

DOI: <http://www.doi.org/10.21272/legalhorizons.2018.i9.p28>

ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ЗДІЙСНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ, КОНСУЛЬТУВАННЯ



Куліш Анатолій Миколайович,
доктор юридичних наук,
заслужений юрист України, професор,
директор Навчально-наукового інституту права,
Сумського державного університету



Рибак Олександра Юрївна,
Навчально-науковий інститут права,
Сумський державний університет

На підставі проведеного аналізу класифіковано загальні та спеціальні ознаки комп'ютерного програмування, консультування як виду господарської діяльності. До загальних ознак віднесено: надання зазначених послуг не для власних потреб, а для задоволення потреб інших осіб; професійний характер діяльності; результати такої діяльності мають вартісний характер, реалізуються за плату; діяльність у сфері комп'ютерного програмування поєднує як приватні інтереси розробників такого продукту, так і публічні інтереси держави. До спеціальних віднесено: створення за допомогою електронних ресурсів; надання послуги в цифровому просторі; застосування розрахункових інструментів у мережі Інтернет.

Встановлено, що суди при розгляді справ за ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення керуються практикою Європейського суду з прав людини, згідно з якою стандарти Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з кримінального провадження поширюються і на справи про адміністративні правопорушення. Аргументовано доцільність застосування наступних кваліфікуючих ознак порушення правил здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування: систематичність здійснення такої діяльності, професійний характер, отримання прибутку. Виходячи зі складності встановлення у суді вини правопорушника при притягненні до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП, запропоновано при розгляді таких справ встановити презумпцію усвідомлення протиправності діяння. Застосування такої презумпції адекватно відображає об'єктивні ознаки складу правопорушення. Знайшли подальший розвиток положення щодо доцільності приведення у відповідність ст. 10 Кодексу України про адміністративні правопорушення та ст. 68 Конституції України.

Ключові слова: господарська діяльність, комп'ютерне програмування, консультування, систематичність, легалізація, вина, презумпція, протиправність.

Kulish A.M., Rybak O.Yu. Violation of the order of economic activities in the field of computer programming, counseling. On the basis of the analysis, general and special features of computer programming, counseling as a type of economic activity are classified. Common features include: the provision of these services is not for their own needs, but to meet the needs of other people; professional activity; the results of such activity are valuable, are realized for a fee; activity in the field of computer programming combines both the private interests of the developers of such a product and the public interests of the state. To special include: creation using electronic resources; provision of services in digital space; application of settlement tools on the Internet.

It was established that the courts, when considering cases under Art. 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses are guided by the practice of the European Court of Human Rights, according to which the standards of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from Criminal Proceedings extend to cases concerning administrative offenses.

The expediency of applying the following qualifying signs of violation of the rules of conducting business activities in the field of computer programming, the counseling: the systematic implementation of such activities, professional character, profit making is substantiated. Proceeding from the complexity of establishing in the court the fault of the offender in bringing to administrative responsibility under art. 164 KUpAP, proposed in the consideration of such cases to establish the presumption of awareness of the wrongful act. The use of such a presumption adequately reflects the objective features of the offense. Find further development of the provision on the appropriateness of bringing the Art. 10 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses and Art. 68 of the Constitution of Ukraine.

Key words: economic activity, computer programming, consultation, systematic, legalization, fault, presumption, wrongfulness.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Четверта індустріальна революція поставила перед Україною завдання побудови цифрової економіки. Розвиток цифрової економіки обумовлює виникнення нових видів господарської діяльності, які не вкладаються у традиційне розуміння як результату такої діяльності, так і порядку її ведення. Зокрема, це розвиток цифрової інфраструктури, он-лайн торгівля. Кабінет Міністрів України прийняв Концепцію розвитку цифрової економіки і суспільства України на 2018-2020 роки та затвердив план заходів щодо її реалізації [1]. Одним із принципів цифровізації згідно з Концепцією є підвищення рівня довіри і безпеки. Ведення нових видів діяльності повинно не порушувати правила інформаційної безпеки, захисту персональних даних, недоторканості особистого життя. Практика діяльності у нових сегментах цифрової економіки вказує на істотну тінізацію. Більшість суб'єктів, які надають послуги з комп'ютерного програмування, консультування не легалізовані. Відповідно у держави виключається можливість застосування низки заходів забезпечення безпеки у кібер-просторі. Одним із механізмів протидії тінізації такого

сектору є ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (надалі – КУпАП) «Порушення порядку провадження господарської діяльності». Кваліфікаційними ознаками правопорушення є порушення законодавчих вимог ведення господарської діяльності, зокрема легалізації, отримання дозвільних документів. Зазначені вимоги мають особливості реалізації у цифровій сфері. Глобальність Інтернет-мережі унеможлиблює застосування традиційних способів податкового контролю, відстеження місця здійснення господарської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ситуація ускладнюється відсутністю досліджень порушення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування. Окремі питання цифрової економіки досліджували В. Айзексон, С. Бранд, Дж. Вейлз, Е. Вільямс, Б. Гейтс, Б. Елбрехт, Д. Енгельбарт, Дж. Ліклайдер, Дж. Фон Нейман, Е. Петерс, С. Хантінгтон та українські вчені-економісти В. Гейць, А. Гриценко, О. Москаленко, Т. Єфименко. Питання адміністративної відповідальності досліджувалися В. Кротюком, А. Іюффе, Д. Лук'янцом, Л. Кравченком, О. Плетньовим, Є. Герасименком, В. Стефанюком,

І. Голосніченком, М. Михеєнком. Проте окремі дослідження адміністративної відповідальності за порушення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування відсутні.

Основною метою дослідження є конкретизація кваліфікуючих ознак порушення правил здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування.

Виклад основного матеріалу. Поставлена мета передбачає аналіз комп'ютерного програмування, консультування як виду господарської діяльності, складу адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 164 КУпАП.

Відповідно до Класифікації видів економічної діяльності послуги з комп'ютерного програмування, консультування включено до одного з видів господарської діяльності [2]. Такому виду господарської діяльності притаманні всі ознаки господарської діяльності, які традиційно виділяються у навчальній літературі [3, С. 14; 4, С. 10]: надання зазначених послуг не для власних потреб, а для задоволення потреб інших осіб; професійний характер діяльності; результати такої діяльності мають вартісний характер, реалізуються за плату; діяльність у сфері комп'ютерного програмування поєднує як приватні інтереси розробників такого продукту, так і публічні інтереси держави. Окрім загальних ознак, комп'ютерному програмуванню, консультуванню притаманні специфічні ознаки, обумовлені їх цифровим характером. Послуга має електронний характер. Вона як створюється за допомогою електронного ресурсу, так і надається в цифровому просторі. Я.О. Задвірний та А.Б. Орловська вважають, що у широкому розумінні електронна комерція визначається як ведення бізнесу у глобальних мережах, а у вузькому – як торгівля через Інтернет, і розуміють під нею комерційну активність людей, яка охоплює фінансові та торгові транзакції, що проводяться за допомогою комп'ютерних мереж під час купівлі-продажу товарів чи послуг [5, С. 72]. Досліджувана послуга надається в електронному вигляді через мережу Інтернет. Наступною істотною ознакою є застосування електронного розрахунку. Нові розрахункові інструменти у мережі Інтернет ускладнюють податковий контроль за розрахунками. Отже розробники нових ІТ-продуктів мають більше можливостей працювати в «тіньовому» секторі

та уникати притягнення до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП.

Диспозиція ст. 164 КУпАП передбачає наступні кваліфікуючі ознаки: провадження господарської діяльності без державної реєстрації, без одержання ліцензії, з порушенням ліцензійних умов, без одержання документів дозвільного характеру [6].

Державна реєстрація суб'єктів господарювання у досліджуваній сфері здійснюється на загальних підставах, передбачених Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань».

Одним із порушень ст. 164 КУпАП є здійснення комп'ютерного програмування та консультування без державної реєстрації. Проте аналіз практики застосування ст. 164 КУпАП вказує на те, що суди встановлюють факти систематичності, самостійності, регулярності та тривалості діяльності правопорушника, отримання від такої діяльності прибутку. Так, у справі № 483/642/17 від 12 червня 2017 року про притягнення до адміністративної відповідальності за ч. 1 ст. 164 КУпАП суддя апеляційного суду Миколаївської області зазначив, що недоведення ознаки систематичності ведення діяльності виключає склад правопорушення, передбачений ст. 164 КУпАП [7]. Суди посилаються на ознаки підприємницької діяльності, передбачені ст. 42 Господарського кодексу України [8]. У зазначеній статті серед ознак підприємницької діяльності закріплено і таку ознаку, як систематичність. Тільки у випадку доведення кваліфікуючих ознак систематичності, отримання прибутку від такої діяльності має місце склад правопорушення, передбачений ст. 164 КУпАП.

Також суди зобов'язують органи, які складають протоколи про адміністративні правопорушення за ст. 164 КУпАП, доводити факт вини правопорушника. Особа притягається до адміністративної відповідальності за вказаною статтею тільки у випадку встановлення судом факту вини правопорушника.

Національні суди керуються практикою Європейського суду з прав людини, згідно з якою стандарти Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з кримінального провадження поширюються і на справи про адміністративні правопорушення. Керуючись ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [9], суди

вважають, що не мають права самостійно змінювати на шкоду потенційному правопорушнику фабулу протоколу про адміністративне правопорушення. Ця фабула визначає склад адміністративного правопорушення, винуватість у скоєнні якого має бути доведена у суді. Суди виходять з позиції, що вони не мають права самостійно знаходити докази вини правопорушника. Вони не виходять за межі тих доказів, які зазначені у протоколі. У іншому разі суди перебиратимуть на себе функції обвинувача та не будуть мати статус незалежного органу правосуддя згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Таким чином, склад адміністративного правопорушення за ст. 164 КУпАП передбачає умисну форму вини (ст. 10 КУпАП). Доведення фактів систематичності діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування, отримання прибутку від такої діяльності істотно ускладнюється. Така діяльність передбачає використання відмінною від традиційної господарської діяльності цифрової інфраструктури. Це фактично послуга, суттю якої є рух інформації в Інтернеті. Більшість таких послуг не формалізовано у законодавстві. Більшість прихованих транзакцій неможливо довести.

Доведення факту вини за ст. 164 КУпАП також ускладнюється тим, що цей склад правопорушення є формальним. У той же час, умисна форма вини за ст. 10 КУпАП передбачає усвідомлення протиправного характеру діяльності чи бездіяльності, передбачення шкідливих наслідків і бажання або свідоме допускання їх настання. У такій редакції ст. 10 КУпАП вступає у протиріччя зі ст. 68 Конституції України, а саме незнання закону не звільняє від відповідальності [10]. Усвідомлення порушником протиправного характеру діяння передбачає знання ним закону. Тобто це суб'єтивний критерій. У той же час, аналіз судової практики вказує на необхідність встановлення органами, які складають протоколи про адміністративні правопорушення, об'єктивних критеріїв вини правопорушника: систематичність діяльності, отримання прибутку.

Погоджуючись з точкою зору Д.Л. Лук'янца, доцільно привести у відповідність ст. 10 КУпАП та ст. 68 Конституції України та при визначенні вини користуватись презумпцією усвідомлення протиправності діяння [11, С. 5]. Застосування такої презумпції адекватно відображає об'єктивні ознаки складу

правопорушення. Діяльність у сфері комп'ютерного програмування, консультування має професійний характер. Така ознака також характеризує господарську діяльність.

При класифікації певної діяльності як господарської необхідно оцінювати всі ознаки в комплексі, а не тільки одну. Більшість розробників ІТ-продуктів навмисно ухиляються від державної реєстрації з метою ухилення від оподаткування. Вони легалізуються тільки у випадку отримання істотних переваг від такого статусу. Зокрема, з метою мінімізації оподаткування. Більшість фізичних осіб у досліджуваному секторі мають легальну можливість працювати як особи, що займаються незалежною професійною діяльністю без державної реєстрації як підприємець (ст. 14 Податкового кодексу України [12]). Але податкові витрати є меншими у фізичної особи-підприємця. Тому більшість розробників ІТ-продуктів мають саме такий статус. На теперішній час, виходячи з глобального характеру Інтернету, складності податкового адміністрування такої діяльності, держава намагається змусити розробників ІТ-продуктів легалізуватися шляхом використання інших правових механізмів: валютного контролю, контролю за об'єктами права інтелектуальної власності в Інтернеті. Виходячи з цього, логічним є застосування презумпції усвідомлення протиправності діяння за ст. 164 КУпАП. Адже судова практика, що склалася на теперішній час, нівелює можливість притягнення за ст. 164 КУпАП розробників комп'ютерних програм, які навмисно не легалізуються.

Висновки. Таким чином, проведене дослідження вказує на наступні кваліфікуючі ознаки порушення правил здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування: систематичність здійснення такої діяльності, професійний характер, отримання прибутку. Виходячи зі складності встановлення у суді вини правопорушника при притягненні до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП доцільно при розгляді таких справ встановити презумпцію усвідомлення протиправності діяння. У подальших наукових дослідженнях заслуговують на окрему увагу інші кваліфікуючі ознаки складу адміністративного правопорушення за ст. 164 КУпАП: здійснення господарської діяльності без отримання дозвільних документів.

Література:

1. Концепція розвитку цифрової економіки і суспільства України на 2018-2020 роки: розпорядження КМУ від 17.01.2018 № 67-р. Київ: Офіційний вісник України, 2018, № 16. С. 70.
2. Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010: наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики 11.10.2010 № 457. Київ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/vb457609-10>
3. Щербина В.С. Господарське право. Київ, 2013. 640 с.
4. Вінник О. М. Господарське право. Київ, 2004.-624 с.
5. . Задвірний Я. О. Використання можливостей електронної комерції у процесі ведення бізнесу. Формування ринкової економіки в Україні. 2008. Вип. 18. С. 70–75.
6. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон УРСР від 07.12.1984 № 8073-X. Київ. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
7. Постанова Апеляційного суду Миколаївської області у справі № 33/784/248/2017 від 12.06.2017. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67055551>
8. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004
10. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Офіційний вісник України. 2010. № 72. Спеціальний випуск. С. 15.
11. Лук'янець Д.М. Вина як суб'єктивна підстава адміністративної відповідальності та проблеми її визначення. Адвокат. 2004. № 7. С. 3-6.
12. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 року № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13. Ст. 112.