

УДК 341.91

**Ю.В. ПІДКОВА**, Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## «ОБХІД ЗАКОНУ» В АСПЕКТІ ДІЯЛЬНОСТІ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ КОМПАНІЙ

*Ключові слова:* обхід закону, транснаціональна компанія, колізійна норма, вибір права, колізійна прив'язка

У зв'язку із збільшенням числа приватноправових відносин міжнародного характеру з'являється можливість використовувати механізм «обходу закону» в міжнародному приватному праві. Причиною такого явища є відмінності матеріального права країн світу, що застосовується до регулювання приватноправових відносин та недостатня уніфікація колізійних норм в даній галузі. Актуальною проблемою в умовах сучасних глобалізаційних процесів та зростання ролі ТНК в світовій економіці є питання застосування транснаціональними компаніями механізму «обходу закону». Вказана проблема пов'язана із створенням механізму штучного застосування більш сприятливого правопорядку тієї чи іншої країни з метою уникнення примусових законів іншої країни.

Теоретичним підґрунтям для розробки теми дослідження стали праці таких науковців, як: А.В. Асоскова, В.В. Балдинюка, Б. Губського, Л. Кістерського, В.І. Кисіля, Є.Д. Суворова та інших. Метою статті є дослідження сутності концепції обходу закону як категорії в міжнародному приватному праві, встановлення основних причин застосування механізму «обходу закону» в аспекті діяльності транснаціональних компаній, а також визначення основних підходів щодо правових наслідків застосування транснаціональними компаніями «обходу закону». Для досягнення окресленої мети були поставлені такі завдання: здійснити аналіз такого явища в міжнародному приватному праві як «обхід закону», обґрунтувати

застосування механізму «обходу закону» транснаціональними корпораціями в аспекті їхньої міжнародної діяльності, визначити основні цілі та способи уникнення належного правопорядку транснаціональними компаніями в «обхід закону».

Об'єктивною передумовою для виникнення колізії правопорядків у міжнародному приватному праві є наявність такого складу приватноправових відносин, в якому хоча б один із елементів матиме правовий зв'язок з іноземною державою. За наявності такого складу виникає проблема вибору найбільш компетентного права для врегулювання відповідних правовідносин, що за відсутності міжнародних договорів із відповідними положеннями, вимагає застосування колізійного права [1, с.161].

Прив'язка колізійної норми визначає, який правопорядок (місцевий або іноземний) повинен регулювати відповідну правову ситуацію. Зміна колізійної прив'язки в багатьох випадках здатне призвести до застосування права іншої держави. Така зміна колізійної прив'язки може бути результатом навмисних дій суб'єктів правовідносини з метою уникнути незручного правового регулювання або навпаки обрати більш зручний правопорядок. Застосування «сприятливого» правопорядку забезпечується за допомогою штучного створення фактичного обставини (об'єктивного критерію), закріпленого у колізійній прив'язці. Тобто, іноземний суб'єкт навмисно входить або виключається зі складу правовідносин, чим створює більш вигідне стороні матеріально-правове становище та відповідне правове регулювання.

Такі свідомі дії учасників правовідносин відомі у сфері міжнародного приватного права (далі – МПРП) як «обхід закону».

Як впливає з самого поняття, дії в обхід закону відносяться до такого різновиду юридичних фактів, як дії. Проте такі дії не є ні правопорушеннями, ні правомірною поведінкою, але, як і будь-які дії, що становлять зловживання правом, являють собою різновид дій, які умовно можна визначити як «непідтримувана правовою системою реалізація права».

Концепція обходу закону набула поширення як у доктрині міжнародного приватного права, так і в кодифікаційній практиці у цій сфері. Згідно з нею, право, що застосовується, може визначатися штучно, з метою забезпечення, наприклад, пільгового порядку заснування юридичної особи, сплати податків, укладення договорів.

В сучасній доктрині і законодавчій практиці термін «обхід закону» має різні, часом суперечливі тлумачення. Обхід закону (лат. *fraus omnia corrumpit*) – це такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнути використання до цього правовідношення примусового закону, якому воно підпорядковано (як правило закону своєї країни) [2, с.60].

Так, на думку О.І. Муранова, використання концепції «обходу закону» можна розглядати як підхід, що не заперечує відсутність порушення суб'єктивними діями норм закону, але пропонує подивитися на такі дії з точки зору відповідності їх результату меті закону (з метою оголошення їх незаконними), так і підхід, що пропонує визначити обман, удаваність та зловживання правом [3, с.2].

Деякі автори вважають, що «обхід закону» в МПРП є одним із випадків застосування застереження про публічний порядок. Існує також інша думка: «обхід закону» в міжнародному приватному праві – це ситуація, в якій сторони не мали наміру уникнути застосування певного закону, а лише застосовують норми, що не можуть регулювати правовідносини, оскільки ці норми, призначені для інших правовідносин.

Об'єктивною причиною виникнення «обходу закону» є відсутність можливості заборонити учасникам міжнародних приватноправових відносин здійснювати дії, що можуть вплинути на прив'язку правовідносин до певного правопорядку.

Більшість позицій вчених щодо «обходу закону» в МПРП збігаються у тому, що його склад утворюється такими елементами: 1) об'єктивний – свідоме привнесення до складу правовідносин іноземного елемента, що має наслідком зміну їх підпорядкування;

2) суб'єктивний – зазначена зміна правопорядків здійснена навмисно та штучно. Деякі вчені дають інше визначення «обходу закону» та розуміють його як свідоме і штучне створення заінтересованими суб'єктами колізійної прив'язки правовідносин до будь-якої іноземної правової системи і створення колізії між цією системою та національною правовою системою, яку «обходять» з метою забезпечення застосування першої і уникнення застосування до правовідносин другої, що містить імперативні норми [4, с.304].

Створення штучної прив'язки до іншого закону являє собою недобросовісне трактування колізійної норми. Такі дії є можливими у сфері суспільних відносин, які регулюються двосторонніми колізійними нормами із жорсткими прив'язками, що дає можливість учасникам правових відносин маніпулювати ними при використанні власних свобод. Серед таких прив'язок, зазвичай, виділяють особистий закон фізичної/юридичної особи, закон держави місця вчинення акту, закон держави місця укладення правочину, закон держави місця знаходження рухомого майна.

Головною перевагою нормативного закріплення концепції «обходу закону» вважається те, що цей інститут спрямований проти створення фіктивної прив'язки відносин до іноземного права. У той самий час головні її недоліки – неясність, складність застосування, а також неможливість виконання судових рішень, які встановлюють обхід закону. Існує також концепція щодо позитивного відношення до теорії «обходу закону», адже вона покликана забезпечити ефективне застосування (дію) колізійної норми, попереджуючи ситуації, коли колізійна норма відсилає до правопорядку, який не має відношення до правовідносин та/або коли сторони обходять застосування певної колізійної норми [5, с.24].

Такі дії є можливими у сфері суспільних відносин, які регулюються двосторонніми колізійними нормами із жорсткими прив'язками, що дає можливість учасникам правових відносин маніпулювати ними при використанні власних свобод

Теорії, законодавству та правозастосовній практиці відомі декілька доктрин і відповідно

критеріїв визначення «національності» юридичних осіб, які можна вважати традиційними. Це теорія: а) інкорпорації (критерій заснування чи реєстрації), б) осілості («ефективного місцеперебування», тобто місцезнаходження головних органів юридичної особи – адміністративного центру, центру управління тощо), в) центру експлуатації (відбувається основна виробнича, комерційна чи інша діяльність), а також г) контролю (критерій здійснення контролю та управління за діяльністю).

У відповідності до теорії інкорпорації, яка визначає національність юридичної особи та її особистий статут за законом тієї держави, на території якої відбувся акт реєстрації такої юридичної особи [6, с.268]. Позитивною характеристикою теорії інкорпорації є порівняно легке переміщення з держави у державу вже одного разу зареєстрованою, і тією, що не визнана недійсною, юридичною особою своїх органів (адміністративного центру, органів управління), без втрати уже зафіксованої правосуб'єктності та навіть набуття декількох адміністративних центрів. Проте, дану теорію можна застосовувати з метою «обходу закону», в чому іноді вбачають її недолік. Недопущення такого явища можливе через встановлення у законодавстві держави норми, спрямованої на відвернення можливостей «обходу закону» щодо конкретних правовідносин. Проте, якщо у законодавстві держави не встановлені норми про заборону обходу закону, то транснаціональні компанії можуть недобросовісно реалізовувати свої цивільні права та здійснювати цивільні обов'язки.

Актуальною проблемою в сучасних економічних та торговельних відносинах, яка набула глобальних масштабів, є застосування транснаціональними компаніями (надалі – ТНК) «обходу закону». На сьогоднішній день ТНК виступають провідними агентами фінансової глобалізації, опосередковуючи потужні фінансові розрахунки як з власними дочірніми компаніями та філіями, так і з місцевими національними підприємствами в країнах їхньої реєстрації [7, с.428]. ТНК – це група компаній, створених за законами різних держав, які є самостійними юридичними особами і які здійснюють діяльність на території

різних держав, але знаходяться у взаємозалежних відносинах, при яких одна з них (головна корпорація) займає домінуюче становище і здійснює контроль над усіма іншими [8, с.342]. Особливість ТНК проявляється в тому, що вони володіють економічною єдністю при юридичній множинності.

Суб'єктами права є ті компанії, які об'єднуються в єдину систему – ТНК. Суб'єктом права можуть бути і об'єднання компаній. У будь-якому випадку як окремі компанії, так і їх об'єднання є суб'єктами національного, а не міжнародного права. При цьому, проблема визначення національності та особистого закону ТНК полягає в тому, що неможливо встановити державну приналежність компаній, які об'єднуються з метою створення ТНК. Адже необхідно встановлювати чи є вони суб'єктами держави, в якій вони зареєстровані чи суб'єктами держави, на території якої вони знаходяться (місцезнаходження адміністративного центру чи місце основної господарської діяльності).

Застосовне право визначається зацікавленими сторонами штучно з метою створення більш сприятливого правового режиму. Наприклад, у відповідності з російським законодавством правоздатність іноземних юридичних осіб визначається на основі критерію інкорпорації. З усіх можливих критеріїв, застосовуваних до національності юридичних осіб, саме цей є найбільш зручним для обходу закону. Проте, визначати особистий статут ТНК тільки за допомогою встановлення її державної приналежності не зовсім вірно. Визначити фактичну «національність» ТНК і компаній, що в неї входять, є досить складно, оскільки, використовуючи існуючу прогалину в законодавстві різних держав, ТНК зараз маніпулює державною приналежністю, не дозволяючи державам підпорядкувати діяльність ТНК в цілому будь-якій одній національній правовій системі.

Особливість правового статусу ТНК є, поперше, те, що формально це підприємство, що підпадає, як і його відповідні підконтрольні центру закордонні відділення, під національну юрисдикцію відповідних країн. Фактично ж ТНК – мультинаціональне,

транскордонне підприємство. По-друге, іншою особливістю є те, що закордонні відділення ТНК, його філії, дочірні товариства, перебуваючи під юрисдикцією приймаючої держави, зареєстровані в ньому і формально є підприємствами даної приймаючої держави, фактично для нього – іноземної. По-третє, особливістю ТНК є й те, що в багатьох випадках, зазвичай через головне, материнське підприємство, ТНК веде ділові операції безпосередньо з приймаючими державами як із діловими партнерами [9, с.120].

«Національність» ТНК може також бути використана, крім іншого, для того щоб класифікувати корпорацію як місцеву або іноземну, з метою застосування протекціоністських економічних заходів і обмежень, для того щоб зробити юридичну особу здатною сприяти розвитку національної економіки, для отримання особливих пільг відповідно до податкових угод. Проте, саме наявність групи формально самостійних юридичних осіб різної «національності», зведених в сувору ієрархію, підпорядковану центру прийняття рішень (головної компанії), дозволяє ТНК на даний час використати існуючу прогалину в праві щодо визначення особистого статусу ТНК як єдиної структури, обмежуючи при цьому втручання в її діяльність як держави місцезнаходження головної компанії, так і держав в яких знаходяться дочірні компанії. Безсумнівним є те, що кожна компанія, що входить до складу транскордонної корпорації, має певну «прив'язку» до певного національного правопорядку і, відповідно, має тісний зв'язок з певним державою.

Таким чином, при визначенні особистого статусу кожної компанії, що входить в ТНК, кожна держава, де зареєстрована така компанія буде використовувати свої колізійні прив'язки, щоб визнати її в рамках своєї правової системи національної або іноземною компанією і на підставі цього поширити на неї дію певного правового режиму.

Швидке зростання прямих іноземних інвестицій, вихід технологічного поділу праці за межі фірм, галузей і національних кордонів супроводжується появою гігантських міжнародних науково-виробничих комплексів з фі-

ліями в різних країнах і на різних континентах. ТНК, використовуючи відмінності в національних законодавствах дочірніх компаній, використовуючи механізми обходу закону та маскуючи філії під багатонаціональні підприємства, уникають відповідальності та податкових зобов'язань.

Саме завдяки зв'язку між її складовими частинами головна компанія ТНК має реальну можливість повністю управляти діяльністю інших структурних утворень, використовуючи для цього так звану особливу систему управління, засновану на системі участі і економічної залежності.

Таким чином, при визначенні особистого статусу ТНК повинно вживатись поняття «державна приналежність», оскільки такі компанії мають зв'язок з кількома правовими системами з можливим існуванням «системи контролю» однієї особи над іншим виходячи з їх «національності». Інакше формальна «юридична множинність» і самостійність компаній, що входять в ТНК (при їх економічному єдності), завжди використовувала «обхід закону» при такому утворенню.

Однією із особливостей ТНК є те, що закордонні відділення ТНК, її філії, дочірні товариства, перебуваючи під юрисдикцією приймаючої держави, зареєстровані в ній і формально є підприємствами даної держави, яка приймає, фактично для неї – іноземні, бо їх залежність від закордонного головного комплексу ТНК значно сильніша, ніж від держави, яка приймає [10, с.311]. Закордонне виробництво дає ТНК такі переваги, які впливають з відмінності економічних умов між країною базування материнської компанії та країнами, де розташовані її філії і підконтрольні фірми. До них відносяться відмінності в забезпеченості і вартості природних ресурсів, в ставках заробітної плати, оподаткування, нормах амортизаційних відрахувань, корпоративного, трудового законодавства, екологічних стандартах, кваліфікації робочої сили, курсах валют і з багатьох інших компонентів, що формує вартість виробленої продукції.

Організаційна структура ТНК дає також специфічне перевагу, оскільки перенесення зовнішньоекономічних операцій у внутріш-



ньокорпоративні операції дозволяє зберігати монополію на нові технології і «ноу-хау», обходити митні бар'єри, уникати міжнародної конкуренції, знижувати собівартість продукції. Проте, незважаючи на глобальну діяльність ТНК, центр прийняття рішення залишається національним [11, с. 74].

«Обхід закону» в діяльності ТНК може також проявлятися в розробці і застосуванні схем міжнародного податкового планування з метою перенесення податкового тягаря з головної на дочірні компанії, в більш лояльні з точки зору податків юрисдикції, де вони зареєстровані і мають статус «місцевої національної компанії». В цьому випадку категорія «національність» стосовно дочірніх компаній може бути використана тільки для відділення власних та іноземних юридичних осіб з метою визначення їх правового режиму і надання або відмови їм у захисті в межах певної держави.

Ефективне регулювання діяльності ТНК та уникнення застосування такими компаніями «обходу закону» можливе за допомогою міжнародно-правової уніфікації норм, що регулюють створення і діяльність ТНК. Це передбачає, що уніфіковані норми, включені у відповідні універсальні міжнародні договори, імплементуються у національні правові системи країн-учасниць. Належне правове регулювання ТНК може бути здійснене тільки на основі взаємного узгодження національних і міжнародних правопорядків на внутрішньодержавному, регіональному та універсальному рівнях.

У результаті дослідження питань, пов'язаних із визначенням сутності «обходу закону» в міжнародному приватному праві та виявлення головних причин застосування даного механізму в аспекті діяльності транснаціональних компаній можна дійти наступних висновків. Проблема регулювання діяльності ТНК виступають, по-перше, прагнення країн базування ТНК поширити внутрішнє законодавство на закордонні відділення компаній; по-друге, недостатність інститутів національного законодавства приймаючих держав, як б регулювали діяльність таких компаній.

Головним аспектом «обходу закону» щодо діяльності ТНК є те, що з одного боку, транс-

кордонна корпорація формально – як єдине ціле – матиме зв'язок з кількома країнами одночасно, і фактично – з іншого боку – з жодною. Важливим фактором застосування ТНК «обходу закону» є уникнення ними значних розмірів податків, більш лояльне трудове та корпоративне законодавство та ін. Особливістю сучасних ТНК є наявність економічної єдності при відносній юридичній множинності та багатосторонній характер їхньої діяльності, міжнародний територіальний і галузевий рух капіталу, а також комплексна ієрархічна структура побудови ТНК. Поняття ТНК відноситься до всієї системи юридичних і неюридичних осіб, а не окремо лише до головного корпорації або ж її структурним підрозділам.

Для належного рівня правового регулювання діяльності ТНК необхідно вдосконалити внутрішнє законодавство іноземних країн шляхом підпорядкування діяльності філій і дочірніх підприємств ТНК національному законодавству приймаючої країни.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Боярський Є. Д. Проблеми законодавчого визначення обходу закону в міжнародному приватному праві України / Є. Д. Боярський // Приватне право і підприємництво. – 2015. – № 14. – С. 161–164.
2. Міжнародне приватне право : навч. посіб. / за заг. ред.: В. М. Гайворонський, В. П. Жушман. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 366 с.
3. Муранов А. И. «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем / А. И. Муранов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://mgimo.ru/files/15292/muranov\\_27.pdf](http://mgimo.ru/files/15292/muranov_27.pdf).
4. Чевичалова Ж. В. «Обхід закону» в сучасному міжнародному приватному праві // Чевичалова Ж. В. // Науковий вісник Нац. ун-ту біоресурсів і природокористування України. – 2012. – № 173. – Ч. 1: Право. – С. 303–307.
5. Балдинюк В. В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному

приватному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / В. В. Балдинюк. – К., 2008. – 26 с.

6. Міжнародне приватне право : підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. – 2-ге видання. – К. : Алерта, 2014. – 656 с.

7. Матросова І. Ю. Виявлення особливостей правового регулювання діяльності транснаціональних компаній (ТНК) / Матросова І. Ю. // Молодий вчений. – 2016. – № 5 (32). – С. 428–431.

8. Пшеничний М. С. Міжнародно-правове регулювання діяльності транснаціональної компанії (ТНК) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dspace.onua.edu.ua/](http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3484/Пшеничний.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[bitstream/handle/11300/3484/Пшеничний.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3484/Пшеничний.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

9. Кравчук Г. В. ТНК і національні держави: роль місце в сучасній міжнародній системі / Кравчук Г. В., Гаврилко О. С. [Електронний ресурс] Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/e-journals/PSPE/2007-2/Kravchuk\\_Gavrilkko\\_207.htm](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/PSPE/2007-2/Kravchuk_Gavrilkko_207.htm)

10. Асосков А. В. Проблемы правового регулирования транснациональных компаний / А. В. Асосков // Юридический мир. – 2010. – № 8. – С. 18–23.

11. Осмінін Б. І. Міжнародно-правова регламентація діяльності транснаціональних корпорацій / Осмінін Б. І. // Звістки вузів. Правознавство. – 1982. – № 4.

*Підкова Ю. В. «Обхід закону» в аспекті діяльності транснаціональних компаній / Ю. В. Підкова // Форум права. – 2016. – № 3. – С. 203–208 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2016\\_3\\_37.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2016_3_37.pdf)*

Визначено сутність «обходу закону» як однієї із проблем застосування колізійних норм в міжнародному приватному праві, здійснено дослідження концепції «обходу закону» в діяльності транснаціональних компаній, проведено аналіз основних механізмів застосування транснаціональними компаніями «обходу закону» з метою вибору найбільш сприятливого правопорядку шляхом застосування колізійних норм держав, в яких зареєстровані дочірні компанії транснаціональних корпорацій.

\*\*\*

*Пидкова Ю.В. «Обход закона» в аспекте деятельности транснациональных компаний*

Определена сущность «обхода закона» как одной из проблем применения коллизионных норм в международном частном праве, проведено исследование концепции «обхода закона» в деятельности транснациональных компаний, проведен анализ основных механизмов применения транснациональными компаниями «обхода закона» с целью выбора наиболее благоприятного правопорядка путем применения коллизионных норм государств, в которых зарегистрированы дочерние компании транснациональных корпораций.

\*\*\*

*Pidkova YU.V. «Evading of the Law» in the Aspect of Transnational Companies*

The article identified the essence of the evading of the law, as one of the problems with the application of conflict rules in international private, studied the concept of evading the law in the practice of multinational companies, analyzed the basic mechanisms of the application of multinational companies evading the law in order to select the most favorable law by applying conflict rules of the countries which registered subsidiaries of multinational companies.