> , 4(74), 112–117.	Gordieiev, V. V., & Guralenko, N. A. (2021). Main features of administrative proceedings. <i>State and regions. Series: Law</i> , 4(74), 112–117.

Іванченко, О. (2017). Система критеріїв оцінювання ефективності діяльності судів під час надання судових послуг. <i>Підприємництво, господарство і право</i> , (11), 222–225.	Ivanchenko, O. (2017). System of criteria for evaluating the effectiveness of courts during the provision of court services. <i>Entrepreneurship, economy and law</i> , (11), 222–225.
Кодекс адміністративного судочинства України № 2747-IV (2005, 6 липня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text	Administrative Judicial Code of Ukraine No. 2747-IV (July 6, 2005). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text
Коломієць, Ю. М., & Волошинов, А. А. (2016). Деякі проблеми забезпечення ефективності адміністративного судочинства. <i>Роль та місце правоохоронних органів у розбудові демократичної правової держави</i> (с. 150–152). Одеса.	Kolomiets, Yu. M., & Voloshynov A. A. (2016). Some problems of ensuring the effectiveness of administrative proceedings. <i>The role and place of law enforcement agencies in the development of a democratic legal state</i> (pp. 150–152). Odesa.
Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами). (1950, 4 листопада). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (with additional protocols) (November 4, 1950). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
Постанова Верховного Суду у справі № 200/13288/21 (2022, 25 жовтня). https://reyestr.court.gov.ua/Review/106939906	Resolution of the Supreme Court No. 200/13288/21 (October 25, 2022). https://reyestr.court.gov.ua/Review/106939906
Постанова Верховного Суду у справі № 852/2а-1/24 (2024, 25 квітня). https://reyestr.court.gov.ua/Review/118633929	Resolution of the Supreme Court No. 852/2a-1/24 (April 25, 2024). https://reyestr.court.gov.ua/Review/118633929
Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2003 (2003, 30 січня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text	Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 3-rp/2003 (January 30, 2003). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text

Конфлікт інтересів. Автори заявляють, що вони не мають фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не мають відносин із державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору.

Автори не отримували прямого фінансування для цього дослідження.

Добрянська Н., Шкелебей О. Забезпечення ефективності судового контролю. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 69–77. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)05](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)05)

Надійшла до редакції 03.07.2024.

Прийнято до друку 17.07.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

МЕЛЬНИЧЕНКО Руслан,

к. ю. н, доцент, в. о. завідувача кафедри
 правового забезпечення безпеки бізнесу
 Державного торговельно-економічного
 університету
 вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
r.melnychenko@knu.edu.ua

MELNYCHENKO Ruslan,

PhD (Law), Associate Professor,
 Acting Head of the Department of Legal
 Support of Business Security
 State University of Trade and Economics
 19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
 ORCID: 0000-0002-9562-6983

**ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТЯГНЕННЯ
 АКТИВІВ ПІДСАНКЦІЙНИХ ОСІБ**

Повномасштабне вторгнення російської федерації в Україну призвело до запровадження щодо агресора санкцій з боку низки країн світу. Зокрема, застосування санкцій торкнулось як фізичних, так і юридичних осіб, пов'язаних з агресором. Ці санкції містять заморожування активів, що належать таким особам та компаніям, а Україна, як держава, що зазнала значних руйнувань і людських втрат внаслідок російської агресії, має законні підстави для стягнення та подальшого управління цими активами. Правове регулювання управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні є новим і таким, що динамічно розвивається. Водночас існують суттєві прогалини в законодавстві, що зумовлюють ризики незаконного вилучення, неефективного використання та розкрадання цих активів. Метою дослідження є комплексний аналіз правового регулювання стягнення, конфіскації та вилучення активів підсанкційних осіб та активів, що належать російській федерації, а також визначення проблемних питань і розробка рекомендацій щодо їх вирішення. У ході дослідження використано такі методи, як аналіз чинного законодавства України та міжнародного досвіду управління стягнутими активами підсанкційних осіб, систематизація й узагальнення судової практики та порівняльно-правовий аналіз. Наукова новизна дослідження полягає у комплексному і системному підході до аналізу правових аспектів управління Україною стягнутими активами підсанкційних осіб, а також у розробці практичних рекомендацій щодо вдосконалення правового регулювання цієї сфери. Згідно з проведеним дослідженням основними проблемами у сфері управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні є недосконалість законодавчого регулювання (відсутність чіткого визначення правового статусу стягнутих активів, недоліки у процедурах стягнення та конфіскації активів, що можуть призвести до їх оскарження в майбутньому, недостатньо врегульований механізм захисту прав власності юридичних осіб, чия власність конфіскується). Також значними проблемами у сфері управління стягнутими активами

**LEGAL ASPECTS OF ASSET RECOVERY
 OF SANCTIONED PERSONS**

The russia's full-scale invasion of Ukraine has resulted in the introduction of sanctions against the aggressor by numerous countries worldwide. In particular, the application of sanctions has affected both individual and legal entities associated with the aggressor. These sanctions include the freezing of assets belonging to such individuals and companies, and Ukraine, as a state that has suffered significant destruction and human losses due to russian aggression, has legitimate grounds for foreclosing and further managing these assets. The legal regulation of managing foreclosed assets of sanctioned persons in Ukraine is new and dynamically evolving. At the same time, there are significant gaps in the legislation that lead to the risks of illegal seizure, inefficient use, and embezzlement of these assets. The purpose of this study is to comprehensively analyze the legal regulation of recovery, foreclosing and seizure of assets of sanctioned persons and assets belonging to the russian federation, as well as to identify problematic issues and develop recommendations for their resolution. The research used such methods as the analysis of current Ukrainian legislation and international experience in managing foreclosed assets of sanctioned persons, systematization and generalization of judicial practice, and comparative legal analysis. The scientific novelty of the research lies in a comprehensive and systematic approach to analyzing the legal aspects of managing foreclosed assets of sanctioned persons by Ukraine, as well as in developing practical recommendations for improving the legal regulation of this sphere. According to the study, the main problems in the management of foreclosed assets of sanctioned persons in Ukraine are the imperfection of legislative regulation (lack of a clear definition of the legal status of foreclosed assets, shortcomings in the procedures for recovery and confiscation of assets that may lead to their appeal in the future, insufficiently regulated mechanism for protecting the property rights of legal entities whose property is confiscated). Other significant problems in the management of foreclosed assets of sanctioned persons are: the lack of transparent and effective



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

підсанкційних осіб є відсутність прозорих та ефективних процедур управління стягнутими активами, прогалини у співпраці з іншими країнами щодо питань стягнення й управління активами, потенційні ризики оскарження рішень про стягнення до міжнародних судів через невідповідність термінів подання відзивів та апеляційних скарг міжнародним стандартам. На основі виявлених у дослідженні проблем можна запропонувати практичні рекомендації щодо вдосконалення правового регулювання сфери управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні. Варто здійснити кодифікацію законодавства у цій сфері – прийняти окремий закон, який би комплексно та системно регулював питання стягнення, правового статусу й управління активами підсанкційних осіб; чітко визначити у законодавстві правовий статус стягнутих активів, порядок їх обліку, зберігання та розпорядження ними; розробити та законодавчо закріпити прозорі процедури управління стягнутими активами на всіх етапах – від прийняття рішень до реалізації майна; запровадити обов'язкову публічну звітність суб'єктів управління про використання стягнутих активів; створити єдину автоматизовану базу даних стягнутих активів із зазначенням їх статусу, розміру, власників тощо; налагодити міжнародну співпрацю й обмін досвідом з іншими країнами щодо управління стягнутими активами; забезпечити прозорість використання коштів від реалізації стягнутих активів, зокрема на цілі відновлення України та компенсацію збитків від війни. Результати дослідження можуть бути використані для вдосконалення законодавства України щодо управління стягнутими активами підсанкційних осіб, розробки прозорих і підзвітних механізмів управління цими активами, а також забезпечення співпраці між державними органами та громадянським суспільством у цій сфері, іноземними країнами тощо.

Ключові слова: конфісковані активи, управління активами, правове регулювання, підсанкційні особи.

JEL Classification: K11, K14, K39.

Вступ

Війна росії проти України призвела до безпрецедентних санкцій зі сторони низки країн світу щодо російських та білоруських фізичних і юридичних осіб, пов'язаних з агресором. Ці санкції містять заморожування активів, що належать таким особам та компаніям.

Україна, як держава, що зазнала найбільших руйнувань і людських втрат внаслідок російської агресії, має законні підстави для стягнення та подальшого управління цими активами. Актуальність дослідження зумовлена новизною та динамічністю правового регулювання управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні. Існують суттєві прогалини в законодавстві, що зумовлюють ризики неефективного використання та розкрадання цих активів.

procedures for managing foreclosed assets, gaps in cooperation with other countries on issues of seizure and asset management, potential risks of appealing foreclosing decisions in international courts due to non-compliance of the deadlines for submitting reviews and appeals with international standards. Based on the problems identified in the study, the following practical recommendations can be offered to improve the legal regulation of the management of foreclosed assets of sanctioned persons in Ukraine. It is worth codifying the legislation in this area – adopting a separate law that would comprehensively and systematically regulate the issues of foreclosing, legal status and management of assets of sanctioned persons; clearly defining in the legislation the legal status of foreclosed assets, the procedure for their accounting, storage and disposal; developing and legally enshrining transparent procedures for managing foreclosed assets at all stages – from decision-making to the sale of property; introducing mandatory public reporting by management entities on the use of foreclosed assets; creating a unified automated database of foreclosed assets, indicating their status, size, owners, etc.; establishing international cooperation and exchange of experience with other countries on the management of foreclosed assets.; ensuring transparency in the use of funds from the sale of foreclosed assets, in particular for the purposes of restoring Ukraine and compensating for war losses. The research results can be used to improve Ukrainian legislation on managing foreclosed assets of sanctioned persons, develop transparent and accountable mechanisms for managing these assets, as well as ensure cooperation between state bodies and civil society in this field, foreign countries, etc.

Keywords: foreclosed assets, asset management, legal regulation, sanctioned persons.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить про те, що проблема управління арештованими/конфіскованими активами підсанкційних осіб досліджується вченими в різних країнах світу. Зокрема, в закордонних виданнях цьому питанню присвячені праці таких авторів, як *Hart, Thesmar, Zingales (Hart et al., 2022)* тощо.

В Україні перші дослідження з цієї теми з'явилися лише нещодавно, серед них публікації Коцюбко (2024), Малишевої (2016), Михайліної та ін. (2021), Радчука (2019), Антипової (2021), Никитюка та Дрозда (2023), Хайдарової (2019) та ін. Однак наявні дослідження не повною мірою охоплюють усі аспекти правового регулювання управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні. Зокрема, недостатньо уваги приділено аналізу сучасного стану досліджуваної проблематики та розробці практичних рекомендацій щодо вдосконалення законодавства.

Метою дослідження є комплексний аналіз правових аспектів управління Україною стягнутими активами підсанкційних осіб, визначення проблемних питань та розробка рекомендацій щодо їх вирішення. Гіпотеза дослідження полягає в тому, що для ефективного управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні необхідно чітко визначити правовий статус цих активів, прозорі та підзвітні механізми їх управління, а також забезпечити співпрацю з іншими країнами.

Для досягнення поставленої мети в ході дослідження використовувалися такі методи, як аналіз чинного законодавства України та міжнародного досвіду управління стягнутими активами підсанкційних осіб, систематизація й узагальнення судової практики, порівняльно-правовий аналіз та опитування експертів.

Інформаційною базою дослідження слугували тексти нормативно-правових актів України, міжнародного права, судова практика, наукова література, статистичні дані, а також відомості з відкритих реєстрів і джерел. Обробка інформації здійснювалася за допомогою методів логічного та факторного аналізу, синтезу, узагальнення.

Отже, результати дослідження сприятимуть вдосконаленню законодавства України щодо управління стягнутими активами підсанкційних осіб, а також розробці прозорих та підзвітних механізмів управління цими активами.

1. Правовий статус стягнутих активів підсанкційних осіб в Україні

1.1. Правовий статус арештованих/конфіскованих активів

Світова спільнота активно використовує економічні та інші обмежувальні заходи (санкції) як інструмент відповідальності держав за порушення загально визнаних норм. Повномасштабна війна, розв'язана РФ проти України, змусила весь світ вживати жорстких заходів проти країни-агресора. Одним з інструментів тиску і санкційної політики

проти росії стало заморожування та стягнення активів підсанкційних фізичних і юридичних осіб, пов'язаних з фінансуванням війни проти України. Станом на сьогодні Україна, маючи суверенне право на захист, також застосовує санкції для захисту національних інтересів, безпеки, суверенітету, протидії тероризму і для відновлення порушених прав своїх громадян. Санкції є засобом політичного впливу, який не завжди застосовується з дотриманням юридичних процедур щодо конфіскації власності. Останнє з часом закономірно зумовить низку судових процесів проти України щодо незаконної конфіскації власності.

Право України на стягнуті російські активи ґрунтується на нормах міжнародного права, зокрема резолюціях Генеральної Асамблеї ООН.

З моменту незаконної анексії Криму росією у 2014 р. Генеральна Асамблея ООН (*Резолюції ООН щодо України*, б. д.) неодноразово засуджувала дії РФ та висловлювала тверду підтримку суверенітету та територіальної цілісності України. Цю позицію чітко відображає низка резолюцій, прийнятих протягом останніх років.

Резолюція 68/262 "Про територіальну цілісність України", ухвалена 27 березня 2014 р., стала першою реакцією ООН на анексію Криму. Цей документ засудив дії росії, підтвердив суверенітет України над півостровом та закликав до його негайного повернення під український контроль.

2 березня 2022 р., на тлі повномасштабного вторгнення росії в Україну, Генасамблея ООН прийняла резолюцію ES-11/1 "Про агресію російської федерації проти України". Цей документ беззастережно засудив агресію, вимагав негайного виведення російських військ та закликав до мирного врегулювання конфлікту. 24 березня 2022 р. ухвалено резолюцію ES-11/2 "Гуманітарні наслідки агресії російської федерації проти України". Вона висловила стурбованість гуманітарною кризою, спричиненою війною, закликала до негайного гуманітарного доступу до постраждалих районів та засудила напади на цивільне населення й інфраструктуру. 7 квітня 2022 р. Генасамблея ООН прийняла резолюцію ES-11/3 "Призупинення членства російської федерації в Раді ООН з прав людини". Цей крок став чітким сигналом про неприйняття світовою спільнотою грубих порушень прав людини, які чинила росія в Україні.

12 жовтня 2022 р. ухвалено резолюцію ES-11/4 "Територіальна цілісність України: захист принципів Статуту Організації Об'єднаних Націй". Цей документ засудив псевдореферендуми, проведені на окупованих територіях України, та спроби росії анексувати чотири області. 14 листопада 2022 р. Генасамблея ООН прийняла резолюцію ES-11/5 "Сприяння правовому захисту та відшкодуванню збитків від агресії проти України". Ця резолюція започаткувала процес створення механізму для забезпечення правового захисту та відшкодування збитків жертвам агресії.

23 лютого 2023 р. прийнято резолюцію *ES-11/6* "Принципи Статуту Організації Об'єднаних Націй, що лежать в основі досягнення всеосяжного, справедливого та міцного миру в Україні". Цей документ знову закликав до негайного виведення російських військ, припинення бойових дій та обміну військовополоненими, а також підтвердив відданість суверенітету і територіальній цілісності України. Важливо зазначити, що всі ці резолюції, хоча й не мають юридично зобов'язуючої сили, чітко відображають позицію більшості країн світу щодо агресії росії проти України. Вони також слугують потужним інструментом дипломатичного тиску на рф.

Проте ключовою серед вищенаведених резолюцій (у контексті визнання права України на репарації) є Резолюція Генеральної Асамблеї ООН *ES-11/5* "Сприяння правовому захисту та відшкодуванню збитків від агресії проти України", яку ухвалено 14 листопада 2022 р. Генеральною Асамблеєю ООН відкритим голосуванням країн – членів ООН, 94 з яких висловилися "за", 14 – "проти", а 73 країн "утрималися". На противагу іншим резолюціям, які визнають росію агресором, закликають до миру та виведення російських військ, у Резолюції *ES-11/5* чітко підтверджується право України на відшкодування шкоди, завданої росією.

Резолюцією *ES-11/5* (*Резолюції ООН щодо України*, б. д.) встановлено, що: *"Генеральна Асамблея, ... 2. визнає, що російська федерація має бути притягнута до відповідальності за будь-які порушення міжнародного права в Україні чи проти України ... та що вона має нести правові наслідки всіх своїх міжнародно-протиправних діянь, включаючи відшкодування шкоди, у тому числі будь-якої шкоди, заподіяної такими діяннями; 3. визнає необхідність створення у співпраці з Україною міжнародного механізму для відшкодування збитків, втрат чи шкоди, що є наслідком міжнародно-протиправних діянь російської федерації в Україні чи проти України..."*

І хоча Резолюції ООН не мають зобов'язального характеру, проте вони встановлюють політичну та моральну основу для дій України. Їхня значущість зростає, коли йдеться про постконфліктне врегулювання, адже ООН може самостійно визначати механізми компенсації збитків, завданих державою-агресором, навіть без її прямої згоди на це.

Так, наприклад, Комісію ООН з компенсацій (*UNCC*) створили на початку 90-х рр. ХХ ст. для розгляду позовів про компенсацію через вторгнення Іраку в Кувейт (хоча й Ірак спочатку не погоджувався з усіма аспектами процесу). Кошти для виплати компенсації взяли з Компенсаційного фонду ООН, який отримував відсоток від доходів з експортних продажів іракської нафти та нафтопродуктів (*Багато-стороння модель заходів щодо репарацій*, 2022).

Питання стягнення російських активів виходить за рамки простого економічного тиску, і є питанням національної безпеки. А Україна як суверенна держава за міжнародним правом має право на захист своїх національних інтересів.

Українським законодавством закріплено право держави на захист своїх інтересів, яке передбачає можливість застосування санкцій. Їх мета – захист національних інтересів, безпеки, суверенітету та територіальної цілісності України, протидія тероризму, а також запобігання порушенням та відновлення порушених прав, свобод і законних інтересів громадян, суспільства та держави. Ці принципи знайшли своє відображення у положеннях Закону України "Про санкції" (2024), прийнятого також і з метою захисту економічної самостійності України. Цим Законом визначено підстави, види і порядок застосування спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) для досягнення поставленої мети.

Процес реалізації вилучених активів повільно, але стабільно рухається. Відтак, серед країн – партнерів України, що ввели проти росії санкції та заблокували її активи, наразі активно йдуть пошуки шляхів використання таких коштів. Відомо, що Канада (*Update on the reporting of frozen assets under the Special Economic Measures Act – russia Regulations, 2023*) вже на законодавчому рівні закріпила вказану процедуру. 23 червня 2022 р. урядом Канади ухвалено законопроект С-19, яким, зокрема, внесено зміни до Закону про спеціальні економічні заходи та Закону про правосуддя для жертв корумпованих іноземних посадовців (так званий закон Магнітського). Ці зміни полягають у можливості стягувати активи, заблоковані чи арештовані за цими законами.

1.2. Фонд ліквідації наслідків збройної агресії

З метою подолання руйнівних наслідків збройної агресії росії в Україні створено Фонд ліквідації наслідків збройної агресії (далі – "Фонд"). Відповідно до положення статті 42 Закону України № 1928- IX "Про Державний бюджет України на 2022 рік" (2022), яким створено Фонд, його бюджет має наповнюватися, зокрема, за рахунок підсанкційних активів. Згодом кошти Фонду зможуть покрити витрати України (*European Commission, 2022*) на відновлення об'єктів соціальної інфраструктури, які зруйновані або пошкоджені в результаті агресії, захист критичної інфраструктури, будівництво укриттів для населення та компенсації українцям, які внаслідок російської агресії втратили житло та майно.

Створення прозорого механізму управління стягнутими активами підсанкційних осіб допоможе Україні не лише відновити зруйновану інфраструктуру, але й посилити свою національну безпеку. Однак наразі в Україні існують явні правові складнощі з імплементацією цього процесу.

Важливо зауважити, що коли ми говоримо про стягнення російських активів, то йдеться як про примусові вилучення суверенних російських активів, так і про приватні активи окремих росіян. Наразі лише в Сполучених Штатах заморожено близько 5 млрд дол. США

російських суверенних активів, а також мільйони доларів активів під-санкційних громадян росії.

Адвокат компанії "*Bass, Berry & Sims*" Тед Макбрайд розповів про санкції США для статті в *Corporate Compliance Insights* (2023), в якій описуються найпопулярніші історії щодо відповідності, ризиків і управління. Говорячи про ефективність російських санкцій, він зазначив, що: "Санкції США проти росії були відносно успішними насамперед тому, що обмеження, як правило, вводилися в координації з союзниками, включаючи Канаду, ЄС, Велику Британію та інших. Занадто багато країн продовжують вести справи з росією, як завжди, щоб зробити санкції США – і санкції проти їхніх союзників – справді каральними для російської економіки. Але багатосторонній характер санкцій, тим не менш, зробив їх набагато ефективнішими, ніж надто часто у випадках, коли Сполучені Штати діють в односторонньому порядку". До того ж Тед Макбрайд додав: "З точки зору контролю над торгівлею США, найважливішим наслідком війни були обмеження на бізнес з росією, яка до вторгнення в лютому 2022 р. була великим торговим партнером для американських компаній. Хоча певна торгівля все ще дозволена, багато компаній вирішили припинити всі операції в росії або за участю росії. Навіть якщо буде досягнуто певного вирішення поточної ситуації, ми не очікуємо, що росія деякий час буде привабливим ринком для американських компаній".

Що стосується Європейського Союзу (*Rogin, 2023; EU Blocks More Than €200 Billion in Russian Central Bank Assets, n. d.*), то там зберігається близько 200 млрд дол. США російських суверенних активів, та майже 20 млрд дол. США приватних коштів російських олігархів. Ці кошти зможуть частково покрити фінансові та майнові збитки, завдані Україні російським вторгненням.

2. Активи, які підлягають стягненню

На основі законодавства можна виділити два основні види стягнутих активів, а саме активи суверенні та приватні.

Суверенні активи належать уряду росії, центральному банку або іншим державним органам. Їх джерелом є податки, державні борги, доходи від експлуатації природних ресурсів, валютні резерви та інші джерела, що генерують кошти для державного бюджету. Санкції проти такого виду активів спрямовані на ускладнення уряду росії доступу до фінансування та ведення війни в Україні.

За підрахунками західних партнерів, сума заморожених російських активів наразі становить майже 640 млрд дол. США. Якщо стягнути та передати хоча б одну третю цієї суми, Україна зможе покрити половину збитків, спричинених російським вторгненням.

Активи приватних підсанкційних осіб – це активи фізичних або юридичних осіб, стосовно яких застосовані обмежувальні заходи (санкції) РНБО (Рішення Ради національної безпеки і оборони України "Про застосування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)", 2023). Їх джерелом можуть бути особисті заощадження, доходи від бізнесу, інвестиції, спадщина тощо. І санкції проти них покликані чинити тиск на осіб та компанії, які наближені до політичного режиму російської федерації та потенційно можуть впливати на прийняття рішень (таблиця).

Таблиця

Характеристика	Суверенні активи	Активи приватних підсанкційних осіб
Власник активів	Уряд росії, центральний банк, інші державні органи	Фізичні або юридичні особи, стосовно яких застосовані санкції
Джерело	Податки, державні борги, доходи від природних ресурсів, валютні резерви	Особисті заощадження, доходи від бізнесу, інвестиції, спадщина
Мета санкцій	Ускладнення доступу уряду росії до фінансування війни в Україні	Тиск на осіб та компанії, які наближені до політичного режиму рф
Можливість стягнення	Так, з метою компенсації збитків, завданих Україні	Так, з метою запобігання фінансуванню тероризму та інших злочинних дій

Джерело: складено автором.

Стягнення активів є важливою мірою, спрямованою на позбавлення росії фінансових ресурсів для ведення війни в Україні, компенсацію збитків, завданих Україні внаслідок російської агресії, та запобігання фінансуванню тероризму та інших злочинних дій з боку приватних підсанкційних осіб.

Згідно з Законом України № 1644-VII "Про санкції" (2024, 14 серпня) підставами для застосування санкцій по відношенню до фізичних або/та юридичних осіб є їх дії, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави, призводять до окупації території, експропріації чи обмеження права власності, завдання майнових втрат, створення перешкод для сталого економічного розвитку, повноцінного здійснення громадянами України належних їм прав і свобод.

На практиці це здебільшого резиденти росії (під дію санкцій вже потрапили активи Аркадія Ротенберга, Володимира Євтушенкова та ін.) і білорусі, проте є і громадяни України (Володимир Сальдо).

Стягнути можна активи осіб, до яких застосовано санкції блокування активів, тобто активи, які належать фізичній або юридичній особі, а також активи, щодо яких така особа може прямо чи опосередковано (через інших фізичних або юридичних осіб) вчиняти дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Активи, що підлягають стягненню, містять такі, що прямо належать підсанкційним особам, та ті, що такими особами контролюються. Важливо зазначити, що контроль може бути двох типів, а саме юридичний та фактичний. Юридичний контроль – підсанкційна особа володіє активом, що підтверджується в правовому полі, наприклад, є власником акцій компанії або має право власності на нерухомість, а фактичний контроль – підсанкційна особа має фактичний контроль над активом, навіть якщо не володіє ним юридично. Приміром, особа може мати доступ до активів, користуватися або розпоряджатися ними, навіть якщо вони записані на ім'я іншої особи.

На основі чинного законодавства можна виділити два окремі види стягнутих активів та відповідні процедури їх вилучення.

2.1. Активи підсанкційних фізичних та юридичних осіб, які підлягають стягненню

Йдеться про активи фізичних та юридичних осіб, стосовно яких РНБО застосувала санкції у вигляді блокування та подальшого стягнення активів у дохід держави. Джерелами таких активів можуть бути особисті заощадження, доходи від бізнесу, інвестиції, спадщина тощо.

Порядок стягнення визначається Законом України "Про санкції" в редакції від 12.05.2022. Процедура розпочинається рішенням РНБО про блокування активів особи, після чого Міністерство юстиції подає позов про стягнення до Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС).

2.2. Активи, що належать російській федерації та її резидентам, які підлягають вилученню

Йдеться про об'єкти права власності рф як держави-агресора – рухоме та нерухоме майно, кошти, цінні папери, корпоративні права тощо, які знаходяться на території України. Також вилученню підлягають активи юридичних осіб, бенефіціарами/засновниками яких є рф.

Порядок вилучення регулюється Законом України "Про основні засади примусового вилучення об'єктів власності рф та її резидентів" та детальніше описується нижче.

3. Механізм вилучення майна російської федерації та стягнення активів підсанкційних осіб

За Законом України від 03.03.2022 № 2116-IX "Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності російської федерації та її резидентів" (2023) підлягають вилученню активи виключного кола суб'єктів, а саме російської федерації, а також юридичних осіб, бенефіціарами або засновниками яких (прямо чи опосередковано) є рф. У цьому випадку вилучають рухоме та нерухоме майно, кошти, цінні папери, корпоративні права та будь-які інші активи, що знаходяться на території України.

Процедура стягнення таких активів має певний порядок. Кабінет Міністрів України готує проєкт рішення про вилучення та подає його до РНБО, яка приймає рішення про вилучення, після чого Президент України підписує указ, яким вводить рішення в дію. Верховна Рада України має затвердити указ протягом 6 місяців після закінчення воєнного стану, а вилучені активи передаються у господарське відання спеціалізованим державним підприємствам, установам, господарським товариствам, у статутному капіталі яких понад 50% акцій належать державі. Право власності на вилучені активи реєструється за Україною в особі її уряду, Кабінету Міністрів України.

Проте наразі цей Закон не передбачає прямого механізму захисту прав юридичних осіб, чия власність вилучається, що потенційно суперечить статті 13 Європейської конвенції з прав людини: *"Кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження"* (Конвенція Ради Європи, 2021) та статті 41 Конституції України: *"Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності"* (Конституція України, 2020).

Незважаючи на те, що цей Закон не містить спеціального механізму захисту прав юридичних осіб, чия власність вилучається, це не означає, що підсанкційні особи позбавлені права подальшого звернення за захистом порушених прав у міжнародні суди. Хоча процедура вилучення майна може тимчасово обмежувати право власності, це робиться з метою захисту національних інтересів України в умовах війни і відповідає практиці міжнародних інституцій щодо застосування санкцій.

У Рішенні Вищого антикорупційного суду у справі № 991/3921/24 (провадження 2-а/991/9/24) (2024, 27 травня) про застосування санкції у виді стягнення активів зазначено, що: *"Таким чином, Суд дійшов висновку про пропорційність таких обмежувальних заходів, як стягнення активів, що належать відповідачу, та передбачено п. 1-1 ч. 1 ст. 4 Закону України "Про санкції", оскільки таке позбавлення права власності здійснюється виключно в інтересах суспільства, з врахуванням публічного інтересу"*.

Також варто взяти до уваги Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності санкцій, пов'язаних з активами окремих осіб" № 2257-IX (2022, 12 травня), яким підстави, умови та порядок стягнення активів фізичних та юридичних осіб у дохід держави конкретизовано.

Передбачені цим законом зміни полягають, серед іншого, у тому, що після введення в дію указом Президента рішення РНБО Міністерство юстиції України подає позов про застосування санкції – стягнення активів у дохід держави (новий вид санкцій, що набув чинності з травня 2022 р.) до Вищого антикорупційного суду. При цьому ВАКС не перевіряє правильність та обґрунтованість рішення РНБО про застосування до особи санкцій.

Проте Закон України від 12.05.2022 № 2257-IX не має зворотної дії у часі і, відповідно, механізм не може бути застосованим до активів осіб, на яких накладено санкції у вигляді блокування до набрання чинності оновленого Закону України "Про санкції", тобто до 24.05.2022. Такі активи підлягають проходженню процедури знову, від самого її початку. До того ж, відповідно до ч. 2 ст. 5-1 Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності санкцій, пов'язаних з активами окремих осіб", застосування такого виду санкцій можливе у період дії правового режиму воєнного стану чи після його припинення або скасування (якщо позовну заяву про застосування цієї санкції подано в період дії правового режиму воєнного стану) та за умови, що на відповідну фізичну чи юридичну особу в порядку, визначеному цим Законом, вже накладено санкцію у виді блокування активів.

Як свідчить практика, позовна заява разом з усіма матеріалами може складати десятки томів. Відповідно до ст. 283-1 Кодексу адміністративного судочинства України ВАКС розглядає такий позов протягом 30 днів з моменту його отримання та приймає рішення про стягнення активів у дохід держави або про відмову в задоволенні такого позову. Після винесення рішення ВАКС його протягом 5 днів можна оскаржити до Апеляційної палати цього ж суду.

Аналіз правового поля щодо оскарження судових рішень у справах про застосування санкцій виявляє суттєві прогалини в чинному законодавстві України. Зокрема, Закон України "Про санкції" демонструє відсутність чітко регламентованого порядку повідомлення осіб про ініціювання судового процесу щодо їхнього майна, накладення арешту на активи й обмеження права на захист.

Така законодавча неврегульованість створює потенційні ризики для правової визначеності та може призвести до порушення фундаментальних прав, гарантованих Конституцією України та міжнародними правовими актами, зокрема права на справедливий суд та ефективний засіб правового захисту.

У постконфліктний період ця ситуація може спричинити значні юридичні наслідки, включаючи масові оскарження рішень ВАКС на національному та міжнародному рівнях. Це, своєю чергою, може призвести до перегляду значної кількості справ, пов'язаних із застосуванням санкцій та конфіскацією майна.

Так, на початку 2023 р. рішенням федерального суду США скасовано стягнення афганських активів. Нагадаємо, що у серпні 2021 р. "Талібан" захопив владу в Афганістані, після чого Сполучені Штати заморозили майже 9,5 млрд дол. США активів, що належали афганському центральному банку, і припинили постачання готівки до країни (щоб не дати доступу до коштів уряду на чолі з "Талібаном"). Згодом Президент США Джо Байден розпорядився виділити 3,5 млрд дол. США з цих коштів на допомогу Афганістану, а ще 3,5 млрд дол. США – на потенційні виплати

сім'ям жертв 11 вересня 2001 р. (які очікували судових вироків проти "Талібану"). Судом США скасовано указ Президента та прийнято рішення не передавати 3,5 млрд дол. США заморожених афганських коштів жертвам терактів 11 вересня 2001 р. Суд постановив, що позивачі не мають права на афганські активи, а суди США не мають юрисдикції для їх стягнення. Якщо Україна діятиме поза межами міжнародного та національного права, то такі процеси стануть невідворотними і в нашій державі (*США заблокували "Талібану" доступ до активів Афганістану на суму \$9,5 млрд, 2021*).

Після набрання рішенням ВАКС законної сили, зокрема після розгляду скарги в Апеляційному суді, активи переходять до управління Фонду державного майна України. На цьому етапі основним ризиком є можливе оскарження такого стягнення до міжнародних судів, оскільки терміни для подання відзиву й апеляційної скарги не відповідають міжнародним стандартам.

Рішення ВАКС про стягнення активів у дохід держави передається до Фонду державного майна України (ФДМУ) для виконання. Стягнене майно передається в управління Фонду державного майна (виняток становлять історико-культурні та матеріальні цінності, які передаються Міністерству культури). ФДМУ вживає заходів щодо реалізації стягнених активів. Кошти від їх реалізації спрямовуватимуться до Фонду ліквідації наслідків збройної агресії та використовуватимуться на відбудову України.

Україна вживає заходів для посилення санкційного тиску на росію та її пособників, конфіскуючи їхні активи. Цей тиск спрямований на послаблення економічного потенціалу агресора й обмеження його можливостей щодо фінансування воєнних дій.

Такі санкції активно застосовуються у відповідь на агресію росії ще з 2014 р. Так, згідно з даними аналітики від *Transparency International Ukraine*, станом на квітень 2024 р. стягнуто понад 1130 об'єктів російських активів, а до бюджету України перераховано 25 926 283 615.19 грн від стягнутого майна.

Важливо зазначити, що ця сума не включає стягнення, здійснені в рамках кримінальних проваджень, що вказує на потенційно більший загальний обсяг конфіскованих активів.

3.1. Механізм стягнення активів підсанкційних фізичних та юридичних осіб

Процедура стягнення активів підсанкційних осіб регулюється Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності санкцій" від 12.05.2022 та відбувається таким чином. Спершу, РНБО своїм рішенням блокує активи особи, а Президент вводить рішення РНБО в дію. Потім Міністерство юстиції подає позов про стягнення активів у дохід держави (новий вид санкцій, що набув чинності з травня 2022 р.) до Вищого антикорупційного суду. ВАКС розглядає позов протягом 10 днів (при цьому ВАКС

не перевіряє правильність та обґрунтованість рішення РНБО про застосування до особи санкцій) та приймає рішення про стягнення активів у дохід держави або відмову.

Рішення Вищого антикорупційного суду можна оскаржити до Апеляційної палати ВАКС протягом 5 днів.

Після набрання рішенням законної сили, воно передається до Фонду державного майна України для виконання.

3.2. Механізм вилучення активів рф та її резидентів

Порядок вилучення активів рф та її резидентів визначений Законом України "Про основні засади примусового вилучення об'єктів власності рф та її резидентів" та відбувається таким чином.

Кабінет Міністрів готує проєкт рішення про вилучення та подає його до РНБО. Рада національної безпеки і оборони України приймає рішення про вилучення, а Президент України підписує указ про вилучення. Верховна Рада України має затвердити цей указ протягом 6 місяців після завершення воєнного стану.

Вилучені активи передаються у господарське відання спеціалізованим держпідприємствам, установам, компаніям з більш ніж 50% державної власності.

Право власності на вилучені активи реєструється за державою Україна в особі Кабінету Міністрів України.

4. Управління конфіскованим майном

До 22 вересня 2023 р. управителів підсанкційними активами визначав Кабінет Міністрів України, при цьому закон чітко не визначав строк, протягом якого мав відбутися такий вибір, а тому процедура затягувалась. З 22 вересня 2023 р. функції управління стягнутими активами поклали на ФДМУ, та попри це частина російських активів й досі знаходиться у "підвішеному" стані.

За 2023 р. Кабінет Міністрів України визначив управителів для 679 конфіскованих об'єктів, які раніше належали 18 підсанкційним особам. 537 об'єктів передано Міністерству культури, у 13 випадках одноосібним органом управління став ФМДУ, 4 об'єкти отримало Міністерство юстиції та 1 – Національний банк України.

Одночасно з таким переданням Урядом визначено й способи виконання рішень. Найчастіше це подальша приватизація й оренда конфіскованих об'єктів.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України № 1223 "Деякі питання управління активами, стягнутими в дохід держави" (2023) Фонд державного майна України ухвалює рішення щодо управління активами та визначає спосіб управління ними, здійснює аналіз активів, реєстрацію прав власності, зміни в управлінні підприємств та заходи щодо збереження активів, проводить оцінку активів за законом та їх

інвентаризацію, визначає спосіб управління, веде облік судових рішень, активів, що підлягають управлінню, і подає щоквартальний звіт Кабінету Міністрів України та Міністерству економіки України.

На сьогодні Фонд державного майна України володіє 735 підсанкційними активами. Усі санкційні активи, що надходять до ФДМУ, знаходяться в різному стані (можуть бути під арештом, із заборонаю на вчинення реєстраційних дій щодо них тощо). Фонд звертається до суду за зняттям таких обмежень, а якщо активом є акції, то з ними працюють як із цінними паперами через депозитарні установи, що займає велику кількість часу. Далі проводиться інвентаризація.

Відповідно до вищезгаданої Постанови Фонд державного майна здійснює управління активами у такі способи: управління корпоративними правами, стягнутими в дохід держави; передача активів в оренду; закріплення активів на праві господарського відання за підприємствами, що належать до сфери управління Фонду державного майна, та господарськими товариствами, управління корпоративними правами держави щодо яких здійснює Фонд державного майна; передача активів до статутного капіталу господарського товариства; передача активів до сфери управління інших суб'єктів управління.

Висновки

Стягнення активів підсанкційних осіб в Україні є важливим інструментом для протидії російській агресії та захисту національних інтересів держави. Однак чинне законодавство та практика управління цими активами мають низку недоліків, що роблять цю процедуру неефективною і ризикованою.

Для вирішення цих проблем необхідно вдосконалити законодавство, чітко визначити правовий статус стягнутих активів, встановити прозорі й ефективні процедури управління ними, створити систему прозорого та підзвітного управління стягнутими активами з чіткими правилами і доступними, "чистими" процедурами. Використовувати стягнуті активи потрібно для відновлення зруйнованої інфраструктури, розвитку економіки та виплати компенсацій постраждалим від війни, а впровадження запропонованих рекомендацій дасть змогу Україні більш ефективно управляти такими активами, максимізуючи їхню цінність для держави й уникаючи ризиків.

Згідно з проведеними дослідженнями, основними проблемами у сфері управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні є недосконалість законодавчого регулювання (відсутність чіткого визначення правового статусу стягнутих активів, недоліки у процедурах стягнення та конфіскації активів, які можуть призвести до їх оскарження в майбутньому, недостатньо врегульований механізм захисту прав власності юридичних осіб, чия власність конфіскується). Крім того, серед значних проблем у сфері управління стягнутими активами підсанкційних осіб можна назвати відсутність прозорих та ефективних процедур управління стягнутими активами, прогалини у співпраці

з іншими країнами щодо питань стягнення й управління активами, потенційні ризики оскарження рішень про стягнення до міжнародних судів через невідповідність термінів подання відзивів і апеляційних скарг міжнародним стандартам.

На основі цих виявлених проблем можна запропонувати практичні рекомендації щодо вдосконалення правового регулювання сфери управління стягнутими активами підсанкційних осіб в Україні. Варто здійснити кодифікацію законодавства у цій сфері – прийняти окремий закон, який би комплексно та системно регулював питання стягнення, правового статусу й управління активами підсанкційних осіб. Чітко визначити у законодавстві правовий статус стягнутих активів, порядок їх обліку, зберігання та розпорядження ними. Розробити та законодавчо закріпити прозорі процедури управління стягнутими активами на всіх етапах – від прийняття рішень до реалізації майна. Запровадити обов’язкову публічну звітність суб’єктів управління про використання стягнутих активів, також слід створити єдину автоматизовану базу даних стягнутих активів із зазначенням їх статусу, розміру, власників тощо. Окрім того, потрібно налагодити міжнародну співпрацю й обмін досвідом з іншими країнами щодо управління стягнутими активами та забезпечити прозорість використання коштів від реалізації стягнутих активів, зокрема на цілі відновлення України і компенсацію збитків від війни. Також якомога швидше привести національне законодавство у відповідність до міжнародних стандартів у сфері захисту прав підсанкційних осіб, щоб не лише притягнути їх до відповідальності, але й уникнути можливих судових спорів у майбутньому.

Проведене дослідження зумовлює потребу подальшого вивчення питання щодо стягнення активів підсанкційних осіб в Україні та відстеження оновлень у законодавчій базі у цій сфері, з урахуванням досвіду інших країн.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

<p><i>Багатостороння модель заходів щодо репарацій.</i> (2022). New Lines Institute for Strategy and Policy. https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/Ukrainian-MAMOR-Report-Ukr-translation.pdf</p>	<p><i>Multilateral Model of Reparations Measures.</i> (2022). New Lines Institute for Strategy and Policy. https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/Ukrainian-MAMOR-Report-Ukr-translation.pdf</p>
<p><i>Резолюції ООН щодо України.</i> ООН Цифрова бібліотека. (б. д.). https://digitallibrary.un.org/search?f1=author&as=1&sf=title&so=a&rm=&m1=e&p1=UN.+General+Assembly+%2811th+emergency+special+sess.+%3A+2022%29&ln=</p>	<p><i>UN Resolutions on Ukraine.</i> UN Digital Library. (n. d.). https://digitallibrary.un.org/search?f1=author&as=1&sf=title&so=a&rm=&m1=e&p1=UN.+General+Assembly+%2811th+emergency+special+sess.+%3A+2022%29&ln=</p>
<p>Закон України "Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності російської федерації та її резидентів" № 2116-IX (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2116-20#Text</p>	<p>Law of Ukraine "On the Fundamental Principles of forced expropriation in Ukraine of property objects owned by the russian federation and its residents" No. 2116-IX (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2116-20#Text</p>

Рішення Вищого антикорупційного суду від 27 травня 2024 р. у справі № 991/3921/24 (провадження 2-а/991/9/24). (2024). https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/hcac/administrative/judgments/991_3912_24_27-05-2024.pdf	Decision of the High Anti-Corruption Court dated May 27, 2024, in case No. 991/3921/24 (proceedings №2-a/991/9/24). (2024). https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/hcac/administrative/judgments/991_3912_24_27-05-2024.pdf
Рішення Ради національної безпеки і оборони України "Про застосування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)" (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0028525-21#Text	Decision of the National Security and Defence Council of Ukraine "On the application and amendments to personal special economic and other restrictive measures (sanctions)" (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0028525-21#Text
Закон України "Про санкції" № 1644-VII (2024). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text	Law of Ukraine "On Sanctions" No. 1644-VII (2024). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text
Закон України "Про Державний бюджет України на 2022 рік" № 1928-IX (2022). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1928-20#Text	Law of Ukraine "On the State Budget of Ukraine for 2022" No. 1928-IX (2022). (Ukraine). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1928-20#Text
Corporate Compliance Insights. (2023, December 20). <i>A Look Back: Top Stories of 2023</i> . https://www.corporatecomplianceinsights.com/top-stories-package-2023/	
Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення ефективності санкцій, пов'язаних з активами окремих осіб" № 2257-IX (2022, 12 травня). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2257-20#Text	Law of Ukraine "On amendments to certain legislative acts of Ukraine on increasing the effectiveness of sanctions related to the assets of individual persons" № 2257-IX (2022, May 12). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2257-20#Text
Конституція України. (2020). Документ № 254к/96-ВР. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text	Constitution of Ukraine, (2020). Document No. 254к/96-VR. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
Конвенція Ради Європи. (2021). <i>Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод</i> . https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text	Council of Europe Convention. (2021). <i>Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms</i> . https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
Українська правда. (2021, 18 серпня). <i>США заблокували "Талібану" доступ до активів Афганістану на суму \$9,5 млрд</i> . https://www.pravda.com.ua/news/2021/08/18/7304238/	Ukrainska Pravda. (2021, August 18). <i>The United States has blocked the Taliban from accessing to Afghanistan's assets worth \$9.5 billion</i> . https://www.pravda.com.ua/news/2021/08/18/7304238/
Постанова Кабінету Міністрів України № 1233 "Деякі питання управління активами, стягнутими в дохід держави". (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1233-2023-п#Text	Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1233 "Some issues of managing assets collected as state revenue" (2023). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1233-2023-п#Text
Bloomberg. (n. d.). <i>EU Blocks More Than €200 Billion in Russian Central Bank Assets</i> . https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-05-25/eu-has-blocked-200-billion-in-russian-central-bank-assets	
European Commission. (n. d.). <i>Ukraine: Commission presents options to make sure that Russia pays for its crimes</i> . https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311	
Rogin, J. (2023, December 28). <i>To get Republican support for Ukraine, make Putin pay up, too</i> . Washington Post. https://www.washingtonpost.com/opinions/2023/12/28/seized-russian-funds-ukraine-biden/	
Update on the reporting of frozen assets under the Special Economic Measures Act – russia Regulations. (2023). Royal Canadian Mounted Police. https://www.rcmp-grc.gc.ca/en/news/2022/update-the-reporting-frozen-assets-the-special-economic-measures-act-russia-regulations-0	

<p>Коцюбок, І. (2024). <i>Історичні та правові передумови запровадження інституту стягнення за рішенням Вищого антикорупційного суду в дохід держави активів підсанкційних осіб</i>. http://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/302332</p>	<p>Kotsiubko, I. (2024, April 19). <i>Historical and legal prerequisites for the introduction of the institution of recovery of assets of sanctioned persons into the state revenue by the decision of the High Anti-Corruption Court</i>. http://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/302332</p>
<p>Малишева, Ю. (2016). <i>Цілеспрямовані санкції та їх застосування Радою Безпеки ООН</i>.</p>	<p>Malysheva, Yu. (2016, May 16). <i>Targeted sanctions and their application by the UN Security Council</i>.</p>
<p>Міхайліна, Т., Гоцуляк, Ю., & Гель, А. (2021). <i>Щодо проблем розуміння категорія "санкція" у теорії права та галузевому правознавстві</i>. https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2021/12/51.pdf</p>	<p>Mikhailina, T., Gotsuliak, Yu., & Gel, A. (2021). <i>On the problems of understanding the category of "sanction" in the Theory of Law and Sectoral Jurisprudence</i>. https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2021/12/51.pdf</p>
<p>Радчук, А. (2019). <i>Адміністративне судочинство у справах про застосування санкцій за зверненнями суб'єктів владних повноважень</i>. https://uacademic.info/ua/document/0420U100284</p>	<p>Radchuk, A. (2019, December 16). <i>Administrative proceedings in cases involving the application of sanctions at the request of subjects of authorities</i>. https://uacademic.info/ua/document/0420U100284</p>
<p>Антипова, І. (2021). <i>Адміністративно-правовий статус Вищих спеціалізованих судів в Україні</i>. https://elar.naiu.kiev.ua/items/af2ee9f5-0e07-424a-8359-279ccbb4c8e2</p>	<p>Antypova, I. (2021, June). <i>Administrative and legal status of the Higher Specialized Courts in Ukraine</i>. https://elar.naiu.kiev.ua/items/af2ee9f5-0e07-424a-8359-279ccbb4c8e2</p>
<p>Никитюк, Я., & Дрозд, О. (2023). <i>Адміністративно-правовий статус Вищого антикорупційного суду України</i>. https://jurkniga.ua/contents/administrativno-pravoviy-status-vishchogo-antikoruptsiynogo-sudu-ukraini.pdf</p>	<p>Nykytiuk, Ya., & Drozd, O. (2023). <i>Administrative and legal status of the High Anti-Corruption Court of Ukraine</i>. https://jurkniga.ua/contents/administrativno-pravoviy-status-vishchogo-antikoruptsiynogo-sudu-ukraini.pdf</p>
<p>Хайдарова, І. (2019). <i>Іноземний досвід правового регулювання адміністративних відносин антикорупційних судів</i>. https://elar.naiu.kiev.ua/server/api/core/bitstreams/6f937187-0f7a-4503-9220-42037cf0c187/content</p>	<p>Khaidarova, I. (2019). <i>Foreign experience of legal regulation of administrative relations of anti-corruption courts</i>. https://elar.naiu.kiev.ua/server/api/core/bitstreams/6f937187-0f7a-4503-9220-42037cf0c187/content</p>
<p>Hart, O., Thesmar, D., & Zingales, L. (2022). <i>Private Sanctions</i>. https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/2022/12/BFI_WP_2022-164.pdf</p>	

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Мельниченко Р. Правові аспекти стягнення активів підсанкційних осіб. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 78–94. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)06](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)06)

Надійшла до редакції 03.05.2024.

Прийнято до друку 12.07.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(137)07
УДК 341.23:336.225.61

СИРКО Дмитро,
спеціаліст, аспірант кафедри міжнародного
права та права Європейського Союзу
Державного податкового університету
вул. Університетська, 31, Ірпінь, 08200, Україна
syrko.partners@gmail.com

SYRKO Dmytro,
Full Higher Education,
Postgraduate Student at the Department
of International Law and EU Law
State Tax University
31, Universytetska St., Irpin, 08200, Ukraine
ORCID: 0009-0003-6089-5213

ЕВОЛЮЦІЯ МІЖНАРОДНО- ПРАВОВОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ У СФЕРІ ОБМІНУ ПОДАТКОВОЮ ІНФОРМАЦІЄЮ

Досліджено еволюцію міжнародно-правового співробітництва держав у сфері обміну податковою інформацією. Показано, що це співробітництво має якісний прогрес, оскільки відбувається шляхом ускладнення форм такої кооперації: спочатку на двосторонній основі фрагментарно між окремими країнами світу до комплексної взаємодії між багатьма країнами у багатосторонньому форматі, автоматично. Найвищою формою такої взаємодії сьогодні є Стандарт щодо автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки для податкових цілей (Common Reporting Standard and Due Diligence for Financial Account Information). Доведено гіпотезу дослідження про те, що міжнародно-правове співробітництво держав у сфері обміну податковою інформацією є одним з найбільш ефективних інструментів протидії розмиванню баз оподаткування і ухиленню від сплати податків, досягнення належного рівня податкової прозорості та підзвітності платників податків. Міждержавна кооперація в цій сфері дає змогу підвищити якість контролю за повнотою і своєчасністю сплати податків, усунути асиметрію інформації щодо фінансового стану платників податків, наявності та володіння ними різними об'єктами оподаткування у різних податкових юрисдикціях, у тому числі офшорних.

Ключові слова: обмін податковою інформацією, міжнародно-правове співробітництво, офшори, ухилення від сплати податків, ОЕСР, G20, ЄС, FATCA, BEPS, CRS.

EVOLUTION OF INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION BETWEEN STATES IN THE FIELD OF TAX INFORMATION EXCHANGE

The evolution of international legal cooperation between states in the field of tax information exchange is studied. It is shown that such cooperation has qualitative progress, as it occurs by complicating the forms of such cooperation: initially on a bilateral basis, fragmentarily between individual countries of the world, to complex interaction between many countries in a multilateral format, automatically. The highest form of such interaction today is the Common Reporting Standard and Due Diligence for Financial Account Information. The research hypothesis that the international legal cooperation between states in the field of tax information exchange is one of the most effective tools for combating the erosion of tax bases and tax evasion, achieving an appropriate level of tax transparency and accountability of taxpayers has been proven. Interstate cooperation in this area makes it possible to improve the quality of control over the completeness and timeliness of tax payments, to eliminate the asymmetry of information regarding the financial status of taxpayers, the presence and ownership of various taxation objects in various tax jurisdictions, including offshore ones.

Keywords: exchange of tax information, international legal cooperation, offshore, tax evasion, OECD, G20, EU, FATCA, BEPS, CRS.



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

Вступ

Наприкінці вересня 2024 р. в Україні відбувся перший міжнародний автоматичний обмін інформацією про фінансові рахунки з іншими державами за міжнародним стандартом звітності *Common Reporting Standard and Due Diligence for Financial Account Information* (далі – *CRS*). Раніше, до кінця червня 2024 р., завершилася перша кампанія про підзвітні рахунки. Станом на 1 липня 2024 р. ДПС отримала звіти від 91% усіх підзвітних фінансових установ.

Ці події є черговим важливим етапом подальшого розвитку української системи оподаткування, поглиблення міжнародно-правового співробітництва України з іншими державами у сфері обміну податковою інформацією. Наша країна долучилася до глобального проєкту створення прозорого податкового середовища та здійснює активні кроки до ефективного впровадження міжнародних стандартів з прозорості й обміну інформацією. Так, у серпні 2021 р. урядом України надісланий лист до Секретаріату Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР), в якому офіційно висловлено намір імплементувати Загальний стандарт звітності *CRS* та приєднатися до Багатосторонньої угоди *CRS*.

Згідно з офіційними даними ОЕСР, станом на 16 травня 2024 р. 123 юрисдикції є учасниками багатостороннього автоматичного обміну податковою інформацією, в тому числі усі держави – члени Європейського Союзу (далі – ЄС).

Масштабування міжнародно-правового співробітництва держав у глобальному вимірі з одного боку, а з іншого – активне приєднання до цих процесів України зумовлюють не тільки вагоме значення теоретичного дослідження усіх аспектів цього процесу, але й обґрунтовану прагматичну цінність для імплементативних стандартів співробітництва в практику діяльності відповідних контролюючих органів нашої країни.

Теоретико-методологічним обґрунтуванням зазначеної проблематики слугують праці українських та іноземних вчених. Так, у дисертації Селезня (2009) розкрито сутність еволюції співробітництва держав з питань оподаткування через характеристику кожного з його етапів. У колективній праці вітчизняних вчених розкриваються загальні підходи до застосування механізмів протидії розмиванню податкової бази та виведенню прибутків, а також особливості їх імплементативності у країнах, що розвиваються (Брехов та ін., 2017). У публікації Рушишина та Галька (2016) розкрито принципи, види, сучасний стан обміну податковою інформацією між Україною та іншими податковими юрисдикціями, стан імплементативності міжнародних стандартів та практик у вітчизняному податковому законодавстві. Крім цього, важливими напрацюваннями вітчизняних вчених є оцінка готовності України до автоматичного обміну інформацією у податкових цілях (Олійник & Кучерява, 2021).

Але основні теоретико-методологічні напрацювання у цій сфері здійснено закордонними авторами, якими зроблено фундаментальний внесок у справу розвитку міжнародно-правового співробітництва держав у цілому та у сфері обміну податковою інформацією зокрема. У праці *Navin* (2017) надається комплексна оцінка необхідності розбудови практики обміну податковою інформацією для досягнення податкової прозорості та підзвітності платників податків контролюючим органам. Науковець Пікетті у своїй публікації (2016) зазначає, що "податкові лазівки регулярно використовують різні приводи для збереження банківської таємниці ... найімовірніша причина такого ретельного захисту банківської таємниці у податкових лазівках та, що це дозволяє їхнім клієнтам ухилятися від своїх податкових зобов'язань". У праці *Oberson* (2023) надається комплексний огляд інструментів та моделей, що використовуються країнами на міжнародному рівні для обміну податковою інформацією тощо.

З огляду на це, метою статті є дослідження еволюції міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією як основи формування ефективної системи протидії розмиванню баз оподаткування та ухиленню від сплати податків.

Методологічною основою роботи є загальнонаукові та спеціальні наукові методи пізнання, зокрема метод порівняльного правоведення та історико-правовий метод, що дозволяють простежити у часі напрями й етапи поступу у сфері міжнародно-правового співробітництва держав.

Гіпотеза дослідження полягає в тому, що міжнародно-правове співробітництво держав у формі обміну податковою інформацією є одним з найбільш ефективних інструментів протидії розмиванню баз оподаткування та ухиленню від сплати податків, досягнення належного рівня податкової прозорості та підзвітності платників податків, оскільки основна проблема, з якою стикаються податкові органи, здійснюючи контроль за повнотою і своєчасністю сплати податків, – в асиметрії інформації щодо фінансового стану платників податків, наявності та володіння ними різними об'єктами оподаткування.

З огляду на сутність проблеми, мету та методи дослідження, сформульовану гіпотезу, структура статті складається з таких частин: у першій розкриваються політичні та соціально-економічні передумови формування і розвитку системи міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією; у другій представлено основні етапи еволюції такого співробітництва і характеристику їх результативності.

За результатами проведеного дослідження сформульовано висновки щодо тенденцій розвитку міжнародно-правового співробітництва держав у сфері обміну податковою інформацією, що мають важливе значення для розвитку вітчизняної системи оподаткування.

1. Політичні та соціально-економічні передумови формування системи міжнародного співробітництва у сфері обміну податковою інформацією

У спільній Декларації міністрів фінансів країн "Великої двадцятки" (G20), присвяченій міжнародному податковому співробітництву, яку підписано влітку 2024 р., зазначається необхідність і важливість підтримки стабільної та прогнозованої міжнародної податкової системи, що є можливим завдяки інклюзивному й ефективному міжнародному податковому співробітництву держав на основі широкого консенсусу. Зокрема, імплементація стандарту автоматичного обміну інформацією (AEOI) про фінансові рахунки вважається якісно новим етапом співробітництва на шляху протидії ухиленню від сплати податків і розмиванню баз оподаткування (OECD, 2024a).

Ця декларація є актом спільної політичної волі урядовців провідних країн світу, яка відбиває основні досягнення на шляху розбудови системи міжнародного співробітництва, підкреслює його важливість, необхідність подальшого розвитку.

Своєчасна і повна сплата податків є ключовою умовою належного функціонування системи публічних фінансів, довіри платників податків до національної системи оподаткування. В умовах глобалізації фінансового сектору ефективне адміністрування податків для контролюючих органів стає все більш складним завданням. Тому міжнародне співробітництво політичних інституцій, податкових адміністрацій різних держав стає нормою, оскільки саме це надає їм інструменти контролю за податковими резидентами, які здійснюють фінансово-господарську діяльність у низькоподаткових юрисдикціях (офшори), і дає змогу переконатися, що вони виконують усі належні, згідно з внутрішнім податковим законодавством країни, зобов'язання.

Завдяки дослідженням міжнародних експертів зростання глобальної офшорної інфраструктури становить серйозну загрозу стійкості системи публічних фінансів багатьох країн. Підраховано, наприклад, що, якщо США зможуть звести до нуля ерозію бази оподаткування, що відбувається внаслідок офшоризації, це приведе до збільшення податкових надходжень щонайменше на 20% від всіх платників і насамперед найбільш заможних. За оцінками експертів ОЕСР, щорічні втрати бюджету країн світу в результаті ерозії бази оподаткування та переміщення прибутків сягають від 100 до 240 млрд дол. США (OECD, 2024b).

Фінансові масштаби світового офшорного ринку вражають. На сьогодні в офшорних юрисдикціях за різними оцінками знаходиться активів на суму близько 10% світового ВВП. При цьому перелік низькоподаткових юрисдикцій протягом останніх 15–20 років стрімко збільшується. Якщо частка офшорного багатства у Швейцарії поступово зменшується від майже 50 до менш ніж 30%, то на заміну європейським "податковим гаваням" швидко приходять азійські й африканські офшори. Світовими лідерами за нагромадженням багатства в офшорах є такі країни, як Об'єднані Арабські Емірати (більш ніж 70% національного ВВП), Венесуела (понад 60%), Саудівська Аравія (56%) тощо (Zustan, 2015).

Виникнення офшорів зумовлено впливом декількох соціально-економічних та політичних обставин. Економічні умови виникнення

офшорів склалися ще наприкінці XIX ст., коли золота ера вільного капіталізму, перша промислова революція дозволили фінансово-промисловій еліті провідних країн світу (США, Велика Британія, Франція, Німеччина, Російська імперія та ін.) акумулювати значні обсяги приватного багатства. Постала необхідність надійного захисту цих активів та збереження їхньої вартості. Місцем народження офшорної справи вважається Швейцарія, де у 1912 р. був створений банківський картель – Асоціація швейцарських банків, який, гарантуючи конфіденційність і збереження активів їх власникам, скористувався також політично нейтральним статусом Швейцарії, що був проголошений на Віденському конгресі у 1815 р. У першій половині XX ст., коли територія Європи стала ареною для двох світових війн, ця нейтральність поряд з розвиненою банківською інфраструктурою надавали виключні переваги Швейцарії, яких не мала жодна інша країна світу. Саме тому протягом усієї першої половини минулого сторіччя і до 1980-х рр. Швейцарія була монополістом на цьому ринку.

Важливою економічною передумовою попиту на послуги швейцарських банків стала трансформація природи самого багатства. Якщо протягом тривалого історичного періоду до середини XIX ст. переважною формою багатства було володіння землею, то починаючи з його другої половини переважною формою існування багатства стали фінансові активи у формі цінних паперів, емітованих урядами або приватними компаніями. Вони знеособлені, оскільки є вимогою виконати певні фінансові зобов'язання на пред'явника, і на відміну від грошових банкнот можуть мати номінал будь-якого високого значення. Зберігати такі активи краще у безпечному місці.

Поряд з послугами фізичного та вартісного збереження активів заможних людей, конфіденційністю вкладів іншим важливим фактором стрімкого розвитку інфраструктури офшорів була податкова політика, яку реалізовували провідні країни світу після Першої світової війни. Необхідність економічного відновлення за наслідками війни, стрімке зростання державного боргу призвели до необхідності пошуку додаткових джерел фінансування публічних, соціальних витрат і спричинили перегляд політики у сфері індивідуального оподаткування найбагатших. Так, до Першої світової війни податок на дивіденди становив лише 4%. Вже у 1920 р. гранична ставка персонального прибуткового податку була 50%, а у 1924 – 72%. Таким чином, стрімке зростання попиту на послуги з оптимізації оподаткування, конфіденційності вкладів було певною мірою також зумовлено політичними рішеннями провідних держав світу у сфері оподаткування.

Отже, основний недолік чинної міжнародної системи оподаткування полягає в тому, що поміж різних податкових юрисдикцій вона дає змогу існування офшорних юрисдикцій, можливостями і послугами яких користуються окремі платники податків, як фізичні, так і юридичні особи, для ухилення від сплати податків та/або оптимізації своїх податкових зобов'язань (*Devereux et al.*, 2021).

Водночас, намагаючись отримати переваги у конкурентній боротьбі за міжнародні інвестиції, глобальні фінансові ресурси, окремі країни вдавалися, деякі практикують її дотепер, до практики недоброзичливої податкової конкуренції. Цей аспект – недолік міжнародної системи оподаткування вперше зазначено у доповіді експертів ОЕСР у 1998 р. "Недоброзичлива податкова конкуренція: нова глобальна проблема", в якій зроблено одну з перших спроб провести лінію розмежування між практикою нормальної, тобто доброзичливої податкової конкуренції, та шкідливої (OECD, 1998). Остання, як правило, і використовується низько-податковими юрисдикціями задля створення штучних преференційних податкових умов для іноземних інвесторів у боротьбі за мобільний фінансовий капітал.

Отже, недоброзичлива податкова конкуренція – це практика, коли країни або юрисдикції встановлюють дуже низькі податкові ставки або пропонують спеціальні податкові режими для залучення іноземного капіталу та компаній, що може підривати податкову базу інших країн і сприяти ухиленню від сплати податків. Цей феномен створює несправедливі переваги та стимулює перенесення прибутків між юрисдикціями для зменшення податкового навантаження, що негативно впливає на доходи державних бюджетів більшості країн світу. У світовій практиці належних стандартів податкової політики вважається неприпустимим, коли приватні особи чи компанії збагачуються на вільній торгівлі й економічній інтеграції лише для того, щоб отримувати прибутки за рахунок інших країн.

Основні характеристики недоброзичливої податкової конкуренції:

- низькі або нульові податкові ставки на певні види доходів, особливо для іноземних компаній;
- непрозорість податкових систем та відмова від обміну податковою інформацією з іншими країнами;
- спеціальні податкові режими, які надають привілеї лише певним видам бізнесу або нерезидентам;
- недостатнє регулювання та контроль, що дозволяє уникати сплати податків або знижувати податкове навантаження.

Одним з головних та ефективних засобів протидії цьому виступає взаємодія держав у сфері обміну податковою інформацією.

Слід зазначити, що феномен недоброзичливої податкової конкуренції у глобальному вимірі має місце навіть незважаючи на те, що між державами досить давно існує практика співробітництва на міжнародному рівні у формі укладення двосторонніх податкових угод, які спрямовані на усунення подвійного оподаткування, взаємодопомогу щодо адміністрування податків і протидію подвійному неоподаткуванню доходів та активів.

Отже, політичні та соціально-економічні передумови міжнародного співробітництва у сфері обміну податковою інформацією базуються на

низці факторів, що відображають глобальні виклики, пов'язані з недоброчислою податковою конкуренцією, ухиленням від оподаткування та фінансовими злочинами. Розвиток міжнародного співробітництва у цій сфері став можливим завдяки кільком ключовим політичним та соціально-економічним передумовам, які створили політичну волю й умови для формування міжнародних стандартів обміну податковою інформацією, сприяючи підвищенню податкової прозорості та забезпеченню рівних умов для всіх учасників глобальної економіки.

Провідні країни (ОЕСР, G20, ЄС) відіграють ключову роль у впровадженні стандартів обміну інформацією, оскільки саме їхні бюджети зазнають найбільших втрат від агресивного податкового планування транснаціональних корпорацій, ухилення від сплати податків фізичними особами. Ці країни, особливо в умовах економічних криз та необхідності фінансування соціальних програм, зацікавлені в ефективному оподаткуванні доходів їх податкових резидентів, що виникають в інших юрисдикціях.

Обмін інформацією допомагає виявляти приховані доходи й активи, адже існує актуальна необхідність зміцнення ресурсної основи держави суспільного добробуту.

2. Основні віхи еволюції системи міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією

У системі міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією протягом останніх десятиріч відбувалася суттєва еволюція. Розвиток цієї системи може бути поділений на декілька етапів.

2.1. Двосторонні угоди та перші ініціативи минулого сторіччя

Міжнародно-правове співробітництво у податкових справах розвивалося поступово та піддавалося впливу економічних, політичних і соціальних факторів, що описані раніше. Основними напрямками цього співробітництва були укладення двосторонніх податкових угод, обмін інформацією щодо уникнення подвійного оподаткування, а також розробка перших міжнародних стандартів і рекомендацій щодо податкової прозорості й боротьби з ухиленням від сплати податків.

На початковому етапі становлення, який розпочався у 1920-х рр., міжнародно-правове співробітництво у сфері оподаткування стосувалося лише проблематики усунення подвійного оподаткування й умов торгівлі, митних, торгових тарифів. Воно здійснювалося фрагментарно на двосторонній основі. Так, у 1921 р. за ініціативи Фінансового комітету Ліги Націй створено міжнародну групу фахівців високого рівня, головним завданням яких було проведення дослідження різних аспектів подвійного оподаткування. Саме їх розробки лягли в основу доповіді Ліги Націй щодо подвійного оподаткування 1923 р., висновки якої

активно використовувалися надалі при розробці проєктів двосторонніх конвенцій (Селезень, 2009). У такому форматі співробітництво держав для податкових цілей відбувалося майже протягом усього ХХ ст.

З середини ХХ ст. багато країн укладали двосторонні угоди про уникнення подвійного оподаткування (*Double Taxation Avoidance Agreements, DTAAs*). Ці угоди спрямовані на врегулювання питань оподаткування доходів і капіталу, щоб уникнути подвійного оподаткування тих самих доходів у різних країнах. Угоди також містили положення про обмін податковою інформацією між країнами для запобігання ухиленню від сплати податків, хоча на практиці цей обмін був обмеженим через відсутність чітких механізмів і технологічних засобів.

З метою більш ефективного співробітництва держав з економічних, торговельних, фінансових питань, і в тому числі податкових, протягом цього періоду відбувається створення міжнародних організацій для координації політик. ОЕСР, яку створено у 1961 р., з 1963 р. виступає основною платформою для обговорення міжнародних податкових питань, на основі якої розробляються модельні угоди для уникнення подвійного оподаткування, що стали стандартом для двосторонніх податкових угод. Організація Об'єднаних Націй також долучалася до розробки податкових угод, спрямованих на підтримку країн, що розвиваються, забезпечуючи їм справедливий доступ до доходів від іноземних інвестицій. З середини минулого сторіччя лідерство у наукових розвідках у сфері міжнародного оподаткування, в експертизі міжнародно-правових договорів, розробці стандартів співробітництва переходить від ООН до ОЕСР.

У 1988 р. ОЕСР та Рада Європи спільними зусиллями розробили Конвенцію про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах (*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*). Ця конвенція є однією з перших спроб, спрямованих на вирішення проблем існування низькоподаткових юрисдикцій, недоброзичливої податкової конкуренції на глобальному рівні. Ця багатостороння угода створювала передумови для більш масштабного обміну інформацією, але на цьому етапі її адаптація в різних країнах не набула достатнього поширення.

Отже, до 2000 р. міжнародно-правове співробітництво у сфері обміну податковою інформацією розвивалося повільно та мало обмежену результативність через відсутність ефективних механізмів автоматичного обміну інформацією, нерозвиненість технологій, недостатню політичну волю і бажання багатьох країн зберігати свою фінансову та податкову конфіденційність. Проте закладені в цей період основи – модельні конвенції, двосторонні угоди і перші кроки до міжнародних стандартів – створили фундамент для подальшого розвитку податкової прозорості та глобальної співпраці після 2000 р.

2.2. Виникнення глобальних стандартів обміну протягом 2000-х рр.

На початку 2000-х рр. ОЕСР оновлено Модельну податкову конвенцію, в якій у ст. 26 прописано стандарти обміну інформацією за

запитом (*Exchange of Information on Request (EOIR)*), а також розроблено Угоду про обмін інформацією для податкових цілей (*IFA Cahiers*, 2020). Так, у ст. 6 Модельної конвенції прописано, що обмін інформацією відбувається за запитом, проте можливі інші формати обміну, в тому числі автоматичний. Ст. 26 у цілому визначає сферу застосування обміну інформацією, що включає в себе всі види податків, їх характеристики, а також податки загальнонаціонального рівня та місцеві. Цією статтею усунуто виключення на обмін, зокрема з причин банківської таємниці.

Угода про обмін інформацією для податкових цілей містить стандарти ефективності обміну інформацією, проте в ній не прописано, якими саме вони мають бути. У ній також зазначається, що можливими є різні форми обміну, автоматичний і спонтанний, і що сторони обміну можуть обирати право двосторонньої взаємодії чи багатосторонньої.

На Глобальному форумі з прозорості та обміну інформацією для податкових цілей у 2000 р., до якого входять як країни ОЕСР, так і такі, що не є членами цієї організації, визначено необхідність міжнародного співробітництва у цій сфері, поступового залучення до цієї міжнародної платформи співробітництва усіх країн світу на багатосторонній основі. Станом на поточний момент до такого співробітництва залучено 171 податкову юрисдикцію. Країни – члени Глобального форуму зустрічаються щорічно для ведення дискусії про різні аспекти міжнародно-правового співробітництва у сфері оподаткування.

Слід зазначити, що на міжнародному рівні різні інституції, у тому числі такі як ОЕСР, ООН та ЄС, представляють власне бачення щодо того, як міжнародно-правове співробітництво має відбуватися. Водночас вони також активно просувають стандарти прозорості й обміну інформацією. Вони впливають на країни, стимулюючи їх до впровадження міжнародних стандартів через рекомендації, "чорні списки" тощо. Зокрема, стандарти ОЕСР передбачають:

- обмін релевантною інформацією за запитом відповідно до внутрішнього законодавства країни-партнера;
- відсутність будь-яких обмежень на обмін інформацією з причин банківської таємниці або переваг, створених внутрішнім податковим законодавством;
- наявність вірогідної інформації та право розпоряджатися нею;
- повагу до прав платників податків;
- сувору конфіденційність обміну інформацією.

У 2003 р. однією з перших спроб міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податкової інформацією була директива ЄС щодо закордонних заощаджень (*Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments*), і вона стосувалася лише депозитних рахунків, за якими сплачуються їх власникам відсотки. Цією директивою не було охоплено портфелі активів у формі акцій, що

залишало їх власникам значні можливості для ухилення від сплати податків і приховування своїх статків та доходів. Крім того, ця директива ЄС застосовувалася лише до європейських банків.

Глобальна фінансова криза 2008 р., широко розголошені податкові скандали, що виникли приблизно в той самий час, переконали лідерів провідних країн, у тому числі країн G20, у необхідності скоординованих дій для боротьби з ухиленням від сплати податків у всьому світі. У квітні 2009 р. лідери G20 оголосили у своїй лондонській декларації, що ера банківської таємниці закінчилася. Відтоді G20 керує програмою прозорості, контролюючи розробку стандартів та їх впровадження на глобальному рівні через Глобальний форум з прозорості та обміну інформацією.

На рівні ЄС у квітні 2009 р. Європейською комісією представлено доповідь "Забезпечення належного врядування у податкових справах" як дороговказ для країн – членів ЄС, кандидатів на вступ до ЄС та тих країн, що отримують допомогу від ЄС. Основні рекомендації цієї доповіді як заходи захисту фінансової системи ЄС, а також протидії ухиленню від сплати податків полягають у встановленні податкової прозорості, обміну інформацією, справедливої податкової конкуренції. Цим документом пропонується внесення змін до *acquis communautaire* ЄС у сфері оподаткування, зокрема й до директиви 2003/48/ЄС.

Взагалі слід зазначити, що протягом 2000-х рр. міжнародно-правове співробітництво у сфері обміну податковою інформацією відбувалося здебільшого у форматі обміну за запитом і таке співробітництво не було достатньо ефективним. Зокрема, Г. Цукман, Р. Навін зауважують, що обмін за запитом у справах про податкові правопорушення передбачає надання разом із запитом обґрунтованих підозр стороною, що такий запит робить. У разі відсутності правових підстав для такого запиту офшорні юрисдикції дуже часто відмовляються від співробітництва. Тому практика обміну інформацією за запитом дуже часто була малоефективною.

Стандарти обміну на основі запиту тепер запроваджені в усьому світі, й майже кожна юрисдикція у світі зобов'язується надавати запитувану інформацію. Щоб виконати це зобов'язання, юрисдикції внесли низку законодавчих та адміністративних змін, і в більшості випадків юрисдикції обмінюються необхідною інформацією. Однак кількість поданих запитів все ще надзвичайно низька, насамперед через низьку обізнаність податкових органів щодо величезного потенціалу глобальної прозорості для покращення дотримання законодавства.

2.3. Адаптація стандарту автоматичного обміну інформацією протягом 2010-х рр.

Розробка стандартів автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки значною мірою зумовлена одностороннім законодавством США для боротьби з ухиленням від сплати податків у всьому світі, оскільки основні економіки світу визнали модель корисною. Однією

з перших й найрадикальніших спроб протидіяти ухиленню від сплати податків та розмиванню баз оподаткування на глобальному рівні є закон США "Про податкові вимоги до іноземних рахунків" (*Foreign Accounts Tax Compliance Act*, далі – *FATCA*). Він прийнятий у 2010 р. Його поетапне введення відбувалось у 2014–2015 рр. Згідно з цим законом Міністерство фінансів США вимагає від усіх зарубіжних банків інформувати уряд про будь-які джерела доходів, банківські рахунки, інвестиції, що тримають за межами США американські платники податків. Слід зазначити, що ефективність цього закону посилюється не тільки його глобальним характером. Зокрема, він стосується фінансових установ по всьому світу, які мають кореспондентські відносини з фінансовими установами США і рахунки громадян цієї країни. Дія *FATCA* посилюється жорсткими фінансовими санкціями, які застосовуються у разі відмови фінансових установ інших країн у співпраці з урядом США. Санкції, передбачені цим законом, полягають у застосуванні додаткового податку в розмірі 30% на доходи, які фінансові установи, що відмовилися від співробітництва, отримують від своїх операцій в Америці. Як показує практика, ці заходи впливу виявилися досить суттєвими, оскільки навіть такі податкові юрисдикції, як Люксембург і Швейцарія, що початково відмовлялися співпрацювати у сфері автоматичного обміну інформацією за директивою ЄС щодо закордонних заощаджень, погодилися співпрацювати в межах дії *FATCA*.

Україна не є повноправним учасником *FATCA*, оскільки цей закон стосується в основному взаємовідносин між США та фінансовими установами в інших країнах. Однак вона підписала міжурядову угоду із США щодо виконання вимог *FATCA*.

Офіційно Україна приєдналася до угоди *FATCA* 7 лютого 2017 р., підписавши міжурядову угоду із США, яка передбачає обмін інформацією про фінансові рахунки американських платників податків в українських фінансових установах. Угода є важливою для забезпечення відповідності міжнародним стандартам податкової прозорості й уникнення штрафних санкцій з боку США для українських фінансових установ. Вона зобов'язує фінансові установи України збирати та передавати інформацію про рахунки, що належать резидентам США, до податкових органів України, які потім передають цю інформацію до Податкової служби США (*IRS*). Важливо зазначити, що фактично *FATCA* є прикладом обміну інформацією в односторонньому порядку.

Достатньо висока результативність *FATCA* у виявленні неоподаткованих доходів стимулювала інші країни до запровадження подібних ініціатив, таких як згаданий раніше *CRS* від ОЕСР. Цей стандарт схвалений Радою ОЕСР 15 липня 2014 р., що вимагає від країн, які його імплементують, здійснювати збір інформації від фінансових установ про фінансові рахунки власників рахунків та щорічно на автоматичній основі обмінюватися такою інформацією з юрисдикціями – партнерами з обміну в рамках Багатосторонньої угоди компетентних органів про

автоматичний обмін інформацією про фінансові рахунки (*Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information*).

На якісно новий рівень міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією світова спільнота вийшла завдяки проєкту країн ОЕСР та G20 "Розмивання бази оподаткування та переміщення прибутків" (*Base Erosion and Profit Shifting*, далі – *BEPS*). Цей проєкт стосується стратегій податкового планування, в яких використовуються прогалини та невідповідності національних та міжнародних правил оподаткування для штучного перенесення прибутків до низькоподаткових юрисдикцій, в яких економічна діяльність відсутня або мінімальна.

Формально він бере початок у 2015 р., коли остаточно сформульовано плани дій із 15 заходів у рамках трьох основних складових кооперації: впровадження узгодженості національних правил, що впливають на міжнародну діяльність, посилення вимог наявних міжнародних стандартів щодо сутності, а також поліпшення прозорості та впевненості. Стандарти обміну певною мірою змінено для забезпечення їх реалізації в багатосторонньому глобальному середовищі.

Проєкт *BEPS* складається з 15 заходів, які мають на меті усунути лазівки у міжнародному податковому законодавстві, що дозволяють компаніям штучно знижувати податкові зобов'язання. Деякі з ключових напрямів проєкту включають також посилення прозорості у сфері оподаткування (захід 5 "Підвищення ефективності протидії шкідливим податковим практикам з урахуванням принципу прозорості і сутності") та введення обов'язкових правил розкриття інформації (захід 12 "Обов'язкові правила розкриття інформації", захід 13 "Документація з трансфертного ціноутворення та звітність в розрізі країн").

2.4. Експансія багатостороннього співробітництва у сфері обміну податковою інформацією (2015 р. – дотепер)

На цьому етапі міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією відбувається подальший розвиток і посилення багатостороннього формату співробітництва.

Зокрема, захід 13 проєкту *BEPS* спрямований на вирішення проблеми податкової оптимізації великими міжнародними компаніями, які можуть використовувати прогалини у міжнародній системі оподаткування для мінімізації податкових зобов'язань. Тому згідно з цим заходом передбачено щорічне звітування міжнародних компаній у розрізі країн (*Country-by-Country Reporting*) і зобов'язання розкривати інформацію про їх діяльність, отримані прибутки та сплачені податки. Україна є частиною цієї міжнародної практики, оскільки звітність у розрізі міжнародної групи компаній запроваджено у 2020 р. На глобальному рівні цей обмін відбувається вже достатньо ефективно.

Цей етап еволюції міжнародно-правового співробітництва держав у сфері обміну податковою інформацією характеризується початком глобальної співпраці країн у рамках Багатосторонньої угоди компетентних органів про автоматичний обмін інформацією про фінансові рахунки. Це найбільш повний багатосторонній протокол обміну інформацією, що врегульовує такі форми обміну, як обмін за запитом, автоматичний та спонтанний. Сьогодні всеохоплююча імплементація багатостороннього формату співробітництва щодо обміну інформацією відбувається також шляхом розробки багатостороннього інструменту (*MLI*) для внесення змін до угод про уникнення подвійного оподаткування, що укладені між окремими країнами у двосторонньому форматі (захід 15 *BEPS*).

З огляду на це слід зазначити, що, згідно з даними ОЕСР, перший обмін податковою інформацією за стандартом *CRS* вже проведено між 117 країнами. Загалом задекларували намір здійснювати обмін і доєдналися до нього вже 123 країни світу.

Час, що минув від перших обмінів, дає змогу зробити певні висновки щодо результативності таких проєктів. Як зазначалося раніше, одним із перших і найбільш ефективних проєктів обміну податковою інформацією є *FATCA*. Ця результативність проявляється у збільшенні прозорості та зменшенні обсягів ухилення від сплати податків, зростанні податкових надходжень, досягненні якісно нового рівня співробітництва.

Так, *FATCA* значно посилила глобальну прозорість, змусивши банки та фінансові установи у понад 110 країнах надавати інформацію про американських клієнтів. Це дозволило *IRS* отримувати доступ до даних про рахунки, які раніше були поза їхнім контролем. За перші кілька років дії закону зібрано мільярди доларів штрафів та податків. Наприклад, у 2018 р. *IRS* повідомила про отримання більш ніж 11,1 млрд дол. США з незадекларованих рахунків. Саме тому *FATCA* загалом вважається ефективним інструментом у боротьбі з ухиленням від сплати податків, а отже, й збільшення податкових надходжень до державного бюджету США.

Своєю чергою, стандарт *CRS* також значно підвищив рівень прозорості у глобальній фінансовій системі, оскільки понад 100 країн та юрисдикцій зобов'язалися надавати автоматичний обмін інформацією. Це зменшує можливості для ухилення від сплати податків через використання офшорних рахунків. Де-факто ухилення від сплати податків через офшори стало набагато складнішим, оскільки податкові органи тепер автоматично отримують інформацію про фінансові рахунки нерезидентів. Це зменшує стимули для громадян і компаній приховувати свої активи за кордоном. Впровадження *CRS* дало можливість багатьом країнам отримати доступ до даних про фінансові активи своїх резидентів за кордоном, що раніше було важко здійснити.

За оцінками ОЕСР, до впровадження *CRS* та інших стандартів обміну інформацією повернуто податків на суму понад 107 млрд євро у вигляді добровільних декларацій і податкових донарахувань у 2009–2021 рр. Проте для максимальної результативності *CRS* потрібно впоратися з низкою викликів, пов'язаних із витратами на впровадження, нерівномірністю застосування та захистом даних. Адже збір і передача великого обсягу фінансових даних породжують питання про захист конфіденційної інформації платників податків. Існують ризики, що ці дані можуть бути використані не за призначенням або можуть потрапити до рук зловмисників через кіберзлочини.

Висновки

Робоча гіпотеза дослідження набула свого підтвердження, оскільки міжнародно-правове співробітництво держав у сфері обміну податковою інформацією є, з одного боку, одним з найбільш ефективних інструментів протидії розмиванню баз оподаткування й ухиленню від сплати податків, а з іншого – досягнення належного рівня податкової прозорості та підзвітності платників податків. Міждержавна кооперація в цій сфері дає змогу підвищити якість контролю за повнотою та своєчасністю сплати податків, усунути асиметрію інформації щодо фінансового стану платників податків, наявності та володіння ними різними об'єктами оподаткування у різних податкових юрисдикціях, у тому числі офшорних.

Основний недолік чинної міжнародної системи оподаткування в тому, що поміж різних податкових юрисдикцій вона дозволяє існування низькоподаткових, можливостями і послугами яких користуються окремі платники податків, як фізичні, так і юридичні особи, для ухилення від сплати податків та/або оптимізації своїх податкових зобов'язань. Зростання глобальної офшорної інфраструктури становить серйозну загрозу стійкості системи публічних фінансів багатьох країн світу. Виникнення офшорів на початку минулого сторіччя зумовлено впливом декількох соціально-економічних і політичних обставин, серед яких, зокрема, такі як податкова політика провідних держав світу після Першої світової війни, трансформація природи багатства та форм його збереження.

Намагаючись отримати переваги у конкурентній боротьбі за міжнародні інвестиції, глобальні фінансові ресурси, окремі країни вдаються до практики недоброзичливої податкової конкуренції. Її сутність полягає в тому, що країни або юрисдикції встановлюють дуже низькі податкові ставки або пропонують спеціальні податкові режими для залучення іноземного капіталу та компаній, що може підривати податкову базу інших країн і сприяти ухиленню від сплати податків. Цей феномен може створювати несправедливі переваги та стимулювати перенесення прибутків між юрисдикціями для зменшення податкового

навантаження, що негативно впливає на доходи державних бюджетів інших країн. У світовій практиці стандартів податкової політики вважається неприпустимим, коли приватні особи чи компанії збагачуються на вільній торгівлі й економічній інтеграції лише для того, щоб отримувати прибутки за рахунок інших країн.

Еволюція міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією, що розпочалося у минулому сторіччі, має якісний прогрес, оскільки відбувається шляхом ускладнення форм такої кооперації. Спочатку співробітництво відбувалося на двосторонній основі фрагментарно між окремими країнами світу, а з поширенням глобалізаційних процесів, масштабуванням цифрових технологій, збільшенням можливостей накопичення та швидкості передавання інформації воно стає дедалі складнішим як за змістом, так і за формою. Зокрема, сьогодні така взаємодія відбувається комплексно, у багатосторонньому форматі. Найвищою формою цієї взаємодії наразі є стандарт автоматичного обміну податковою інформацією *CRS*, до якого доєдналися 123 країни світу.

Результативність міжнародно-правового співробітництва у сфері обміну податковою інформацією безпосередньо залежить від рівня охоплення такої співпраці як за обсягом активів, так і податковими юрисдикціями. На початковому етапі співробітництва щодо обміну інформацією, коли воно було фрагментарним та вибіркоvim, зокрема, обмін інформацією відбувався лише за запитом контролюючих органів, результативність такої співпраці була недостатньою. Починаючи з 2010-х рр., коли провідні держави світу створили проекти глобального та комплексного обміну інформацією (*FATCA*, *BEPS*), ця результативність значно підвищилась.

Практика засвідчує, що *FATCA*, *CRS* загалом є ефективними інструментами для підвищення податкової прозорості, зменшення ухилення від сплати податків та покращення співробітництва між податковими органами різних країн. Їх запровадження допомогло багатьом країнам збільшити податкові надходження та посилити боротьбу з ухиленням від сплати податків, фінансовими злочинами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

Devereux, M. P., Auerbach, A., Keen, M., Oosterhuis P., Schön W., & Vella J. (2021). *Taxing Profit in A Global Economy*. <https://www.doi.org/10.1093/oso/9780198808060.001.0001>

IFA Cahiers, (105B). (2020). <https://www.ifa.nl/media/6223/ifacahiervol-105ab-summary.pdf>

Navin, R. (2017). *Information exchange and tax transparency: tackling global tax evasion and avoidance*. Gurgaon: LexisNexis.

Oberson, X. (2023). *International Exchange of Information in Tax Matters: towards global transparency*. 3rd ed. Cheltenham: Edward Elgar.

OECD. (1998). *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en

OECD. (2024a). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

OECD. (2024b). *Statement by The Secretary-General on the Rio de Janeiro G20 Ministerial Declaration on International Tax Cooperation*. <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2024/07/statement-by-the-oecd-secretary-general-g20-tax-declaration.html>

Zucman, G. (2015). *Hidden Wealth of Nations. The Scourge of Tax Havens*. The University of Chicago Press, Ltd., London.

<p>Брехов, С. С., Коротун, В. І., Сушкова, О. Є., Новицька, Н. В. та ін. (2017). <i>Протидія агресивному податковому плануванню: світовий досвід та виклики для України</i>. С. С. Брехов & В. І. Коротун (Ред.). Алерта.</p>	<p>Brekhov, S. S., Korotun, V. I., Sushkova, O. Ye., Novytska, N. V. et al. (2017). <i>Counteracting aggressive tax planning: global experience and challenges for Ukraine</i> (Eds.). Alerta.</p>
---	--

<p>Олійник, Я., & Кучерява, М. (2021). Оцінка готовності України до міжнародного автоматичного обміну інформацією в податкових цілях. <i>Фінанси України</i>, (2), 85–97.</p>	<p>Oliinyk, Ya., & Kucheriava, M. Assessment of Ukraine's readiness for international automatic exchange of information for tax purposes. <i>Finance of Ukraine</i>, (2), 85–97.</p>
---	--

<p>Пікетті, Т. (2016). <i>Капітал у XXI столітті</i>. Наш формат.</p>	<p>Piketty, T. (2016). <i>Capital in The Twenty-First Century</i>. Our Format.</p>
---	--

<p>Рушишин, Н., & Галько, Н. (2016). Міжнародний обмін податковою інформацією: зарубіжний та вітчизняний досвід. <i>Науковий вісник НЛТУ України</i>, 26(2), 241–247.</p>	<p>Rushchyshyn, N. M., & Halko, N. V. (2016). International exchange of tax information: foreign and domestic experience. <i>Scientific bulletin of NLTU of Ukraine</i>, 26(2), 241–247.</p>
---	--

<p>Селезень, П. О. (2009). <i>Міжнародно-правове співробітництво держав у сфері оподаткування</i>. [Дис. канд. юрид. наук]. Національний університет державної податкової служби України.</p>	<p>Selezen, P. O. (2009) <i>International legal cooperation of states in the field of taxation</i>. [Thesis of Candidate of Juridical Sciences]. National University of State Tax Service of Ukraine.</p>
---	---

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин із державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Сирко Д. Еволюція міжнародно-правового співробітництва держав у сфері обміну податковою інформацією. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 95–110. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)07](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)07)

Надійшла до редакції 04.09.2024.

Прийнято до друку 01.10.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

ЩЕРБАК Геннадій,
 магістр, аспірант кафедри
 міжнародного, цивільного та
 комерційного права
 Державного торговельно-економічного
 університету
 вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
 H.Shcherbak@knute.edu.ua

SHCHERBAK Hennadii,
 Master, Postgraduate Student
 of the Department of International,
 Civil and Commercial Law
 State University of Trade and Economics
 19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
 ORCID: 0000-0002-8569-9812

**РЕГУЛЮВАННЯ
 ОНЛАЙН-ПЛАТФОРМ У ПРАВІ КНР**

Регулювання діяльності онлайн-платформ стало очевидною тенденцією останнього десятиліття, що пов'язано зі значним впливом їх функціонування на мільйони користувачів. Водночас підходи до такого регулювання є відмінними та виділяють три основні підходи – американський, європейський та китайський. Проаналізовано підхід до регулювання онлайн-платформ у Китайській Народній Республіці (КНР). Унікальність китайського підходу зумовлена: з одного боку, залученням авторитарних методів управління та регулювання для контролю за населенням, а з іншого – успішним сприянням розвитку інновацій та технологічного прогресу в цій сфері, що дозволило створити в КНР за майже 30 років один із найбільших цифрових ринків у світі, де онлайн-платформи відіграють ключову роль у соціальних, економічних і політичних процесах. Гіпотеза дослідження полягає в тому, що регулювання онлайн-платформ у КНР спирається на авторитарну модель управління, яка дає змогу оперативню реагувати на виклики та забезпечує підтримку внутрішньої політики, а також успішно підтримує розвиток інновацій у цифровій сфері. Аналіз наукових джерел забезпечив розуміння регулювання онлайн-платформ з точки зору балансу публічного і приватного інтересу, а також з'ясування особливостей державної політики Китаю. Своєю чергою, саме висвітлення особливостей китайського підходу досягнуто шляхом послідовного телеологічного тлумачення китайських нормативно-правових актів, предметом яких є регулювання доступу до інтернету та його використання і безпосередньо онлайн-платформ. У дослідженні виявлено ключові особливості китайського підходу до регулювання: впровадження політичної цензури, деанонізації користувачів, створення інституційного контролю за платформами й обмеження впливу іноземних ІТ-компаній. Основними результатами є виявлення подвійного характеру регулювання: з одного боку, воно спрямоване на захист користувачів від зловживань платформ, а з іншого – забезпечує

**REGULATION OF ONLINE
 PLATFORMS IN CHINESE LAW**

Regulation of online platforms has become an obvious trend in the last decade, which is associated with the significant impact of their functioning on millions of users. At the same time, approaches to such regulation are different and distinguish three main approaches – American, European and Chinese. The approach to regulating online platforms in the People's Republic of China (PRC) is analysed. The uniqueness of the Chinese approach is due to: on the one hand, the involvement of authoritarian methods of management and regulation to control the population, and on the other hand, the successful promotion of innovation and technological progress development in this area, which allowed the creation in the PRC of one of the largest digital markets in the world in almost 30 years, where online platforms play a key role in social, economic and political processes. The hypothesis of the study posits that the regulation of online platforms in the PRC relies on an authoritarian management model, enabling swift response to challenges while providing support for domestic policy, as well as successfully supports the development of innovations in the digital sphere. The analysis of scientific sources provided an understanding of the regulation of online platforms from the point of view of public and private interest balance, as well as clarification of the peculiarities of Chinese state policy. In turn, the highlighting of the peculiarities of the Chinese approach was achieved through a consistent teleological interpretation of Chinese regulatory acts, the subject of which is the regulation of access to the Internet and its use, and directly online platforms. The study identifies key features of the China's approach to regulation: the implementation of political censorship, user de-anonymization, the creation of institutional platform oversight, and limiting the influence of foreign IT companies. The main results are the identification of the the dual nature of regulation: on the one hand, it is aimed at protecting users from platform abuses, and on the other hand, it ensures state control over information flows. Thus, the Chinese model of online



державний контроль над інформаційними потоками. Отже, китайська модель регулювання онлайн-платформ демонструє унікальний підхід, що поєднує технократичний контроль із політичними цілями.

Ключові слова: онлайн-платформи, саморегулювання господарської діяльності, конкурентне право, кібербезпека, Китай.

platform regulation demonstrates a unique approach combining technocratic control with political objectives.

Keywords: online platforms, self-regulation of economic activity, competition law, cybersecurity, China.

JEL Classification: K20, K24, L86.

Вступ

Протягом останніх років уряди різних держав впроваджують регуляторні інструменти щодо контенту, який розміщується на онлайн-платформах, переслідуючи мету захисту прав інтелектуальної власності, боротьби з дезінформацією, шкідливими та протиправними матеріалами. Великі онлайн-платформи зі стабільно зростаючою кількістю користувачів набувають значної ролі у формуванні суспільної думки, впливу на соціально-економічні процеси, культурне життя, що зумовлює державну інтервенцію у правила, політики й алгоритми, що застосовуються на таких платформах. Зокрема, це проявляється як у специфічному регулюванні в межах "традиційних" галузей права (конкурентного, інформаційного, права захисту споживачів та ін.), так і прийнятті спеціальних норм, безпосередньо спрямованих на онлайн-платформи.

Очевидні тенденції до все більш широкого втручання держави у функціонування цифрових ринків та цифрових платформ стали предметом дослідження багатьох вчених (*Bradford, 2023, 2024; Gorwa, 2024; Zhang, 2024* та ін.), які приходять до погодженої позиції, що у світі формується три підходи до регулювання цифрових ринків та онлайн-платформ: ліберальний, орієнтований на розвиток технологій та інновацій за мінімального державного втручання (наприклад, США), орієнтований на захист фундаментальних прав в інтернет-просторі (ЄС) та орієнтований на підтримку внутрішньої політики держави (КНР). При цьому в останніх двох випадках регулювання платформ стає все більш деталізованим, комплексним і складним для впровадження цільовими компаніями.

Політика китайського уряду в цьому контексті є найбільш показовою, інтенсифікація регуляторного втручання у функціонування онлайн-платформ за останні 5 років набула характеру лісової пожежі, що стрімко розповсюджується (*Yang, 2021*) у сферах фінтеху, соціальних мереж, онлайн-платформ послуг доставки та таксі. Підходи Китаю є доволі унікальними з огляду на обґрунтування, цілі державної політики щодо інтернет-простору, а також підходи, що застосовуються (*Zhang, 2022*). Показовим є також і те, що регуляторна інтервенція китайського уряду в інтернет-просторі не спиняється, зокрема, у квітні 2024 р. прийнято Тимчасові заходи захисту від недобросовісної конкуренції в інтернеті (*China's State Administration for Market Regulation Releases Interim Provisions on Anti-Unfair Competition on the Internet, 2024*).

Дослідницький інтерес до регулювання онлайн-платформ, підкріплений доктринальним аналізом, привів до формулювання гіпотези цього дослідження, яка полягала в тому, що регулювання онлайн-платформ у Китаї базується на успішному досвіді регулювання інтернету, де авторитарний режим дозволив ефективно залучати різні державні органи та достатньо швидко приймати необхідні регуляторні заходи, спрямовані на захист державного устрою і державної політики в країні.

З огляду на сформульовану гіпотезу мета цього дослідження полягала в з'ясуванні особливостей авторитарного підходу регулювання онлайн-платформ у Китайській Народній Республіці. Під особливостями розуміються: характер зобов'язань, які покладаються на онлайн-платформи, та відповідальність за їх порушення, комплекс прав користувачів, які мають забезпечуватися онлайн-платформою, можливості держави щодо впливу і втручання в діяльність онлайн-платформ та їх характер, рівень і характер політичної цензури у сфері онлайн-платформ тощо.

Для цього проаналізовано нормативно-правові акти КНР, наукові та публіцистичні матеріали з тематики дослідження, а до текстів регуляторних актів застосовано телеологічний метод (у перекладі на англійську з онлайн-ресурсу www.chinalawtranslate.com/en/).

Структурно дослідження побудовано так: у першій частині розкрито сутність основних підходів до регулювання онлайн-платформ, у другій – особливості розвитку інтернету в КНР, у третій частині послідовно висвітлено ключові компоненти основних актів, що регулюють онлайн-платформи в інтернеті.

1. Основні підходи до регулювання онлайн-платформ

Онлайн-платформи відіграють ключову роль у сучасному суспільно-економічному житті, впливаючи на формування громадської думки, розвиток цифрової економіки та забезпечення доступу до інформації. Вони стали невіддільною частиною комунікації, торгівлі та розваг, залучаючи мільярди користувачів по всьому світу. Однак їхній вплив не обмежується лише позитивними аспектами – онлайн-платформи можуть сприяти поширенню дезінформації, порушенню приватності та зловживанню монопольним становищем. Це зумовлює необхідність ефективного регулювання, яке має знайти баланс між свободою слова, захистом користувачів і забезпеченням конкурентного середовища. Дослідження різних підходів до регулювання платформ, таких як американська, європейська та китайська модель, є важливим для розуміння можливостей і викликів у цій сфері. Воно дозволяє оцінити ефективність різних стратегій і адаптувати їх до потреб інших країн та регіонів.

В основі класифікації підходів до регулювання онлайн-платформ лежить балансування між приватним і державним інтересом. Державний інтерес може охоплювати категорії національної безпеки, громадського

порядку, захисту прав громадян, забезпечення існування наявного політико-правового режиму, економічну стабільність і конкуренцію, соціальну справедливість, тоді як приватний інтерес може включати категорії свободи слова, свободи підприємницької діяльності, саморегулювання, просування інновацій. Отже, виділяються три вищезгадані підходи: американський підхід, який ґрунтується на невтручанні держави в діяльність онлайн-платформ, щоб не заважати прискоренню інновацій у цифровій сфері, а тому його балансування зрушено в бік приватного інтересу; європейський підхід, який спрямований на захист фундаментальних прав користувачів онлайн-платформ, а тому він намагається балансувати між вимушеним державним контролем та регулюванням задля забезпечення фундаментальних прав і приватними інтересами онлайн-платформ; китайський підхід, який розглядає регулювання онлайн-платформ як ще один з інструментів контролю держави за суспільством та забезпечення подальшого існування політично-правового режиму, а тому в цьому випадку балансування сильно зрушено в напрямі державного інтересу (*Bradford, 2023*).

Історично найпершим з'явився саме американський підхід до регулювання онлайн-платформ. По-перше, хоча швейцарський *CERN* і є місцем виникнення сучасного глобального інтернету, Сполучені Штати Америки – місце створення його попередника, який виник з мережі, що об'єднувала комп'ютери низки наукових закладів та університетів, під назвою *ARPANET*. У США виникли одні з перших онлайн-платформ та інтернет-спільнот. По-друге, саме США стали батьківщиною найперших транснаціональних *IT*-гігантів, що були власниками онлайн-платформ. Американські інтернет-користувачі в 1980–1990 рр. (до яких належали і власники перших онлайн-платформ) просували ідеї вільного інтернет-простору, вільного насамперед від державного втручання та регулювання, бо вважалося, що інтернет-спільнота загалом і онлайн-платформи безпосередньо зможуть ефективно здійснювати саморегулювання. Оскільки формування онлайн-платформ у США супроводжувалося стрімким розвитком цифрових технологій та інновацій, це було достатнім для американської влади аргументом того, що мінімальна роль держави в регулюванні онлайн-платформ є вірним варіантом. Окрім того, з розповсюдженням доступу до інтернету по світу американські онлайн-платформи були ефективним способом поширення американських цінностей в інших країнах світу.

Водночас американський підхід до регулювання онлайн-платформ призвів до того, що без втручання держави, за відсутності федеральних законів про захист даних користувачів, а також бездіяльності з боку антимонопольних органів власники онлайн-платформ отримали значну владу над своїми користувачами та їхніми особистими даними, що створювало передумови для вчинення онлайн-платформами різноманітних зловживань (*Bradford, 2024*). Також американський підхід, окрім просування ідеї мінімального втручання держави в діяльність платформ,

підтримував ідею абсолютної свободи слова. Це спричинило інший негативний наслідок – абсолютна свобода слова призвела до поширення мови ненависті, дезінформації та маніпуляцій з інформацією, що, своєю чергою, порушувало інші фундаментальні права людини. Саме це стало причиною формування європейського підходу до регулювання онлайн-платформ, яке орієнтувалося на захист фундаментальних прав користувачів за допомогою комплексного врегулювання діяльності онлайн-платформ (Акт про цифрові послуги ЄС, Акт про цифрові ринки ЄС тощо). За цього підходу державне втручання сприймається як вимушений захід для забезпечення та захисту прав користувачів онлайн-платформ від зловживань з боку їх власників.

У КНР також виник скептицизм щодо американського підходу, але вочевидь не через порушення фундаментальних прав користувачів, а через те, що цей підхід ніс загрозу для існування політичного режиму в КНР, оскільки, як було сказано вище, американські платформи були інструментом поширення американських цінностей, які могли підірвати "соціальну стабільність" у КНР, що могло б поставити під загрозу існування політичного режиму. Тому китайський підхід регулювання онлайн-платформ міг ґрунтуватися тільки на всеохопному державному втручанні та контролі з метою розбудови власних онлайн-платформ, які будуть підконтрольні китайській владі (*Bradford, 2023*).

2. Особливості розвитку інтернету в Китаї

2.1. Поява інтернету на території Китаю

Історія розвитку інтернету та його регулювання на території КНР є досить складною та довгою. Вперше доступ до всесвітньої мережі в країні з'явився у 1987 р., але його використання було обмежено державними органами та науково-дослідними установами. З 1995 р. інтернет стає доступним в Китаї вже для широкого загалу, а також з метою комерційного використання (*Mubarak, 2020*). Як наслідок, кількість користувачів почала стрімко зростати: протягом 1995 р. їхня кількість зросла від 3000 до 40 000 осіб. Також упродовж наступних років були засновані нинішні китайські IT-гіганти, такі як *NetEase* (1997 р.), *Tencent* (лютий 1999 р.), *Alibaba* (квітень 1999 року), *Baidu* (січень 2000 р.) (*Webster, 2019*) тощо.

Поява інтернету в Китаї відбулася в період економічної та часткової політичної лібералізації, який розпочався після смерті Мао Цзедуна у 1976 р. і закінчення руйнівної двадцятирічної культурної революції та часткової міжнародної ізоляції, що нанесла країні значні економічні збитки. З приходом до влади Дена Сяопіна КНР почала реалізовувати політику покращення зіпсованих дипломатичних відносин з країнами Заходу, у т. ч. зі Сполученими Штатами, та політику інтеграції КНР у міжнародну спільноту та систему міжнародної торгівлі. Так, зокрема, КНР розпочала процес вступу до Світової організації торгівлі та вступила до неї у 2001 р. (*Sapir & Mavroidis, 2021*).

Вочевидь причина початку цієї епохи лібералізації була досить прагматичною: культурна революція замість "великого стрибка" так і залишила КНР відсталою та закритою аграрною державою, яка не могла конкурувати з індустріальними гігантами Заходу, більше того, бідність та розруха могли стати приводом для масових соціальних заворушень, що могли поставити під сумнів легітимність керівного авторитарного режиму КПК (*Webster, 2019*).

У той самий час країни Заходу позитивно зустріли початок епохи лібералізації та, зокрема, поширення на території Китаю доступу до інтернету, оскільки були переконані, що це приведе до ще більшої перебудови всередині КНР та перетворить її на демократичну країну. Так, наприклад, Білл Клінтон у своїй промові у 2000 р. зазначив: "Ми знаємо, наскільки інтернет змінив Америку, і ми вже є відкритим суспільством. ... Уявіть, наскільки це може змінити Китай" (примітка – переклад автора) (*Sanger, 2000*).

2.2. Перші спроби влади КНР щодо врегулювання інтернет-простору та онлайн-платформ

Влада КНР не збиралася будувати відкрите суспільство в країні, оскільки в майбутньому це могло зруйнувати побудований авторитарний режим, а тому вона готувалася адаптувати інтернет до китайського культурно-правового простору, а саме встановлення політичної цензури й обмеження свободи висловлення. У країні вже існувала система політичної цензури й обмежень свободи висловлення в межах традиційних ЗМІ, які належали державі: газети, журнали, радіо та телебачення. У китайського керівництва для цього були всі можливості, оскільки створення інтернет-інфраструктури в країні здійснювалося державою, інтернет-провайдери повинні були мати ліцензію для здійснення своєї діяльності та хоча б на 51% належати державним компаніям (*Weber Digital, 2023*). Отже, китайська влада могла досить легко реалізувати впровадження обмежень до свого інтернет-простору. З цього приводу Ану Бредфорд влучно зазначила, що "Китайський уряд перетворив інтернет із засобу просування демократії на інструмент, що слугує автократії. ... Це показує, що свобода не є невід'ємною рисою інтернету, а скоріше об'єктом політичного вибору тих, хто має владу дозволяти або подавляти цю свободу" (примітка – переклад автора) (*Bradford, 2023*).

Структура державних органів для контролю за інтернет-простором в Китаї протягом 2000-х років була досить розгалуженою. Інституційно ця система складалася з різних органів партійно-урядового апарату: з двох керівних груп Центрального комітету КПК, які займалися широким колом питань, Центрального відділу пропаганди КПК, що відповідав за щоденне управління пропагандою, Інформаційного бюро Державної ради, яке стежило за новинами, та низки органів на рівні міністерства, які здійснювали нагляд за державними ЗМІ (*Creemers, 2017*).

Разом з тим у 1996 р. Державною Радою КНР були видані Тимчасові положення, що регулюють управління комп'ютерними інформаційними мережами, які вперше визначили перелік забороненої для передачі в інтернет-просторі інформації: інформація щодо національної безпеки, державної таємниці, інформація, яка порушує соціальну стабільність, та матеріали сексуального характеру. А у 2000 р. цей перелік був розширений у новому документі – Заходи з управління інформаційними інтернет-службами, де було додано інформацію, що підриває національну єдність, соціальний порядок, поширення чуток, інформацію, яка зачіпає честь та інтереси держави, інформацію, яка суперечить базовим принципам конституції або порушує закони та інші адміністративні регулювання. Також у 2003 р. для посилення політичної цензури в Китаї була впроваджена фільтраційна система "Золотий щит", яка обмежувала користувачам доступ до інформації, що містить заборонені слова (Zheng, 2013).

Отже, можна сказати, що вже на ранньому етапі існування інтернету в Китаї влада КНР швидкими темпами сформувала систему політичної цензури для своїх користувачів, фактично перенісши її зі сфери традиційних китайських ЗМІ. Діяльність китайської влади протягом цього періоду фокусувалася виключно на обмеженнях користувачів. Що ж стосується інтернет-провайдерів та онлайн-платформ, то Китай не поспішав створювати комплексне регулювання для них.

Китайська влада вочевидь була зацікавлена у формуванні власних ІТ-гігантів, які б, по-перше, могли стимулювати технологічний прогрес у сфері китайських цифрових технологій, а по-друге, конкурували з американськими ІТ-гігантами як на території Китаю, так і за його межами. А це дало б можливість убезпечити китайських користувачів від американського впливу, який розповсюджували американські корпорації, та мати можливість здійснювати свій вплив на треті країни. Саме тому китайська влада дуже активно інвестувала у формування та розширення власних онлайн-платформ, а також стимулювання розвитку інновацій. І це принесло свої результати: так, зокрема, станом на 2024 р. 8 з 20 найбільших інтернет-компаній за доходом є китайськими ІТ-гігантами (*Jingdong Mall, Alibaba, Tencent, Pinduoduo, Meituan, DiDi, Kuaishou Technology, Vipshop*) (*Companies Market Cap, 2024*). Окрім того, в Китаї було заблоковано з політичних причин (переважно через висвітлення протестів) низку популярних американських платформ (*Facebook, Twitter/X, Google, YouTube* тощо), що також убезпечувало китайські онлайн-платформи від конкуренції із західними платформами за багатомільйонний китайський ринок (*Hamza, 2024*).

2.3. Створення спеціальних законів для врегулювання інтернет-простору та онлайн-платформ

Зміни в напрямі регулювання онлайн-платформ розпочалися з обранням Сі Цзіньпіна головою КНР у 2013 р. Секретне комюніке

Центрального комітету КПК було розповсюджено серед вищих посадовців. У цьому документі було визначено сім категорій потенційного ідеологічного ризику та зазначено, що інтернет, зокрема, є каналом для "помилкових тенденцій мислення" задля проникнення в основний дискурс. Це супроводжувалося медійною кампанією, у ході якої центральні партійні ЗМІ опублікували серію статей із закликами до ідеологічної чесності та пильності щодо проникнення і втрати контролю, зокрема в інтернеті (*Creemers, 2017*).

Можна виділити такі підстави для впровадження комплексного регулювання онлайн-платформ:

- занепокоєння китайської влади щодо використання соціальних мереж для координації протестів та інших соціальних заворушень на прикладі Арабської весни (*Fontaine & Rogers, 2011*);
- оприлюднення Едвардом Сноуденом секретних документів, які розкривають можливості американської розвідки зі спостереження за іноземними чиновниками (*Strittmatter, 2013*);
- китайські ІТ-гіганти майже повністю забезпечували китайських користувачів власними цифровими сервісами;
- необхідність приборкати ІТ-гігантів, які стали монополістами завдяки державній підтримці та блокуванню західних платформ.

3. Ключові нормативно-правові акти КНР для регулювання інтернет-простору

Протягом наступних років в Китаї були прийняті чотири ключові закони, які стали основою державного регулювання інтернет-простору в країні (і зокрема онлайн-платформ), а саме:

- 1) Закон про кібербезпеку 2016 року;
- 2) Закон про електронну комерцію 2018 року;
- 3) Закон про захист персональної інформації 2021 року;
- 4) Закон про охорону даних 2021 року.

3.1 Ключові положення Закону про кібербезпеку КНР 2016 року

Закон про кібербезпеку КНР прийнятий у 2016 р. Як зазначається в самому законі, його ціллю є захист китайського кіберпростору, державних та приватних інтересів у цій сфері тощо. Серед термінів закон визначає поняття "кібербезпеки", під чим розуміється здатність запобігати мережевим атакам, вторгненням, перешкодам, пошкодженню, незаконному використанню та нещасним випадкам, робити мережі стабільними та надійними, а також забезпечувати цілісність, конфіденційність і доступність мережових даних, а також поняття "оператора мережі", що охоплює власників мереж, адміністраторів та постачальників мережових послуг.

Від операторів мереж, організацій, пов'язаних з інтернет-індустрією, вимагається:

1. Дотримання положень законів та регулювань, "поважати соціальну мораль, дотримуватись ділової етики, діяти сумлінно, виконувати свої зобов'язання щодо захисту кібербезпеки, приймати нагляд з боку уряду та громадськості та брати на себе соціальну відповідальність", а також "покрощити галузеву самодисципліну, сформулювати кодекси поведінки щодо кібербезпеки, навчити своїх членів посилювати заходи кібербезпеки, покращити можливості кібербезпеки та сприяти здоровому розвитку галузі".

2. Впровадження багаторівневої системи захисту кібербезпеки для запобігання несанкціонованим втручанням та захисту персональних даних користувачів (створення правил внутрішньої безпеки, технічних заходів із запобігання зараженню комп'ютерними вірусами, зі спостереження за статусом операцій в мережі та їх запису, боротьби з кібератаками, а також таких заходів, як класифікація даних, резервне копіювання важливих даних і шифрування даних тощо). У випадку виявлення вразливості в системі безпеки оператори окрім вживання необхідних заходів мають також повідомити про інцидент державні органи; при зборі персональних даних користувачів чітко зазначати про це та здійснювати збір тільки у випадку їхньої згоди.

3. При реєстрації користувачів отримання від них відомостей, які підтверджують їхню особу. Без цього реєстрація не дозволяється; має надаватися технічна підтримка та допомога відповідним органам державної влади за їхнім запитом, зокрема у сфері сприяння розслідуванню кримінальних правопорушень.

4. Провайдери інтернет-послуг, які збирають персональні дані китайських користувачів, мають зберігати їх на серверах у межах материкового Китаю. Для отримання дозволу на передачу даних за межі Китаю має бути проведена безпекова оцінка.

5. Принаймні один раз на рік оператори критичної інформаційної інфраструктури повинні проводити оцінку потенційних ризиків мережевої безпеки особисто або довіривши це постачальнику послуг кібербезпеки. Результати цієї оцінки та заходи щодо покращення мають бути представлені відповідному відділу, відповідальному за безпеку критичної інформаційної інфраструктури.

6. Провайдери інтернет-послуг, які збирають персональні дані користувачів, мають зберігати конфіденційність цих даних, не повинні збиратися дані, не пов'язані з діяльністю платформи, персональні дані не мають розкриватися, зазнавати шкоди або передаватися третім сторонам без згоди користувача.

Від будь-якої фізичної або юридичної особи вимагається:

1. Дотримуватися в інтернет-просторі соціального порядку, поважати соціальну мораль, не брати участі в діяльності, яка загрожує

національній безпеці та інтересам, не закликати до повалення соціалістичного режиму, терористичних або екстремістських актів, не розпалювати сепаратистські настрої, не пропагувати дискримінацію чи етнічну ворожнечу, не поширювати неправдиву інформацію, жорстокий або порнографічний контент, не порушувати авторські або інші права інших осіб тощо. Будь-яка особа чи організація має право повідомляти про поведінку, яка загрожує кібербезпеці, органам влади в кіберпросторі, органам телекомунікацій, органам громадської безпеки чи іншим відповідним органам.

2. Не повинні створювати вебсайти чи групи спілкування з метою вчинення шахрайства, поширення злочинної діяльності, виробництва чи продажу заборонених або контрольованих товарів або участі в іншій незаконній та злочинній діяльності.

3. У випадку порушення провайдером відповідних вимог щодо збору й обробки персональних даних користувач має право вимагати видалення відповідних даних.

4. Надіслана електронна інформація чи прикладне програмне забезпечення, надане будь-якою особою чи організацією, не повинні встановлювати зловмисне програмне забезпечення або містити інформацію, публікацію чи передачу якої заборонено законами й адміністративними правилами.

Закон наділяє державу повноваженнями, зокрема:

1. З формування стратегій, регламентів та вимог у сфері кібербезпеки, а також вживати заходів для попередження та боротьби з кібербезпековими ризиками, захищати критичну інформаційну структуру тощо. Безпосередньо відповідальним за реалізацію цих повноважень є Адміністрація з кіберпростору (далі – САС), а також відділи Державної Ради.

2. Національні органи кіберпростору та відповідні департаменти несуть відповідальність за моніторинг та управління безпекою онлайн-контенту. Якщо вони виявляють публікацію або передачу інформації, яка заборонена законами чи адміністративними правилами, вони вимагають, щоб оператори мереж припинили передачу такої інформації та вжили заходів для її видалення.

3. Департаменти та їхній персонал, який відповідає за нагляд та адміністрування кібербезпеки, повинні зберігати особисту інформацію, приватну інформацію і комерційну таємницю, отриману під час виконання своїх обов'язків, у суворій конфіденційності та не повинні розголошувати, продавати чи незаконно надавати таку інформацію іншим особам.

Законом передбачаються покарання у вигляді штрафів. До найсерйозніших видів порушень можна віднести: по-перше, участь у діяльності, яка спрямована на загрозу кібербезпеці, технічній підтримці тощо, або створення інструментів та програм для цього, і якщо це не становить склад злочину, то може застосовуватися штраф від 50 000 до 500 000 юанів

з конфіскацією незаконного прибутку й арештом до 5 діб, а в серйозних випадках штраф збільшується до 100 000 юанів та арешт – до 15 діб; по-друге, створення вебсайтів для здійснення незаконної або злочинної діяльності в серйозних випадках може каратися штрафом у 50 000–500 000 юанів та арештом від 5 до 15 діб; по-третє, оператор критичної інформаційної інфраструктури не справляється зі своїми основними зобов'язаннями у сфері кібербезпеки, за що йому може загрозувати штраф від 100 000 до 1 000 000 юанів (*DigiChina*, 2017).

Отже, Закон про кібербезпеку є основою нового режиму комплексного регулювання інтернет-простору в Китаї. З одного боку, він спрямований на формування безпечного для користувачів інтернет-простору, зобов'язує інтернет-провайдерів та онлайн-платформи проводити регулярні оцінки ризиків в їхніх системах. З іншого ж боку, Закон встановлює перелік видів забороненої інформації з дуже широкими можливостями щодо трактування (поширення неправдивої інформації, посягання на суспільну мораль), що вочевидь обмежує свободу висловлення користувачів. Також він закріплює повноваження державних органів зі спостереження за діяльністю онлайн-платформ та зобов'язує платформи надавати технічну допомогу на вимогу державних органів, а також за діяльністю користувачів на платформах – і у разі виявлення незаконного контенту надсилати платформі вимогу про його видалення.

3.2. Ключові положення Закону про електронну комерцію КНР 2018 року

Закон про електронну комерцію КНР прийнято у 2018 р. Під "електронною комерцією" мається на увазі комерційна діяльність з продажу товарів або надання послуг через інтернет або будь-яку іншу інформаційну мережу. Однак існує низка винятків: фінансові продукти і послуги, інформація про новини, аудіо- та відеопрограми, публікації, культурні продукти та інші контент-послуги, що надаються через інформаційні мережі.

Виділяються такі категорії суб'єктів, як:

"бізнес електронної комерції", що означає фізичних або юридичних осіб, які займаються підприємницькою діяльністю з продажу товарів або надання послуг через інтернет чи будь-яку іншу інформаційну мережу, включаючи підприємства платформи електронної комерції, компанії, що працюють на платформі, та компанії електронної комерції, які продають товари або надають послуги за допомогою самостійно створеного вебсайту чи будь-яких інших мережевих послуг;

"бізнес-платформи електронної комерції", що означає юридичну особу або організацію без статусу юридичної особи, яка надає такі послуги, як онлайн-майданчики для бізнесу, пошук партнерів і оприлюднення інформації, щоб вони могли самостійно вести торгову діяльність;

"бізнес на платформі" – бізнес електронної комерції, який продає товари або надає послуги через платформу.

Значна частина положень стосується зобов'язань комерційних онлайн-платформ, серед яких можна виділити такі ключові моменти:

1. На бізнеси електронної комерції покладаються певні зобов'язання: при продажі товарів або наданні послуг, дотримуючись вимог гарантії особистої та майнової безпеки тощо, гарантувати користувачам право вибору шляхом повного і точного розкриття інформації про товари та послуги, які надаються; гарантувати користувачам право на виправлення та видалення особистої інформації; гарантувати користувачам можливість відмовитися від таргетованої реклами; надавати на вимогу державних органів відповідні дані й інформацію, пов'язані з електронною комерцією.

2. Від бізнес-платформ електронної комерції вимагається: при реєстрації бізнесів на своїй платформі отримувати від них зазначення особистих даних, адреси тощо; у разі виявлення порушень, які здійснені бізнесами на платформі, повідомляти про це відповідні органи; вживати заходів із запобігання кіберзлочинам та іншій незаконній діяльності у себе на платформі; записувати та зберігати інформацію про товари і сервіси на платформі, а також про транзакції.

3. Відповідно до Закону про електронну комерцію, якщо власник прав інтелектуальної власності (ІВ) вважає, що оператор платформи порушив його права ІВ, власник прав ІВ може повідомити оператора платформи та вимагати від останнього вжити необхідних попередніх заходів, таких як видалення або перегляд інформації про ймовірне порушення, відключення відповідних вебсторінок або припинення транзакції чи послуги. Якщо оператор платформи не зміг негайно вжити необхідних попередніх заходів після отримання повідомлення, він несе солідарну відповідальність за додаткові збитки разом з оператором платформи (*Library of Congress, 2018*).

Загалом Закон про електронну комерцію встановлює різні зобов'язання для комерційних онлайн-платформ та права для користувачів для запобігання зловживанням з боку платформ. Законом встановлюється досить зручний та зрозумілий поділ на бізнеси електронної комерції, які надають свої послуги і товари за допомогою одного сайту, бізнес-платформи електронної комерції, які окрім вищезазначеної діяльності можуть надавати майданчик для суб'єктів підприємницької діяльності, бізнеси на платформі, які є фізичними або юридичними особами, які здійснюють свою діяльність на майданчику комерційної онлайн-платформи (*Ministry of Commerce of the People's Republic of China, 2019*).

3.3. Ключові положення Закону про захист персональних даних КНР 2021 року та Закону про охорону персональних даних КНР 2021 року

Закон про захист персональних даних та Закон про охорону даних прийняті у 2021 р. Під особистими даними розуміються різні види інформації, пов'язаної з ідентифікованими фізичними особами,

записаної електронними або іншими засобами, за винятком інформації, яка обробляється анонімно. Також окремо виділяється поняття чутливої інформації, до якої належить інформація, яка пов'язана з особистою гідністю, майновою й особистою безпекою. Вона охоплює біометричні дані, релігійні вірування, медичні дані, фінансові рахунки, місце проживання, а також будь-які особисті дані осіб до 14 років. Персональні дані осіб мають збиратися й оброблятися тільки за виправданої та визначеної мети цього процесу і за згоди особи. Однак встановлено низку винятків, коли згода особи не потрібна, а саме: у випадку загрози життю чи здоров'ю особи, коли дані використовуються в ЗМІ і це виправдано суспільним інтересом та в розумних межах, коли інформація розкрита самою особою, коли це необхідно для виконання статутних зобов'язань тощо.

Цікавим є положення, що обладнання для зйомки зображень та ідентифікації особи, встановлене в громадських місцях, є необхідним для забезпечення громадської безпеки, дотримання законів держави. Особисті зображення та зібрану особисту інформацію можна використовувати лише з метою підтримки громадської безпеки та не використовувати для інших цілей, якщо не отримано згоди особи. Так само як в Законі про кібербезпеку, вказується вимога зберігання персональних даних користувачів на серверах виключно на території КНР. Серед зобов'язань, які накладаються на суб'єктів обробки персональних даних, варто зазначити проведення регулярних аудитів, а також оцінку впливу на захист персональних даних різних обставин (обробка чутливої інформації, передача персональних даних за кордон тощо). Оцінка впливу охоплює визначення того, чи має обробка виправдану та законну мету, вплив на права та інтереси осіб тощо.

Також окремо виділено категорію "обробників персональної інформації, які надають важливі послуги інтернет-платформи для великої кількості користувачів і складних типів бізнесу", що можна порівняти з поняттями "дуже великі онлайн-платформи" та "дуже великі пошукові онлайн-системи" з Акта про цифрові послуги ЄС. До них застосовуються такі зобов'язання:

1. Сформувати та вдосконалити систему відповідності для захисту персональної інформації відповідно до державних норм, а також створити незалежну організацію, що складається переважно із зовнішніх членів для захисту особистої інформації.
2. Припинити надавати послуги продукту або постачальникам послуг на платформі, які серйозно порушують закони й адміністративні правила щодо обробки особистої інформації.
3. Регулярний випуск звіту про соціальну відповідальність щодо захисту персональної інформації, що підлягає громадському контролю.

Від іноземних провайдерів інформаційних послуг, які займаються обробкою персональних даних, вимагається створити на території КНР

представництво для того, щоб мати можливість займатися цією діяльністю. У випадку якщо іноземні суб'єкти обробки персональних даних своєю діяльністю порушують права осіб, загрожують національній безпеці тощо, то ці суб'єкти вносяться до переліку організацій, яким забороняється здійснювати обробку персональних даних осіб.

Передбачено такі права осіб щодо персональних даних: приймати рішення щодо обробки персональних даних та відмовлятися давати згоду на обробку, отримувати копію даних, які обробляються, вимагати усунути помилку в особистих даних, видалити персональні дані, пояснити правила обробки персональних даних. Правами щодо персональних даних особи у випадку її смерті можуть користуватися її рідні.

Закон про захист персональних даних, як і Закон про кібербезпеку, передбачає повноваження САС, а саме: створювати стандарти захисту персональних даних, наглядати за обробкою персональних даних державними органами, приймати скарги (зокрема й анонімні) щодо порушень у сфері обробки персональних даних тощо. Також передбачається відповідальність за порушення зобов'язань у сфері захисту персональних даних. У випадку відмови усунути порушення може бути накладено штраф розміром до 1 000 000 юанів, а у серйозних випадках – до 50 000 000 юанів або 5% від річного обороту. Проти іноземних провайдерів також може бути застосований такий захід, як заморожування їх фінансових активів на території Китаю, або накладені інші види санкцій (*China Briefing*, 2021).

Закон про охорону персональних даних прийнятий у 2021 р. Метою регулювання цього документа є стандартизація діяльності з обробки даних, забезпечення безпеки даних, сприяння розвитку та використанню даних. Значна частина положень стосується зобов'язань держави зі створення стандартів захисту даних, відповідної інфраструктури тощо. Також держава повинна встановити систему захисту даних за категоріями та ступенями, впроваджуючи захист даних відповідно до ступеня їх важливості для економічного та соціального розвитку, а також ступеня небезпеки для національної безпеки, суспільних інтересів або законних прав та інтересів окремих осіб або організацій, що виникають у разі їх зміни, знищення, витоку або незаконного отримання чи використання.

Що ж до зобов'язань, передбачених для надавачів інформаційних послуг, то на них покладається:

1. Проведення діяльності з обробки даних повинно здійснюватися відповідно до положень законів та адміністративних правил, створення і завершення системи управління безпекою даних для всього робочого процесу, організації та проведення навчання з безпеки даних, а також прийняття відповідних технічних та інших необхідних заходів для забезпечення безпеки даних.

2. Проведення діяльності з обробки даних має посилити моніторинг ризиків, і, якщо виявлено недоліки безпеки даних, витоки чи інші

подібні ризики, необхідно негайно вжити заходів для їх усунення; у разі виникнення інцидентів із безпекою даних слід негайно застосовувати методи їх усунення, одразу сповіщаючи користувачів і повідомляючи відповідним відповідальним відділам, як це передбачено.

3. Особи, які обробляють важливі дані, повинні періодично проводити оцінку ризиків такої діяльності з обробки даних, як це передбачено, і подавати звіти про оцінку ризиків відповідним відповідальним департаментам. Звіти про оцінку ризиків мають включати тип і обсяг важливих даних, що обробляються, обставини діяльності з обробки даних, ризики безпеки даних, з якими зіткнулися, та заходи щодо їх усунення тощо.

За порушення цих положень провайдери отримують попередження та вимогу усунути порушення, а також можливе накладення штрафу від 50 000 до 500 000 юанів, а у випадку неусунення порушення може бути накладено штраф розміром у 500 000–2 000 000 юанів. У разі порушення основних національних систем управління даними, що ставить під загрозу національний суверенітет, безпеку чи інтереси розвитку, відповідні відповідальні департаменти мають накласти штраф у розмірі від 2 000 000 до 10 000 000 юанів (*China Briefing*, 2021).

Отже, Закон про захист персональних даних та Закон про охорону даних встановлюють комплексну систему як особистих даних, так і будь-яких інших важливих даних, а також гарантують користувачам права щодо своїх персональних даних, зокрема конфіденційність. Положення щодо оцінки ризиків, які мають проводитися інтернет-провайдерами й онлайн-платформами, дещо повторюють положення із Закону про кібербезпеку. Втім, хоч і гарантується, що обробка персональних даних може проводитися лише за згоди особи, деякі з винятків, при яких згода не вимагається, можуть трактуватися досить широко, що знову ж даватиме змогу державі втручатися в особисте життя користувачів. Також цими законами значно ускладнюється діяльність іноземних суб'єктів у сфері обробки даних, оскільки за загальним правилом дані китайських користувачів можуть зберігатися тільки на серверах на території Китаю. І хоча закон дозволяє передачу даних за кордон, однак це сильно ускладнюється необхідністю отримати відповідні дозволи. Отже, ці два закони спрямовані й на обмеження впливу іноземних ІТ-гігантів (насамперед американських). Окрім того, Законами закріплюється можливість заборони діяльності іноземних суб'єктів як покарання за порушення положень цих Законів.

3.4. Приклади реалізації політичної цензури щодо онлайн-платформ

Особливо важливим елементом у китайській системі регулювання онлайн-платформ є політична цензура. Загалом поняття "незаконний контент" у КНР містить у собі три категорії: політично шкідливий або чутливий контент, вульгарний контент та контент, пов'язаний з

неполітичною дезінформацією і чутками (Wang, 2020). Питання забороненої інформації детально висвітлено в Положеннях про управління екосистемою інформаційного контенту онлайн, виданих САС. До цього переліку входять такі види інформації, як: інформація, що суперечить основним принципам, викладеним у Конституції Китаю, законах чи постановах; інформація, яка загрожує державній безпеці, підризом державної влади; інформація, яка шкодить національній честі та національним інтересам Китаю; інформація, яка розпалює етнічну ворожнечу, расову дискримінацію або порушує етнічну єдність; інформація, яка заподіює шкоду національній релігійній політиці та поширює феодальні забобони; інформація, що поширює чутки, порушує суспільний порядок і стабільність; інформація, що підбурює до незаконних зборів, демонстрацій, протестів, порушення громадського порядку тощо (China Law Translate, 2019). Вочевидь цей перелік забороненої інформації написано максимально розпливчасто, що дозволяє відносити до неї будь-який контент, який не подобається китайській владі.

Також варто додати, що для виробництва новин в інтернет-просторі онлайн-платформам та новинним сайтам необхідно отримати ліцензію від САС. Згідно з Положеннями про управління інформаційних служб новин в інтернеті до новин відносяться саме висвітлення або повідомлення про публічні події або разючі соціальні інциденти, тоді як, наприклад, новини про спортивні події або в розважальній сфері цим документом не регулюються (China Law Translate, 2016). Ці положення, зокрема, можуть стосуватися і користувачів онлайн-платформ, які у своїх дописах можуть повідомляти власну інформацію про певні публічні події, а не просто поширювати дані, взяті з офіційних джерел. Однак в адміністрації китайських онлайн-платформ часто виникають труднощі з визначенням, що входить до поняття "новини" згідно з вищезгаданими положеннями, а тому вони можуть надавати можливість певним користувачам публікувати новини, які суперечать офіційним китайським ЗМІ. Окрім того, Положення забороняють іноземному капіталу отримати відповідну ліцензію, навіть у партнерстві з китайським капіталом (Wang, 2022).

Прикладами реалізації політичної цензури можуть слугувати такі випадки, які сталися з китайськими ІТ-гігантами. Наприклад, Китайська САС змусила низку популярних китайських онлайн-платформ (*WeChat*, *Weibo* та *Tieba*) видалити майже 60 популярних акаунтів, які розповсюджували контент, в якому китайська влада вбачала "вульгарне та сенсаційне висвітлення скандалів зі знаменитостями та показного способу життя" (Reuters, 2017). Далі САС у серпні 2017 р. наклала штрафи (у 500 000 юанів) на трійку провідних китайських інтернет-гігантів (*Tencent*, *Baidu* та *Sina*) через те, що користувачі онлайн-платформ, що належали цим корпораціям, поширювали "інформацію про насильство та терор, неправдиві чутки, порнографію та іншу інформацію, яка ставить під загрозу національну безпеку, громадську безпеку та суспільний порядок".

Також варто зазначити, що КНР реалізує свою регуляторну політику щодо онлайн-платформ шляхом ініціативи "Частка для спеціального управління". Вона передбачає, що китайський уряд купує у компаній, що є власниками невеликих онлайн-платформ, незначну частку акцій (1–2%). Завдяки цьому китайський уряд має можливість призначити свого представника до ради директорів компанії-власника онлайн-платформи, що дає можливість отримання додаткового редакторського контролю над відповідною онлайн-платформою (Gao, 2017).

Висновки

Можна підсумувати, що за майже 25 років Китай зумів успішно побудувати власну систему регулювання онлайн-платформ та контролю за власним сегментом інтернет-простору, засновану на авторитарному підході, що підтверджує зазначену у вступі гіпотезу. З одного боку, КНР змогла створити комплексну правову систему захисту своїх інтернет-користувачів від свавілля та порушень онлайн-платформ, яка є схожою на європейську систему регулювання онлайн-платформ; за допомогою державної підтримки в КНР були сформовані власні ІТ-гіганти, які могли конкурувати з американськими щодо розвитку інновацій у цифровій сфері. З іншого ж боку, ця система забезпечує тотальний контроль держави над інформацією, яка рухається китайським інтернет-сегментом, тобто створюється система політичної цензури.

Отже, можна виділити такі ключові особливості китайського авторитарного підходу до регулювання онлайн-платформ:

- створення спеціального державного-партійного органу для контролю за онлайн-платформами та китайським сегментом інтернет-простору – Китайської адміністрації з кіберпростору (яка очолюється головою КНР Сі Цзіньпінем, що підкреслює важливість для китайської влади контролю за цією сферою);
- формування комплексної системи захисту особистих даних користувачів від порушень та свавілля онлайн-платформ на основі європейського досвіду;
- впровадження моніторингу з боку китайської влади за діяльністю на онлайн-платформах та вимога до адміністрацій онлайн-платформ здійснювати власний моніторинг і виявлення незаконного контенту;
- забезпечення деанонізації інтернет-користувачів шляхом впровадження вимоги надання паспортних даних при реєстрації на будь-якій онлайн-платформі;
- створення системи політичної цензури за допомогою визначення широкого переліку забороненої інформації з розпливчастим трактуванням, що дозволяє забороняти будь-який контент, який не подобається китайській владі;
- формування власних ІТ-гігантів, які займаються розвитком інновацій з метою забезпечення Китаю технологічною незалежністю та суверенітетом у сфері цифрових технологій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

- Bradford, A. (2023). *Digital empires: The Global Battle to Regulate Technology*. Oxford University Press.
- Bradford, A. (2024). The false choice between digital regulation and innovation. *Northwestern University Law Review*, 118(2), 377–454. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4753107
- China Briefing. (2021). *The PRC Personal Information Protection Law (Final): A full translation*. <https://www.china-briefing.com/news/the-prc-personal-information-protection-law-final-a-full-translation/>
- China Law Translate. (2016). *Provisions on Management of Internet News Services*. <https://www.chinalawtranslate.com/en/provisions-on-internet-news-information-management/>
- China Law Translate. (2019). *Provisions on the governance of the online information content ecosystem*. <https://www.chinalawtranslate.com/en/provisions-on-the-governance-of-the-online-information-content-ecosystem/>
- China's State Administration for Market Regulation releases interim provisions on Anti-Unfair competition on the internet. (2024, May 13). <https://www.chinaiplawupdate.com/2024/05/chinas-state-administration-for-market-regulation-releases-interim-provisions-on-anti-unfair-competition-on-the-internet/>
- Companies Market Cap. (2024). *Top publicly traded internet companies by revenue*. <https://companiesmarketcap.com/internet/largest-internet-companies-by-revenue/>
- Creemers, R. (2017). Cyber China: Upgrading propaganda, public opinion work and social management for the twenty-first century. *Journal of Contemporary China*, 26(103), 85–100.
- DigiChina. (2017). *Translation: Cybersecurity law of the People's Republic of China*. <https://digichina.stanford.edu/work/translation-cybersecurity-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-june-1-2017/>
- DigiChina. (2021). *Translation: Data security law of the People's Republic of China*. <https://digichina.stanford.edu/work/translation-data-security-law-of-the-peoples-republic-of-china/>
- Fontaine, R., & Rogers, W. (2011, October). *China's Arab Spring cyber lessons*. *The Diplomat*. <https://thediplomat.com/2011/10/chinas-arab-spring-cyber-lessons/>
- Gao, C. (2017, September). *China fines its top 3 internet giants for violating cybersecurity law*. *The Diplomat*. <https://thediplomat.com/2017/09/china-fines-its-top-3-internet-giants-for-violating-cybersecurity-law/>
- Gorwa, R. (2024). *The politics of platform regulation: How governments shape online content moderation*. Oxford Studies in Digital Politics. Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197692851.001.0001>
- Hamza, A. (2024). *10 U.S. Websites Banned in China and Other Countries*. Listverse. <https://listverse.com/2024/11/26/10-u-s-websites-banned-in-china-and-other-countries/>
- Library of Congress. (2018, November 21). *China: E-commerce law passed*. Global Legal Monitor. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-11-21/china-e-commerce-law-passed/>
- Ministry of Commerce of the People's Republic of China. (2019). *E-commerce law of the People's Republic of China*. <http://mg.mofcom.gov.cn/article/policy/201912/20191202923971.shtml>
- Reuters. (2017). *China closes 60 celebrity gossip social media accounts*. <https://www.reuters.com/article/us-china-internet-censorship-idUSKBN18Z0J3/>
- Sanger, D. E. (2000, March 9). Clinton sends to a wary Congress a long-delayed China trade bill. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2000/03/09/world/clinton-sends-to-a-wary-congress-a-long-delayed-china-trade-bill.html>
- Sapir, A., & Mavroidis, P. C. (2021, April 29). *China and the WTO: An uneasy relationship*. <https://cepr.org/voxeu/columns/china-and-wto-uneasy-relationship>

Strittmatter, K. (2013, July 3). *Why China's internet censors can't get enough of Edward Snowden*. <https://worldcrunch.com/world-affairs/why-china039s-internet-censors-can039t-get-enough-of-edward-snowden>

Wang, J. (2020). *Regulation of digital media platforms: The case of China*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society.

Wang, J. (2022). *Platform responsibility with Chinese characteristics*. Defeating Disinformation. https://digitalplanet.tufts.edu/wp-content/uploads/2023/02/DD-Report_1-Jufang-Wang-11.30.22.pdf

Weber Digital. (2023). *What is an ICP license? Types & requirements*. <https://service.weber.digital/index.php?/en/Knowledgebase/Article/View/what-is-an-icp-license-types--requirements>

Webster, G. (2019). *A brief history of the Chinese Internet*. <https://logicmag.io/china/a-brief-history-of-the-chinese-internet/>

Yang, S. (2021, June 6). China's tech clampdown is spreading like wildfire. *The Wall Street Journal*. <https://www.wsj.com/articles/chinas-tech-clampdown-is-spreading-like-wildfire-11622971802>

Zhang, A. H. (2022). Agility over stability: China's great reversal in regulating the platform economy. In *Harvard International Law Journal*, 63(2). https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/HLI203_crop-3.pdf

Zhang, A. H. (2024). *High wire: How China Regulates Big Tech and Governs Its Economy*. Oxford University Press.

Zheng, H. (2013). Regulating the Internet: China's Law and Practice. *Beijing Law review*, 4(1), 37–41. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2013.41005>

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Щербак Г. Регулювання онлайн-платформ у праві КНР. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 1. С. 111–129. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)08](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)08)

Надійшла до редакції 22.11.2024.

Прийнято до друку 02.12.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.

ПРИВАТНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(137)09

УДК 346.26:330.015

КАРНАУХ Богдан,
к. ю. н., доцент,
доцент кафедри цивільного права
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого
вул. Сквороди, 77, м. Харків,
61024, Україна
b.p.karnaugh@nlu.edu.ua

KARNAUKH Bohdan,
PhD (Law), Associate Professor,
Associate Professor of Civil Law
Department
Yaroslav Mudryi National Law University
77, Skovorody St., Kharkiv,
61024, Ukraine
ORCID: 0000-0003-1968-3051

ВІДДАЛЕНІСТЬ ПРИЧИННОГО ЗВ'ЯЗКУ У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ

Здійснено пошук робочого критерію, який би дав змогу оцінити віддаленість причинного зв'язку. Дослідження юридично значущої (наближеної) причини має принципово іншу природу, ніж дослідження фактичної причини. Фактична причинність визначає, чи належить діяння до "ланцюга" причинно-наслідкових зв'язків, що призвели до шкоди; юридична причинність становить собою причинну селекцію, яка полягає у визначенні відповідальної причини на основі міркувань правової політики. Зроблено висновок, що головним критерієм для оцінки віддаленості причинного зв'язку має бути критерій деліктуозного ризику. Суть цього критерію полягає в тому, що відповідальність особи за наслідки своєї протиправної поведінки має бути обмежена лише тією шкодою, ризик завдання якої зробив цю поведінку протиправною, оскільки справедливо, щоб підстава відповідальності (вина) слугувала одночасно і її кордоном. Дослідження деліктуозних ризиків має включатися до комплексного аналізу деліктного інциденту, а разом з ним також і установлення того, чи належить шкода, фактично завдана потерпілому, до категорії шкоди, ризик завдання якої зробив поведінку деліквенту протиправною. На додаток до цього для оцінки віддаленості причинного зв'язку мають враховуватися також і інші міркування, які в широкому сенсі можна назвати міркуваннями правової політики. Ці міркування будуються на уявленні про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має

REMOTENESS OF CAUSATION IN TORT LAW

The search for a functional criterion was carried out that would allow assessing the remoteness of causation. The study of a legally significant (proximate) cause has a fundamentally different nature than the study of a factual cause. Factual causation determines whether an act belongs to the "chain" of causal connections which led to the harm; legal causation is a causal selection that consists in determining the responsible cause based on legal policy considerations. It is concluded that the main criterion for assessing the remoteness of causation should be the criterion of tortious risk. The essence of this criterion is that a person's liability for the consequences of his/her unlawful behavior should be limited only to the harm the risk of which made this behavior unlawful, since it is fair that the basis for liability (fault) should serve simultaneously as its limit. The study of tortious risks should be included in a comprehensive analysis of the tortious incident, and along with it, also the determination of whether the harm actually inflicted on the victim belongs to the category of harm the risk of which made the tortfeasor's conduct unlawful. In addition to this, other considerations, which can be broadly termed legal policy considerations, must also be taken into account in assessing the remoteness of causation. These considerations are based on the idea of what global socio-economic outcomes the law should achieve and how the resolution of a particular tort case will contribute to or impede the achievement of such outcomes. The doctrine of remoteness of



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

досягати право, і вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкодитиме досягненню таких результатів. Доктрина віддаленості причинного зв'язку (меж відповідальності) – це останній рубіж комплексного дослідження на предмет відшкодовності понесених особою втрат. І тому вкрай важливо, аби, застосовуючи її, суди наводили дійсні мотиви своїх міркувань, в тому числі економічні міркування і пов'язані з ними міркування правової політики.

Ключові слова: делікт; причинний зв'язок; віддаленість причинного зв'язку; межі відповідальності.

JEL Classification: K13.

causation (limits of liability) is the final frontier of a comprehensive study into the compensability of losses suffered by a person. Therefore, it is extremely important that, when applying it, courts provide the actual reasons for their judgment, including economic considerations and related legal policy considerations.

Keywords: tort; causation; remoteness of causation; limits of liability.

Вступ

В одному телевізійному серіалі¹ епізод відкривався такою замальовкою. Чоловік залишає кулькову ручку, поставивши її сторчма, на поштовій скриньці, що стоїть на тротуарі людної вулиці біля дороги. За кілька секунд дорогою проїжджає таксі, втрапляє колесом у вибоїну на дорозі й дощова вода із вибоїни розбризкується навсідч так, що збиває полишену кулькову ручку з її місця. Ручка падає і привертає увагу чоловіка, що пив каву на літньому майданчику кав'ярні поруч. Він підводиться, щоб підняти ручку, й опиняється на шляху велосипедиста, який їхав тротуаром. Велосипедист намагається зманеврувати, але невдало, і не тільки збиває чоловіка, а й сам падає на розташовані поруч ятки із фруктами. Фрукти розлітаються по вулиці, й продавчиня поспіхом намагається їх зібрати. Усе це сум'яття на мить відвертає увагу водія автобуса – і той їде на червоний сигнал світлофора і збиває на смерть жінку, що переходила вулицю.

У цій сцені гарно показано, як дія Майло Стенфілда (так звали персонажа, що залишив ручку) запустила послідовність, котра – через багато ланок причинно-наслідкових зв'язків – зрештою призвела до загибелі жінки.

Чи можна притягнути Майло Стенфілда до відповідальності за шкоду, завдану смертю? – Ні. Відповідь очевидна. Але не її пояснення. Чи це тому, що наслідок занадто віддалений (тобто між дією Майло Стенфілда і загибеллю жінки занадто багато проміжних ланок)? Чи, можливо, тому, що однією з цих проміжних ланок була протиправна поведінка іншої людини – водія автобуса, котрий проїхав на червоний сигнал світлофора? Чи тому, що наслідок був непередбачуваним? (Зазвичай залишена деінде кулькова ручка не тягне за собою нічиєї смерті). Ці питання потребують ретельного аналізу, адже, як буде показано нижче, реальність у поєднанні з творчим підходом позивачів у деліктних справах може підкидати справи не менш заплутані та химерні, аніж сюжети телевізійних шоу.

¹ Ідеться про третій епізод третього сезону серіалу "Грань" (*Fringe*).

Усі визнають необхідність обмежувати діапазон деліктної відповідальності в термінах засягу її дії уздовж ланцюга причинно-наслідкових зв'язків (*American Law Institute*, 2020, с. 493). Утім, питання про те, де саме має пролягати межа і за допомогою якого критерію цю межу слід прокреслити, належать до найбільш дискутованих проблем деліктного права.

Мета статті – в тому, щоб визначити робочі критерії, за допомогою яких суд зможе оцінити, чи є причинний зв'язок між протиправним актом і шкодою достатньо наблизеним (достатньо "міцним"), щоб виправдати застосування до особи цивільної відповідальності за шкідливий наслідок.

Методологія. Причинно-наслідкову послідовність часто уявляють у вигляді ланцюга: поява події один викликає появу події два, поява події два викликає появу події три і так далі. Отже, кожна окрема подія є одночасно наслідком попередньої й причиною наступної, а усі події, таким чином, сполучені між собою, утворюють нескінченно довгий ланцюг причинно-наслідкових зв'язків. Формулою це можна подати так:

$$B_0 \Rightarrow B_1 \Rightarrow B_2 \Rightarrow B_3 \dots B_\infty$$

Отже, якщо розглядати причинність лінійно, як ланцюг, у якому B_0 – це дія відповідача, а B_{n+1} – це наслідок B_n , то проблема, порушена в цій статті, зводиться до пошуку деякого x , при якому справедливо сказати, що особа відповідає за наслідок B_n лише за умови, що $n \leq x$.

Пленум Верховного Суду України в постанові 1992 р. вказав, що причинний зв'язок має бути *безпосереднім*,² тобто $x = 1$. Згідно з таким підходом особа не повинна відповідати за шкоду, якщо між цією шкодою і діями особи є бодай одна проміжна ланка причинного сполучення. Але такий підхід не витримує критики. Помилковість цього підходу очевидна в тих випадках, коли шкода заподіюється з використанням різних механізмів, адже в таких випадках хід подій завжди можна розбити не менше, як на дві ланки причинно-наслідкового зв'язку (перша – задіяння механізму, друга – результат роботи механізму).

З метою пошуку робочого критерію для віднаходження шуканого значення x у цій статті буде запропоновано огляд наявних підходів і виявлено їх недоліки. Відтак, буде запропоновано новий критерій оцінки віддаленості шкоди – критерій деліктизуючого ризику, й можливо переконатися в дієвості цього критерію, застосувавши його як аналітичний інструмент для аналізу реальних справ. Після цього критерій деліктизуючого ризику буде доповнений додатковими міркуваннями, що мають бути враховані судом при оцінці віддаленості причинного зв'язку (або меж відповідальності).

² Див.: п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27.03.92 "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди".

Пошук критерію юридично значущої причини. Традиція загального права розрізняє фактичну і юридичну причинність (*factual cause and legal cause*) (*American Law Institute*, 2020, § 26, 29; *Honore & Keeton*, 1964; *Keeton*, 1963; *Malone*, 1956, 1964; *Stapleton*, 2001; *Smith*, 1911, 1912a, 1912b). Фактична причинність означає, що діяння є ланкою у причинно-наслідковому ланцюзі, що веде до шкоди (тобто діяння входить до лінійної послідовності подій, яка завершилася шкідливим результатом). Натомість юридична причинність означає, що діяння є не просто ланкою, а ланкою, що розташована в цьому ланцюзі достатньо близько до кінцевого шкідливого результату, – близько настільки, щоб виправдати покладання відповідальності на автора цього діяння. Бо якщо навіть діяння і належить до ланцюга, але розташоване занадто далеко від шкоди, то зв'язок між діянням і шкодою слабшає й перестає бути юридично значущим.

Отже, діяння може бути фактичною причиною шкоди, але при цьому не визнаватися її юридичною причиною – і в такому разі відповідальність не настає. Юридичну причину також називають "наближеною" (*proximate*) причиною (*Green*, 1927; *Johnson*, 2021; *Page*, 2003; *Stern*, 2021). Походження цього терміна, ймовірно, пов'язане з максимою, яку сформулював Френсіс Бекон: "*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*" ("У праві не віддалена, а наближена причина береться до уваги").³

Однак термін "наближена причина" – це радше метафора, аніж робочий принцип, здатний забезпечити провід до висновку в конкретній судовій справі. Цей термін був підданий нещадній критиці з боку вчених.⁴

Для вирішення спорів потрібен чіткий критерій, застосовуючи який можна було б перевірити, чи є причина достатньо "наближеною", тобто юридично значущою.

Причинний зв'язок має бути *прямим, суцільним і не перериватися* подіями, які б втручалися у його природний плин (*American Law Institute*, 2020, с. 513, 515, 424). Таке формулювання було однією з перших спроб означити критерій віддаленості шкоди. Суддя Ендрюс (*J. Andrews*) в окремій думці у справі *Palsgraf v. Long Island Railroad Co* зауважив:

"Суд повинен запитати себе, чи існував природний і послідовний зв'язок між причиною і наслідком? Чи була перша істотним фактором у створенні другої? Чи існував між ними прямий зв'язок, без надто великої кількості проміжних причин? Чи не є ефект, який справляє причина на наслідок, надто слабким? Чи є вірогідним – згідно зі

³ Утім, Патрік Келлі у своєму дослідженні про походження доктрини зауважує, що в судовій практиці доктрина наближеної причини сформувалася й закріпилася значно пізніше, а саме в 50-х – 60-х рр. XIX ст. (*Kelley*, 1991, с. 67).

⁴ Огляд критичної літератури див.: (*American Law Institute*, 2020, с. 494, 512–516; *Gregory*, 1938; *Horowitz*, 1992; *Wright*, 2001, с. 1074–1075).

звичайним людським судженням, – що така причина призводить до такого результату? Чи можна було передбачити результат, проявивши розумну завбачливість?"

Схоже формулювання з наголосом на тому, що причинний зв'язок має бути прямим і суцільним (неперервним) зустрічаємо і дотепер в інструкціях для суду присяжних. Приміром, Модельні інструкції для присяжних штату Вашингтон дають таке пояснення наближеної причини:

"Термін "наближена причина" означає причину, яка у прямій послідовності [не розірваній заміщаючою причиною] породжує [шкоду] [подію], що є предметом скарги, і без якої [шкода] [подія] не сталася б" (*WPI 15.01, 2022, April*).

Знаковою справою, у якій суд застосував критерій прямого причинного зв'язку, була справа *Re Polemis and Furness, Withy & Co Ltd*. Однак критерій "прямоти і суцільності" було відкинуто у пізнішій практиці, яку започаткувала справа *Overseas Tankship v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd (Wagon Mound No. 1)*.⁵

У цій справі суд зауважив, що критерій "прямого" причинного зв'язку є занадто невизначеним і вимагає від юристів занурюватися у заплутані нетрі філософії та метафізики, чого суд собі дозволити не може. Натомість критерій передбачуваності відомий праву і достатньо чіткий, аби слугувати надійним орієнтиром при обмеженні засягу дії деліктної відповідальності.

Більше того, суд пояснив, що відома формула, за якою причинний зв'язок має бути "прямим, суцільним, природним і безперервним", є такою саме тому, що тільки "прямий, суцільний, природний і безперервний" розвиток подій є передбачуваним і, отже, має братися до уваги кожною розумною людиною. Відтак, вирішальне значення повинна мати саме передбачуваність шкоди.

Після справи *Wagon Mound* у практиці усталився критерій *передбачуваності наслідків*. Таким чином, особа мала визнаватися відповідальною тільки за ті наслідки своєї протиправної поведінки, які були передбачуваними. Тільки передбачувані наслідки, відповідно, слід було вважати достатньо наближеними.

Щодо критерію передбачуваності постають щонайменше два запитання. Перше – наслідки мають бути передбачуваними для кого? І з чієї точки зору? Друге – наскільки докладним має бути таке передбачення?

На перше запитання відповідь така – наслідки мають бути передбачувані для будь-якої розумної людини за аналогічних обставин. Таке формулювання виходить із загальних очікувань, на яких будується сучасне людське суспільство: кожен із нас вправі очікувати, що інші будуть діяти обережно, беручи до уваги можливість нашкочити оточуючим, але при цьому ми можемо розраховувати, що до уваги буде

⁵ Аналіз цієї справи див.: (*Dias, 1962; Gibson, 1963; Jolowicz, 1961*).

братися тільки така (потенційна) шкода, яку можна передбачити – вимагати більшого було б несправедливим, оскільки це означало б, що ми очікуємо неможливого або майже неможливого.

Стосовно другого запитання, то достатньо передбачати шкоду в загальних рисах, типологічно, – не вимагається "провидіння" усіх деталей майбутнього розвитку подій. Тож, з одного боку, передбачення не повинно містити всі подробиці, але з іншого – занадто загальне передбачення ("щось недобре може статися") теж недостатнє. Потребується щось середнє. Бо кожна з двох крайностей цілковито звела б нанівець будь-яке значення самого критерію: якщо вимагати передбачення точного розвитку подій в усіх деталях, то тоді абсолютно ніщо на світі не буде передбачуваним, і навпаки – якщо вимагати занадто абстрактного передбачення ("щось може статися"), то тоді абсолютно все на світі є передбачуваним. Отже, йдеться про певне оціночне судження щодо належного ступеня узагальнення/конкретизації в передбаченні можливої шкоди. Втім, проблема оціночних суджень – далеко не нова для права і наявність оціночних категорій у тій або іншій доктрині не робить доктрину непридатною. Тож загалом підхід, який визначає віддаленість шкоди через її передбачуваність з точки зору розумної людини, видається небезпідставним.

Проте деякі справи все ж можуть викривати неточність цього підходу. Наприклад, удар блискавки – це подія непередбачувана, однак коли йдеться про відповідальність виробника громовідводів за неякісний виріб, то цілком очевидно, що виробник повинен відповідати за шкоду, завдану блискавкою, яку не зміг відвернути його дефектний товар (*American Law Institute, 2020, с. 537*). Інший приклад – якщо господар собаки вважав свого домашнього улюбленця миролюбним і не мав жодних підстав передбачати, що він здатен комусь нашкодити, то в разі раптового нападу собаки на перехожого господар має відповідати, навіть попри те, що здатен із певною мірою успіху доводити непередбачуваність такого інциденту.

Критерій деліктузуючого ризику. Вочевидь, є критерій більш точний і водночас позбавлений тих недоліків, що притаманні критерію передбачуваності.

Цей критерій полягає в тому, щоб обмежувати відповідальність за наслідки протиправної поведінки лише тією шкодою, ризик якої власне і зробив поведінку протиправною. Бо справедливо, щоб підстави відповідальності слугували одночасно і її кордонами.

Незалежно від правової системи найпершим елементом делікту є наявність протиправної поведінки. На відміну від того, як це має місце в кримінальному праві, про деліктну протиправність зазвичай не судять, просто зіставляючи поведінку особи з описом протиправного діяння, уміщеним у законі. У деліктному праві цей аналіз набагато більш гнучкий і витончений. Протиправність у деліктному праві означає, що особа піддавала оточуючих невинуватому ризику завдання

шкоди. Іншими словами, з огляду на конкретні обставини справи, особа повинна була розуміти, що її поведінка створює загрозу, або ризик, завдання шкоди іншим. Цей ризик є не абстрактним (мої дії можуть комусь нашкодити), а конкретним (коли я перевищую швидкість, я можу збити пішохода, покалічити своїх пасажирів, зіткнутися з іншим авто тощо). Особа визнається винуватою (в протиправних діях) тому, що вона повинна була скоригувати свою поведінку з огляду на цей конкретний ризик (але не зробила цього). Очевидно, що для того, аби скоригувати свої дії та вжити необхідних застережних заходів, особа має усвідомлювати (передбачати) відповідний ризик. Ось чому критерій передбачуваності містить стільки раціонального в собі.

Проте у фокусі уваги має бути навіть не передбачуваність як така, а саме ризик, що його особа створює своєю поведінкою. Конкретний ризик. Саме він лежить в основі нашого судження про те, що поведінка була протиправною, винною. З виявлення цього ризику починається наше дослідження деліктного інциденту, і ним воно має й закінчуватися (принцип "сюжетної арки"). Цей конкретний ризик особа повинна була брати до уваги, визначаючи свою поведінку й ухвалюючи рішення, яких застережних заходів слід ужити. І тому особа мусить відповідати тільки за наслідки, що охоплюються ризиком, який вона повинна була передбачати і враховувати, визначаючи курс своєї поведінки.

Протилежний підхід означав би, що ми покладаємо на людину тягар залагодження наслідків, щодо яких не очікувалося, що вона їх враховуватиме і відверне доречними і розумними за даних обставин заходами. Іншими словами, протилежний підхід означав би обов'язок *post-factum* виправляти наслідки, яким особа *ante-factum* не повинна була запобігати. Право було б непослідовним, якби (визначаючи протиправність) оберігало людей від одних ризиків, а коли згодом виникали б інші, проти яких норма права не була спрямована, записувало б їх "заднім числом" у коло релевантних.

Аналіз окремих справ. В одній зі справ, що вже стала хрестоматійною, *Berry v Borough of Sugar Notch*, 43 A. 240 (1899), водій трамвая рухався з перевищенням швидкості і, як наслідок, прийшов на одну із маршрутних зупинок раніше, ніж передбачено розкладом, і так сталося, що якраз у ту мить, коли трамвай прибув, на нього впало старе трухляве дерево. У цьому випадку мали місце і протиправність (перевищення швидкісного режиму), і фактичний причинний зв'язок (якби водій не перевищив швидкості, то прийшов би на зупинку тоді, коли б дерево вже лежало). Однак шкода була занадто віддаленою, оскільки шкода, яка насправді сталася (пошкодження трамвая через падіння трухлявого дерева), не входить до кола ризиків, які роблять перевищення швидкості протиправним. Перевищення швидкості тягне за собою низку різноманітних небезпек – трамвай може зійти з колії, перевернутися, зіткнутися з іншим транспортним засобом або збити пішохода. Але перевищення швидкості ніяк не корелює з імовірністю

того, що трамвай буде пошкоджено через падіння аварійного дерева: бо дерево може упасти на трамвай незалежно від того, чи він стоїть, чи рухається, і якщо рухається, то з якою швидкістю.

Отже, ми покладаємо на особу деліктну відповідальність за шкоду, завдану перевищенням швидкості, через те, що, усвідомлюючи ризику, пов'язані з перевищенням швидкості, вона повинна була такої шкоди не допускати. Тимчасом падіння аварійного дерева на трамвай не входить до інцидентів, яким водій мусив запобігати через ретельне додержання ПДР.

Звідси впливає ще одне важливе спостереження: покладання відповідальності за такі випадки не зменшить їхню частоту надалі, оскільки ця частота не корелює з поведінкою, яка фактично карається. Тобто, навіть якщо зобов'язувати водіїв трамваїв, що порушують правила ПДР, відшкодовувати шкоду, завдану падінням старих дерев на керований ними електротранспорт, це ніяк не вплине на те, як часто траплятимуться подібні інциденти з падінням дерев у майбутньому. А це означає, що механізм деліктної відповідальності в такому випадку не виконуватиме своє призначення щодо превенції шкідливих інцидентів і, по суті, буде зведений до карання зухвалих водіїв.

Цікавий приклад наводить Лорд Гофман у справі *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd (SAAMCO v York Montague, 1996)*. Альпініст, який збирається здійснити складне сходження, стурбований станом свого коліна. Він звертається до лікаря, який неухважно проводить поверхневий огляд і констатує, що коліно здорове. Альпініст вирушає в експедицію, в яку не пішов би, якби лікар сказав йому про справжній стан його коліна, і отримує травму, яка, втім, ніяк не пов'язана зі станом його коліна. Лікар, – зауважує Лорд Гофман, – не повинен відповідати, бо шкода настала б навіть тоді, коли б висновок лікаря (що коліно здорове) виявився правильним (бо альпініст у такому випадку тим більше наважився б на сходження).

Лорд Гофман висновує:

"Норми, які покладають на правопорушника відповідальність за всі наслідки його протиправної поведінки, є винятковими і мають бути виправдані особливою політикою. Зазвичай закон обмежує відповідальність лише тими наслідками, які пов'язані з тим, що зробило діяння протиправним" (*SAAMCO v York Montague, 1996, § 18*).

Подібна проблема постала також у справі *Darby v National Trust*. Ця справа стосувалася того, що чоловік потонув у ставку, який належав відповідачам. Вдова звернулася до суду і вимагала відшкодування, зауважуючи на тому, що через забруднення ставка шкідливими бактеріями лептоспіри купання в ньому таїло небезпеку захворювання на лихоманку Вейлза (лептоспіроз), однак власники не зробили жодних попереджень з цього приводу. Якби її чоловік знав про це, то він би не пішов до ставу і не втонув.

Якщо погодитися з тим, що власники дійсно повинні були встановити попереджувальний знак, на якому було б указано, що купання

.....

заборонено через присутність у воді шкідливих бактерій, то в такому разі відсутність відповідного знака означала б, що власники ставка не вжили необхідних заходів перед лицем конкретного ризику, а саме ризику того, що відпочивальники можуть підхопити бактеріальне захворювання – лептоспіроз. Ігнорування саме цього, конкретного ризику зробило поведінку протиправною. І тому відповідати вони мають виключно за наслідки, які охоплюються цим ризиком. Натомість небезпека потонути у глибокій водоймі – це ризик очевидний кожній розсудливій людині, і стосовно цього ризику, як виснував суд, спеціального попередження не вимагалось, бо це попередження не сказало б відпочивальникам нічого такого, чого б вони самі не знали.

Суд зазначив:

"Якою б неприємною не була хвороба Вейлза – в чому сумнівів немає – це був не той ризик, від якого постраждав пан Дарбі, і жодний обов'язок остерігати від хвороби Вейлза не може, на наше переконання, обґрунтовувати вимогу щодо збитків, завданих істотно іншою причиною" (*SAAMCO v York Montague*, 1996, § 22).

Гіпотетичний приклад про альпініста, наведений Лордом Гофманом, і так само справа про ставок викривають іще одну важливу відмінність між критерієм передбачуваності та критерієм деліктизуючого ризику. Травми – це, в принципі, передбачуваний ризик альпінізму, так само як і втоплення – в принципі, передбачуваний ризик плавання. Однак має йтися про передбачуваність наслідків конкретного протиправного аспекту поведінки деліквента (передбачувані наслідки хибної діагностики коліна, передбачувані наслідки відсутності повідомлення про бактеріальне забруднення води тощо). Цей важливий нюанс може залишатися поза увагою суду, якщо тест на віддаленість шкоди формулюється в термінах передбачуваності.

У Великій Британії знаковою стала справа *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd*, яка не тільки закріпила принцип обмеження відповідальності (який відтоді іменують принципом *SAAMCO* – за аббревіатурою позивача), але й проявила його цікаві імплікації в економічній площині.

У цій справі наріжним каменем стало питання про межі відповідальності суб'єкта оціночної діяльності, який допустив недбалість в оцінці предмета застави. Так, відповідач у цій справі – *York Montague Ltd* оцінив заставне майно у 15 млн фунтів стерлінгів, тоді як його реальна ринкова вартість становила лише 5 млн. Позивачі, *SAAMCO*, покладаючись на цю оцінку, видали позичальникові кредит на суму 11 млн фунтів стерлінгів. Проте, коли справа дійшла до звернення стягнення на предмет застави, ринкова вартість заставленого майна в силу об'єктивних факторів зменшилася ще вдвічі (порівняно з реальною вартістю на момент оцінки) – і майно в остаточному підсумку було продано за 2.5 млн фунтів стерлінгів.

Позивачі наполягали на тому, що їм має бути відшкодовано всі втрати, яких вони зазнали, видавши цей кредит, – в тому числі й втрати,

зумовлені об'єктивним коливанням ринку. Вони пояснювали це тим, що якби вони знали справжню вартість предмета застави, то не видали б кредит позичальникові й уникнули б усіх збитків, пов'язаних із подальшим розвитком подій, що відбулися після цієї транзакції.

Однак суд дійшов висновку, що відповідальність суб'єкта оціночної діяльності має обмежуватися тільки різницею між некомпетентно заявленою ним сумою оцінки і реальною вартістю предмета застави; натомість частина збитків, що зумовлена коливанням ринку після оцінки, не підлягає відшкодуванню. За наведених обставин це означало, що відшкодуванню підлягає лише 10, а не 12.5 млн фунтів.

Отже, принцип *SAAMCO* можна сформулювати так: особа, яка через недбалість надає некоректну інформацію, не повинна відповідати за ті наслідки, які б настали навіть тоді, коли б надана некоректна інформація виявилася правильною. Важливо: слід припустити не те, що оцінник надав правильну інформацію (тобто оцінив би майно у 5 млн фунтів), а навпаки – припустити, що надана ним хибна інформація (про те, що майно вартує 15 млн фунтів стерлінгів) виявилася б правильною.

Рація такого рішення полягає в тому, що надання оцінником некоректної інформації криє в собі ризик того, що кредитор отримає забезпечення в обсязі меншому, ніж він розраховував, але меншому рівно настільки, наскільки помилився оцінник. Усе решта – це незалежні ризики, пов'язані з коливаннями ринку. Це означає, що на них відповідальність оцінника не розповсюджується. Таким чином, концепція ризику, який робить діяння протиправним, дістала конкретне числове вираження у справі *SAAMCO*.

Щоправда, слід зауважити, що справа *SAAMCO* була ускладнена тим, що вона стосувалася суб'єктивної, а не об'єктивної причинності – тобто причинно-наслідкових зв'язків, які відбуваються не в реальному світі, а у свідомості людини. У цій справі йшлося про причини, які викликали рішення позивача видати кредит позичальникові. Позивач наполягав, що результати оцінки були критично важливим фактором, який зумовив ухвалення позитивного рішення щодо видачі кредиту.

Проте суд підкреслив відмінність між наданням інформації та наданням порад. Одна річ, якби відповідач надавав позивачеві раду стосовно того, чи слід видавати кредит, – в такому разі цю раду можна було б вважати причиною рішення видати кредит. Але у наведеній справі послуга відповідача обмежувалася лише наданням інформації щодо вартості предмета застави. І ця інформація була лише одним із чинників, які кредитор повинен був ураховувати, перш ніж ухвалити рішення про видачу кредиту. І тому вона не повинна вважатися юридично значущою причиною такого рішення.

Зауважмо, що хибна оцінка предмета застави задовольняє вимогам тесту *NESS* (необхідний елемент достатнього набору) (*Wright, 2011*): обмірковуючи, чи можна видавати кредит позичальникові, кредитодавець ураховував певний набір факторів (кредитний рейтинг позичальника,

його платоспроможність, річний дохід тощо), в тому числі вартість предмета застави. Показники за всіма цими факторами виявилися достатніми для того, аби ухвалити позитивне рішення про видачу кредиту. Але якщо прибрати з цього достатнього набору фактор, який нас цікавить (а саме те, що вартість предмета застави покриває тіло кредиту і відсотки), то набір, імовірно, перестав би бути достатнім. Отже, хибна інформація про вартість предмета застави таки є (фактичною) причиною рішення про видачу кредиту і всіх подальших наслідків, які наступили потім. Однак принцип *SAAMCO* цього і не заперечує, оскільки він стосується не фактичної причинності (питання, на яке дає відповідь тест *NESS*), а віддаленості шкоди, тобто питання про те, чи є діяння, яке перебуває у фактичному причинному ланцюзі зі шкодою, достатньо "близькою" причиною цієї шкоди, щоб викликати обов'язок її відшкодування.

Нещодавно Верховний Суд Сполученого Королівства у справі *Khan v Meadows* підтвердив застосування принципу *SAAMCO* також і до справ, пов'язаних із недбалістю медичних працівників.

Позивачка у цій справі дізналася про те, що вона може бути носієм гена гемофілії, коли її племінник народився з таким діагнозом. Ген гемофілії може спричиняти спадкове захворювання, при якому здатність крові до згортання сильно знижується. Позивачка хотіла уникнути народження дитини з гемофілією. Тому вона звернулася до лікаря-терапевта з метою з'ясувати, чи є вона носієм цього гена. Але замість того, щоб направити пацієнтку до гематолога для проведення генетичного тестування, лікар призначив простий аналіз крові, який був здатен встановити тільки те, чи хворіє позивачка на гемофілію, а не те, чи є вона носієм відповідного гена. Аналіз крові показав, що пацієнтка здорова, і лікар запевнив її в тому, що небезпеки народити дитину з гемофілією немає.

Згодом позивачка завагітніла і народила дитину, у якої діагностували гемофілію. Як потім з'ясувалося, позивачка таки була носієм відповідного гена і це можна було виявити, якби при її зверненні до лікаря було проведено генетичний тест.

Однак ситуацію ускладнило те, що в дитини виявили також аутизм, ніяк не пов'язаний із гемофілією. Лікування гемофілії було сильно ускладнено через аутизм. І розмір збитків, завданих синергетичним ефектом гемофілії й аутизму, був майже вшестеро більшим за суму, яку б довелося витратити на лікування самої гемофілії.

Лікар визнав свою відповідальність у частині відшкодування збитків, завданих гемофілією, але заперечував проти задоволення позову в іншій частині. Суд першої інстанції задовольнив позов у повному обсязі, проте Апеляційний Суд, з яким погодився і Верховний Суд, відмовив у частині позову, яка стосувалася збитків, зумовлених аутизмом.

Верховний Суд зауважив, що обов'язок обачності, який є вихідною точкою аналізу деліктного інциденту, має свій предмет: він

означає необхідність оберегати оточуючих не від усього, що тільки може статись, а від конкретного ризику, що загрожує оточуючим у зв'язку з характером дій суб'єкта.

Суд також зазначив: "На наш погляд, часто помічним буде загататися над засягом обов'язку, перше ніж переходити до питання про порушення обов'язку і причинність. Слід запитати: "Від яких – якщо взагалі яких-небудь – ризиків відповідач мав обов'язок оберегати позивача?"" (*SAAMCO v York Montague*, 1996, § 38).

Відповідно, лікар мав оберегати позивачку в цій справі від ризику народження дитини з гемофілією, а не від ризику народження дитини з будь-якими іншими захворюваннями. І тому його відповідальність має обмежуватися тільки шкодою, що зумовлена необхідністю лікувати гемофілію, – без урахування обтяжуючих обставин у вигляді аутизму.

Метою консультації було поставити пацієнтку в таке становище, у якому вона могла б прийняти поінформоване рішення щодо народження дитини, у якої, ймовірно, буде гемофілія. Консультація не передбачала оцінки інших ризиків і загального висновку про планування сім'ї. Тому всі інші ризики вагітності, крім гемофілії, не можуть бути покладені на лікаря.

У підсумку Суд застосував принцип *SAAMCO*: на лікаря не можуть покладатися наслідки, які б настали навіть у тому випадку, коли б надана ним інформація виявилася коректною. Суд зазначив, що відповідь на питання, що б сталося, якби надана лікарем інформація виявилася коректною, очевидна – пацієнтка народила б дитину з аутизмом. Відтак, лікар не повинен відповідати за аутизм (*SAAMCO v York Montague*, 1996, § 18).

Інші міркування, що підлягають врахуванню. Усі наведені вище міркування вказують на те, що до формули дослідження деліктного інциденту має включатися встановлення деліктизуючих ризиків, тобто ризиків, нехтування якими робить поведінку деліквента протиправною, а також установлення зв'язку між цими ризиками і шкодою, яка настала (тобто з'ясування того, чи охоплювалася шкода потерпілого відповідними ризиками).

У статті 3:201 *PETL* (*n. d.*) зазначається, що коли вже встановлено наявність фактичної причинності, то при відповіді на питання, чи повинна шкода привинюватися особі, належить урахувувати такі фактори:

"а) передбачуваність шкоди для розумної особи на момент провадження діяльності, з огляду, зокрема, на близькість у часі чи просторі між шкідливою діяльністю та її наслідком, або розмір шкоди у порівнянні з нормальними наслідками такої діяльності;

b) природу і цінність інтересу, що захищається (стаття 2:102);

c) підставу відповідальності (стаття 1:101)

d) рівень звичайних ризиків життя; та

e) захисну мету правила, яке було порушене".

.....

Отож, дослідження віддаленості шкоди (або, в термінології *PETL*, меж відповідальності) не повинно обмежуватися зіставленням деліктизуючого ризику зі шкодою, що реально настала. В особливо складних справах мають враховуватися також і інші міркування, які в широкому смислі можна назвати міркуваннями правової політики. Ці міркування будуються на уявленні про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має досягати право і яким чином вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкоджатиме досягненню таких результатів. У рамках таких міркувань відбувається визначення масштабних цілей права як способу організації та врегулювання відносин у суспільстві, оцінка економічних ефектів запровадження судовим прецедентом того або іншого підходу, а також вирішення колізій між двома суб'єктивними правами (коли завдання шкоди потерпілому стає наслідком реалізації заподіювачем свого власного права).

До кола міркувань, які підлягають врахуванню при дослідженні віддаленості шкоди, мають також входити міркування економічної ефективності права. Адже рішення суду у справі за деліктним позовом по суті визначає, хто має нести ризик відповідної події і, отже, хто має включати пов'язані з цією подією витрати у вартість провадження своєї діяльності. Тому при ухваленні відповідного рішення належить керуватися принципами економічної ефективності в тому числі. У цьому відношенні помічними є висновки теорії економічного аналізу права, і, зокрема, врахування того, хто міг запобігти шкоді з найменшими витратами ("*cheapest cost avoider*") (Calabresi, 1975).

Висновки

Дослідження юридично значущої причини має принципово іншу природу, ніж дослідження фактичної причини. Тоді як фактична причинність визначає, чи належить діяння до причинної структури ("ланцюга" причинно-наслідкових зв'язків, що призвели до шкоди), юридична причинність становить собою причинну селекцію, яка полягає у визначенні відповідальної причини на основі міркувань правової політики. Правова визначеність вимагає, щоб ці міркування були виразно проартикульовані в судовому рішенні.

Нормативний аспект дослідження причинності (іменований "наближеністю причинного зв'язку" в загальному праві й "межами відповідальності" за *PETL*) має будуватися на основі критерію деліктизуючого ризику. Суть цього критерію полягає в тому, що відповідальність особи за наслідки своєї протиправної поведінки має бути обмежена лише тією шкодою, ризик завдання якої зробив цю поведінку протиправною, оскільки справедливо, щоб підстава відповідальності (вина) слугувала одночасно і її кордоном.

Дослідження деліктизуючих ризиків має включатися до комплексного аналізу деліктного інциденту, а разом з ним також й

установлення того, чи належить шкода, фактично завдана потерпілому, до категорії шкоди, ризик завдання якої зробив поведінку деліквента протиправною.

Принцип "відповідальність тільки в межах деліктизуючого ризику" – головний, але не єдиний критерій, який має враховуватися в рамках нормативного аспекту дослідження причинності. В особливо складних справах мають враховуватися також і інші міркування, які в широкому смислі можна назвати міркуваннями правової політики. Ці міркування будуються на уявленні про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має досягати право і яким чином вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкоджатиме досягненню таких результатів.

Доктрина віддаленості причинного зв'язку (меж відповідальності) – це останній рубіж комплексного дослідження на предмет відшкодовності понесених особою втрат. І тому вкрай важливо, аби, застосовуючи її, суди наводили дійсні мотиви своїх міркувань, в тому числі економічні міркування і пов'язані з ними міркування правової політики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

- American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*.
- Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 69–108. <https://doi.org/10.2307/1599192>
- Dias, R. W. M. (1962). Negligence–Remoteness–The Wagon Mound Rule. *Cambridge Law Journal*, 20(1), 20–23. <https://doi.org/10.1017/S0008197300086852>
- European Group on Tort Law. (n. d.). *Principles of European Tort Law (PETL)*. (2024, November 11). <http://www.egtl.org/docs/PETL.pdf>
- Gibson, R. D. (1963). The Wagon Mound in Canadian Courts. *Osgoode Hall Law Journal*, 2(4), 416–436. <https://doi.org/10.60082/2817-5069.2471>
- Green, L. (1927). *Rationale of proximate cause*. Vernon Law Book Co.
- Gregory, C. O. (1938). Proximate cause in negligence: A retreat from 'rationalization'. *The University of Chicago Law Review*, 6(1), 36–61. <https://doi.org/10.2307/1596919>
- Honore, A. M., & Keeton, R. E. (1964). Legal cause in the law of torts. *Harvard Law Review*, 77(4), 595–600. <https://doi.org/10.2307/1339048>
- Horowitz, E. J. (1992). Clarifying causation: Demise of the 'proximate cause' instruction. *Trial*, 28(11), 79–81.
- Johnson, E. A. (2021). Dividing risks: Toward a determinate test of proximate cause. *University of Illinois Law Review*, (3), 925–982.
- Jolowicz, J. A. (1961). The Wagon Mound–A further comment. *Cambridge Law Journal*, 19(1), 30–33. <https://doi.org/10.1017/S0008197300010138>
- Keeton, R. E. (1963). *Legal cause in the law of torts*. Ohio State University Press.
- Kelley, P. J. (1991). Proximate cause in negligence law: History, theory, and the present darkness. *Washington University Law Review*, 69(1), 49–105.

- Malone, W. S. (1956). Ruminations on cause-in-fact. *Stanford Law Review*, 9(1), 60–99. <https://doi.org/10.2307/1226919>
- Malone, W. S. (1964). Legal cause in the law of torts. *Journal of Legal Education*, 17(1), 97–102.
- Page, J. A. (2003). *Torts: Proximate cause*. Foundation Press.
- Smith, J. (1911). Legal cause in actions of tort. *Harvard Law Review*, 25(2), 103–128. <https://doi.org/10.2307/1324390>
- Smith, J. (1912a). Legal cause in actions of tort. [Concluded]. *Harvard Law Review*, 25(4), 303–327. <https://doi.org/10.2307/1325245>
- Smith, J. (1912b). Legal cause in actions of tort. [Continued]. *Harvard Law Review*, 25(3), 223–252. <https://doi.org/10.2307/1324910>
- Stapleton, J. (2001). Legal cause: Cause-in-fact and the scope of liability for consequences. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 941–1009.
- Stern, S. (2021). Proximate causation in legal historiography. *History and Theory: Studies in the Philosophy of History*, 60(2), 363–375. <https://doi.org/10.1111/hith.12212>
- Washington Pattern Jury Instructions. Civil. WPI 15.01. (2022, April). (7th ed.) <https://govt.westlaw.com/wciji/Document/12c84dc21e10d11dab058a118868d70a9?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>
- Wright, R. W. (2001). Once more into the bramble bush: Duty, causal contribution, and the extent of legal responsibility. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 1071–1132.
- Wright, R. W. (2011). The NESS account of natural causation: A response to criticisms. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (pp. 285–322).

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин із державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Карнаух Б. Віддаленість причинного зв'язку у деліктному праві. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 1. С. 130–144. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)09](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)09)

Надійшла до редакції 24.11.2024.

Прийнято до друку 02.12.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.