

Пошук «крайнього»



Олег МАЛІНЕВСЬКИЙ,
партнер EQUITY



Дмитро ТИЛІПСЬКИЙ,
партнер EQUITY



Більшість проваджень про банкрутство в Україні закінчуються ліквідацією боржника та значним обсягом непогашених вимог кредиторів, які достатньо часто становлять 80-90% від заявлених та включених до реєстру вимог кредиторів.

Кредитори змушені шукати нові ефективні механізми з метою погашення своїх вимог. Прийняття та набрання чинності Кодексом України з процедур банкрутства (далі — Кодекс) започаткувало новий етап в інституті банкрутства, докорінно змінивши розподіл сил між кредиторами та боржниками, привнісши нові механізми й засоби захисту прав та інтересів. На відміну від Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», Кодекс сміливо можна називати «прокредиторським» і таким, який надає переваги кредиторам щодо захисту їхніх прав.

Одним з новаторських механізмів для нашого законодавства є запровадження інституту солідарної відповідальності керівника за порушення обов'язку в місячний строк звернутися до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі, якщо задоволення вимог одного або кількох кредиторів призведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами (загроза неплатоспроможності), що передбачено ч. 6 ст. 34 Кодексу.

Обов'язок боржника звернутися з відповідною заявою щодо відкриття провадження про банкрутство

у разі загрози неплатоспроможності був передбачений в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Однак без дієвої санкції за невиконання такого обов'язку ця норма залишалася мертвою та не застосовувалася на практиці.

Станом на квітень 2020 р. в судовій практиці відсутні реальні випадки застосування солідарної відповідальності до керівника боржника, проте відповідні заяви з боку кредиторів вже надходять до судових органів.

Постають певні практичні питання щодо застосування цієї статті Кодексу. Коли ж настає загроза неплатоспроможності? Як довго вона має тривати? Яким чином керівник підприємства має оцінювати наявність або відсутність такої загрози неплатоспроможності? Кодекс не дає відповіді на питання про те, чи має кредитор вживати активні дії для стягнення заборгованості (пред'являти претензії, ініціювати позовне провадження або взагалі отримувати рішення суду).

Судова практика щодо тлумачення поняття потенційної загрози неплатоспроможності (під час застосування цього поняття в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом») висловлювала позицію, що така загроза виникає незалежно від того, чи винесли судові рішення про стягнення з боржника коштів, чи порушувалося щодо боржника виконавче провадження, а також що боржник не повинен додавати до своєї заяви такі документи (Постанова КГС від 10.10.2018 р. у справі №904/911/18).

Враховуючи таку позицію, керівник боржника, оцінюючи наявність потенційної загрози неплатоспроможності підприємства, має брати до уваги всі невиконані зобов'язання перед кредиторами

незалежно від дій таких кредиторів щодо стягнення заборгованості в позасудовому або судовому порядку або взагалі їх відсутності. Поняття та ознаки загрози неплатоспроможності належним чином не деталізовані в законодавстві України (зокрема, в Кодексі), що породжує різне тлумачення учасниками справи про банкрутство та судами різних інстанцій.

В іноземному законодавстві існують альтернативні підходи до визначення загрози неплатоспроможності. Зокрема, в Чехії пропонується враховувати такі критерії: припинення платежів за значною частиною зобов'язань, прострочення платежів на понад 3 місяці та невиконання рішення суду про стягнення коштів.

Франція застосовує звичайний «тест балансом» — загальна сума зобов'язань боржника перевищує ринкову вартість активів. Один з найбільш деталізованих критеріїв передбачений в законодавстві Німеччини, відповідно до якого підставою для звернення із заявою про відкриття провадження про банкрутство є неможливість погасити понад 10% боргів, строк яких настав, ліквідними активами боржника впродовж наступних 3-х тижнів.

Окрему дискусію викликає питання щодо заперечення боржником наявності певного зобов'язання перед кредитором з різних підстав (припинення поруки через закінчення строку поруки, здійснення зарахування зустрічних вимог, незакінчений судовий процес щодо вста-

З'ясовуючи, чи необхідно застосовувати солідарну відповідальність до керівника боржника, суд обов'язково має враховувати добросовісність та розумність дій керівника, а також чи діяв керівник з усією обачністю та не на шкоду майновим інтересам кредиторів. За відсутності належної регламентації з боку законодавця, вказані прогалини будуть заповнювати правові висновки Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, що потребує багато часу для їх формування.

Окремо необхідно розглянути питання щодо виду та обсягів відповідальності керівника. Адже покладення солідарної відповідальності на керівника за всі вимоги кредиторів боржника, які можуть досягати мільярдів гривень, виключно за несвоєчасну подачу заяви про відкриття провадження про банкрутство, на нашу думку, є непропорційною відповідальністю, що не відповідає потенційній шкоді, яка може бути завдана кредиторам.

Цікавим з позиції застосування цього механізму є досвід США. Ще у 1980 р. у США була створена теорія під назвою «поглиблення неплатоспроможності» (deepening insolvency), яка передбачає, що продовження діяльності юридичної особи не завжди є благом, оскільки юридична особа своїми подальшими діями може лише поглибити свою неплатоспроможність та завдати більших збитків своїм кредиторам.

» **Інститут солідарної відповідальності має бути допрацьований та деталізований**

новлення розміру заборгованості або недійсності договору тощо). Чи зобов'язаний керівник звертатися із заявою про відкриття провадження про банкрутство у разі заперечення боржником наявності заборгованості перед кредитором? Відповідь здається очевидною. Проте, якщо в майбутньому в іншій справі суд відхилить твердження боржника і підтвердить законність вимог кредитора, чи можливо вважати керівника боржника таким, що несвоєчасно подав заяву про відкриття провадження про банкрутство.

При цьому на керівника боржника може бути покладена відповідальність виключно щодо заподіяння шкоди, яка спричинена невчасним зверненням керівника із заявою про відкриття провадження про банкрутство. Така шкода може бути визначена розміром знецінення майна боржника або розміром збільшеної кредитної заборгованості протягом такої затримки з боку керівника. Вказаний підхід також застосовується в законодавстві Польщі. У такому випадку дії/бездіяльність керівника

підприємства знаходяться в логічному причинно-наслідковому зв'язку з відповідними санкціями (відповідальністю).

Необхідно враховувати, що інститут банкрутства тісно пов'язаний з економічними категоріями та має відповідати реаліям ведення господарської діяльності в країні. Покладення безумовної солідарної відповідальності на керівника боржника фактично не залишає будь-яких шляхів для керівника щодо відновлення платоспроможності підприємства в позасудовий спосіб у такий короткий 30-денний період (проведення реструктуризації боргів, пошук додаткових джерел підвищення прибутковості, залучення фінансування тощо).

Покладення відповідальності виключно за шкоду, завдану несвоєчасним поданням заяви про відкриття провадження про банкрутство, надавало б альтернативні варіанти менеджменту компанії для вирішення економічних проблем (особливо, якщо ми говоримо про великий бізнес, у якого можуть нараховуватися сотні кредиторів). Менеджмент у такому випадку міг би обрати шлях звернення із заявою про відкриття провадження про банкрутство або не звертатися і здійснювати дії з метою виведення компанії з кризи, прийнявши ризик відповідальності виключно в частині шкоди, завданої невчасним зверненням до суду.

За відсутності шкоди, завданої несвоєчасним поданням заяви керівником, боржник отримує теоретичну можливість пошуку шляхів подолання кризи або може очікувати її закінчення. Прикладом такої кризи є епідемія, спричинена коронавірусом SARS-CoV-2, яка зачепила всі сфери господарської діяльності та спричинила негативні наслідки для економік цілих країн, а також окремих суб'єктів господарської діяльності.

Деякі країни, намагаючись захистити потенційних боржників-банкрутів, запроваджують спеціальні заходи у сфері банкрутства. Австралія, серед інших заходів, на наступні 6 місяців звільнила посадових осіб боржника від відповідальності за неподання заяви про банкрутство за наявності таких ознак. Німеччина вводить більш радикальні заходи та забороняє боржникам до 30.09.2020 р., навіть за наявності ознак неплатоспроможності, подавати заяви про ініціювання провадження про банкрутство з можливою пролонгацією такої заборони до 31.03.2021 р.

Враховуючи вищезазначені аргументи, інститут солідарної відповідальності керівника за порушення обов'язку звернутися до суду із заявою про відкриття провадження у справі має бути допрацьований та деталізований в частині обов'язкових підстав для такого звернення, а також звуження обсягу відповідальності керівника. [ЮІ](#)

Пандемія коронавірусу та практика міжнародної торгівлі. Початок



Сергій КОЗЬЯКОВ,
адвокатська фірма
«Сергій Козьяков та партнери»

SERGII KOZIAKOV & PARTNERS
ATTORNEYS & COUNSELLORS AT LAW

Новий коронавірус SARS-CoV-2 та захворювання, яке він викликає — COVID-19, створили різноманітні, складні та безпосередні виклики для світових урядів, транснаціональних ділових зв'язків, майже всіх аспектів професійної діяльності у сфері права, а також для юридичної практики у сфері міжнародної торгівлі, включаючи супровід виробництва товарів, управління ланцюгами поставок, митницю, ділові поїздки тощо.

Світова організація торгівлі заявила, що глобальна торгівля в цьому році впаде на 13% до 32%. Нагадаємо, що у розпал фінансової кризи у 2009 р. торгівля знизилася на 12,5%. Послуги не враховуються у прогнозі СОТ, проте вона заявила, що торгівля в цій галузі може ще більше постраждати від COVID-19 через обмеження транспорту та подорожей, що матиме додаткові негативні наслідки для торгівлі товарами.

Майже сотня країн застосували законодавство про обмеження на поїздки, які застосовуються як для відвідувачів, наприклад, з Китаю, Південної Кореї, Ірану, Італії, так і для громадян з усіх країн. Низка країн, у тому числі Україна, застосовують заборону на експорт медичних засобів захисту, лікарських засобів і медикаментів. Про зміни у структурі міжнародної торгівлі України наголошує також торговий представник України Тарас Качка.

Оскільки уряди більшості країн світу продовжують застосовувати обмежувальні карантинні заходи, для юристів, які спеціалізуються на практиці міжнародної торгівлі, постала потреба обмірковувати, підготувати та прийняти рішення, які матимуть довгострокові наслідки. Ці рішення мають базуватися на моніторингу економічної, в тому числі іноземної аналітики, статистичних даних, стрімких законодавчих змін, активності клієнтів та кадрових можливостей юридичних фірм.

Наведу для прикладу питання, які пропонують ставити своїм та іншим потенційним клієнтам фахівці міжнародної юридичної та лобістської фірми Akin Gump Strauss Nauer & Feld, що надасть можливість краще зрозуміти юридичні проблеми клієнтів:

- Чи розглядаєте ви можливість зміни постачальника?
- Чи плануєте продати ваш товар новому клієнту чи в нову країну?
- Чи думаєте використовувати інші матеріали та матеріали для виготовлення?
- Чи будете коригувати операції щодо залучення нових або модифікованих елементів?
- Чи вимагається у ваших нових планах змінити імпорт або експорт будь-яким іншим способом?

• Чи вважаєте за необхідне використовувати нового митного брокера, експедитора або перевізника?

• Чи вимагається обмежити поїздки, які не потребують американського персоналу, та активізувати доступ до нових ІТ-баз даних чи локацій?

• Чи буде залучена нова третя сторона або країна будь-яким іншим способом?

• Чи зміниться кінцеве використання ваших товарів?

• Чи надаватиме компанія постійні послуги або підтримку новим покупцям чи країнам?

Відповіді на ці та інші питання дозволять надати фахові консультації з питань можливих експортних санкцій, ліцензування, доступу до ринків збуту, митних тарифів, правових проблем, пов'язаних з країною походження товарів тощо.

Також варто очікувати оголошення нових антидемпінгових та спеціальних розслідувань і спорів, пов'язаних з порушенням регіональних та двосторонніх торговельних угод. Власний досвід економічної кризи 2008–2010 рр. показує, що такі кризові події, які зараз відбуваються, можуть і повинні стати локомотивом для додаткового розвитку юридичної практики в галузі міжнародної торгівлі. [ЮІ](#)



JUSTICE RELATES



EQUITY

attorneys at law

equity.law