**3.2 Транснаціональна неспроможність**

В сучасних умовах розвитку економічних відносин все актуальнішою стає проблема правового регулювання транскордонної неспроможності – банкрутства, що обумовлено зростанням зовнішньоекономічних зв’язків суб’єктів господарювання різних держав, інтеграційними процесами світового та регіонального масштабів.

Стан розвитку міжнародної торгівлі, учасниками яких виступають як транснаціональні корпорації, так і суб'єкти національного права різних держав, потребує створення ефективних механізмів розв'язання складних проблем, що виникають із невиконання договірних зобов'язань. Особливі складнощі випливають у разі неможливості боржниками виконати свої майнові зобов'язання за недостатності наявного майна. Кількість справ про визнання транснаціональних корпорацій неспроможними останнім часом значно збільшується. Тому стрімкий розвиток відносин у сфері міжнародного економічного співробітництва збільшив кількість спорів, які виникають між суб’єктами господарської діяльності, особливо пов’язаних з їх банкрутством.

Розв’язання відповідної категорії спорів зумовлена необхідністю пошуку адекватного та ефективного способу поєднання особливостей процедури вирішення спору в межах національної юрисдикції позивача; відповідача чи держави, виконання зобов’язань з досягненням своєрідного інтересу та встановлення справедливості. Ці проблеми пов'язані переважно з банкрутством транснаціональних корпорацій, а також неспроможністю боржників, які мають майнові активи у різних країнах або якщо у колі їх кредиторів виявлені особи з держав, інших, ніж та, в якій порушена справа про неспроможність.

До типових проблем належать несумісність різних національних систем права неспроможності; юридичні та процедурні перешкоди для визнання статусу кризового керуючого, що необхідно для представництва колективних інтересів, а також відстоювання вимог кредиторів щодо майнових активів неспроможного боржника, які перебувають за кордоном; численні можливості для реалізації егоїстичної поведінки кредиторів, а так само і боржника.

Певну увагу проблемам транскордонної неспроможності у своїх працях приділи такі вітчизняні та зарубіжні вчені як Л.П. Ануфрієв, О.М.Бірюков, Є.А.Васильєв, В.В.Джунь, Б.М.Поляков, В.В. Степанов та інші.

Так, у юридичній літературі США зазначається, що у судовій практиці різних країн сформувались дві основні моделі для розв'язання транскордонної неспроможності, а саме універсальність і територіальність[[1]](#footnote-1).

За моделлю універсальності випадок транскордонної неспроможності розглядається, наскільки це можливе, як єдина справа і до кредиторів відносяться однаково незалежно від їх місця перебування. Єдина юрисдикція застосовує єдиний правовий режим до всіх аспектів випадку транскордонної неспроможності. Причому припускається, що єдина юрисдикція включає суди з різних країн, які проводять за своїми національними законами паралельні провадження про неспроможність щодо одного і того самого боржника і в той же час координують свої процесуальні дії з метою оптимального використання і розподілу майнових активів боржника.

На думку прихильників концепції універсальності, скоординований підхід судів різних країн до розв'язання проблеми транскордонної неспроможності у національних провадженнях не лише сприяє справедливому задоволенню вимог усіх кредиторів незалежно від їх національної належності, а й дає змогу уникати безладу і розтрати майнових активів боржника.

Використовуючи територіальний підхід суди проводять власне провадження в межах національного законодавства і не враховують паралельні провадження в інших державах[[2]](#footnote-2).

Тому неспроможність боржників, яка виходять за межі різних держав, потребує правового регулювання між національними правовими системами.

Розвиток законодавства про неплатоспроможність та банкрутство викликав потребу вироблення певних типових правил, необхідних при вирішенні справ про банкрутство між господарюючими суб’єктами різних держав. Таким законодавчим актом став прийнятий у м. Вена (Австрія) 30 травня 1997 року типовий закон ЮНІСТРАЛ «Про транскордонну неспроможність» ( далі Типовий закон) та Регламент ЄС 1346/2000 від 29 травня 2000 року, який вступив у дію 31 травня 2002 року.[[3]](#footnote-3)

Розробці Типового закону про транскордонну неспроможність сприяло збільшення кількості справ, пов’язаних з транскордонною неспроможністю, що, в свою чергу, свідчило про постійне розширення торгівлі та інвестиційної діяльності в глобальних масштабах. Національне законодавство більшості держав почало не справлятися з тим обсягом якісно нових відносин, які потрібно було забезпечити правовим регулюванням. Розгляд справ про неспроможність здійснювався за допомогою загальних або застарілих механізмів, які уповільнювали розгляд справ про транскордонну неспроможність.

Іншою проблемою, яка загострювалася та, по суті, не була вирішена остаточно із прийняттям Типового закону ЮНСІТРАЛ, стала необхідність вирішення питань щодо розміщення активів боржника в багатьох місцях; шахрайства, пов’язаного з прихованням майна та активів потенційного банкрута; фіктивного банкрутства; застосування ліквідаційної процедури до фактично життєздатних підприємств; переміщення майна (активів) боржника на територію інших держав.

Типовий закон ставить два таких завдання: по-перше, забезпечити недискримінаційний режим іноземним кредиторам у справах про неспроможність, що передбачає прозорість процедур ліквідації та реорганізації та можливість ефективної участі в них; по-друге, надати дієву та оперативну допомогу закордонному процесу про неспроможність, в тому числі і у відношенні боржників, щодо яких порушені справи про неспроможність у національній юрисдикції.

Типовий закон розрізняє основне і неосновне іноземне провадження. Так на підставі ст. 2 (б) Типового закону «основне іноземне провадження» здійснюється в державі, в якій знаходиться центр основних інтересів боржника. Можна стверджувати, що боржник має свої основні інтереси там, де зареєстрований, тобто за місцем свого знаходження.

Відповідно до змісту статей 2 (с) і 2 (г) Типового закону «неосновне іноземне провадження» означає провадження в іноземній державі, де знаходиться підприємство боржника, але не офіс компанії. Підприємство означає будь-яке місце операцій, в якому боржник здійснює економічну діяльність, що не носить тимчасового характеру і охоплює людей, товари або послуги.

Судова допомога згідно із статтями 19 і 21 Типового закону має дискреційний характер, тобто організаційно-правові заходи сприяння іноземному провадженню надаються за розсудом суду держави, де подано клопотання про визнання цього провадження. Іншою особливістю судової допомоги за цими статтями є те, що вона надається в інтересах як основного, так і неосновного іноземного провадження.

Проте інший характер носить судова допомога відповідно до ст. 20 Типового закону. Після визнання іноземного провадження у справі про транскордонне банкрутство як основного так і не основного провадження, якщо потрібний захист активів боржника інтересів кредиторів суд має право на прохання іноземного представника надати будь-яку належну судову допомогу, а саме:

* призупинити порушене чи продовжене провадження відносно індивідуальних позовів або індивідуальних процесуальних дій відносно активів, прав, зобов’язань, чи відповідальності боржника в тій частині, в якій вони не були призупинені;
* призупинити провадження виконавчих дій відносно активів боржника в тій частині, в якій вони не були призупинені;
* призупинити дію права на передачу, обмеження чи відчудження іншим шляхом будь- яких активів боржника в тій частині, в якій дія такого права не була призупинена;
* прийняти заходи щодо забезпечення опитування свідків, збору доказів чи витребування інформації відносно активів, ділових операцій, прав, зобов’язань чи відповідальності боржника;
* доручити управління всіма або частиною активів боржника, що знаходяться в даній державі або їх реалізацію іноземному представнику чи іншій особі, що призначена судом;
* надати будь-яку додаткову судову допомогу, яка може бути надана на основі законодавчих актів відповідної держави.

Після визнання основного чи неосновного іноземного провадження суд може на прохання іноземного представника доручити розподіл всіх або частини активів боржника, що знаходиться в даній державі, іноземному представнику або іншій особі, призначеній судом при умові, що суд впевниться в тім, що інтереси кредиторів в даній державі належним чином захищені.

Глава IV (статті 25-27) Типового закону ЮНСІТРАЛ є провідною, оскільки визначає засади і форми транскордонного співробітництва судів та іноземних керуючих із різних країн. Основна мета полягає в тому, щоб надати судам і керуючому у справах про неспроможність із двох або більше країн можливість діяти ефективно і досягти оптимальних результатів. Транскордонна співпраця часто є єдиним реальним способом відновлення платоспроможності на підставі реорганізації підприємства, поділу, перетворення. Положення статей 25 і 26 Типового закону орієнтують суди та керуючих з різних країн на співробітництво у максимально можливій мірі та налагодження між ними безпосередніх відносин.

Формами транскордонної взаємодії згідно зі ст. 27 Типового закону можуть бути:

- призначення особи або установи, які будуть здійснювати дії за вказівкою суду;

- передача інформації за допомогою будь-яких засобів, які суд вважає доцільними;

- координація управління активами і діловими операціями боржника і нагляд за ними;

- затвердження або використання судами угод про координацію проваджень;

- координація паралельних проваджень щодо одного і того ж боржника;

- приймаючи Тповий закон держава може перерахувати додаткові форми чи приклади співробітництва.

Статті глави IV Типового закону відмічається, що суд і керуючий у справі про неспроможність мають право вирішувати коли і як співпрацювати (за умови нагляду з боку суду). Для того, щоб суд або керуючий співпрацював із іноземним судом або кризовим керуючим, не вимагається згідно з Типовим законом попереднє рішення про визнання відповідного іноземного рішення.

Глава V (статті 28-32) Типового закону регламентує засади координації паралельних проваджень щодо одного і того самого боржника.

Правила Типового закону визначають лише принципові положення взаємної співпраці керуючих із різних країн і надають їм досить широкі можливості самим розробляти механізм врегулювання транскордонних ситуацій за допомогою будь-яких категорій процедур, але під контролем відповідних національних судів.

Колізійні питання юрисдикції можуть виникнути в разі порушення іноземного провадження про неспроможність щодо резидента України, який здійснює за кордоном ділові операції або має там майнові активи. Ця колізійна ситуація згідно з нормами Типового закону може бути оптимально розв'язана шляхом визнання іноземного провадження як неосновного. Обсяг судової допомоги в зазначених колізійних ситуаціях відповідно до ст. 29 Типового закону повинен бути погоджений з національним провадженням в Україні й обмежений приписами статей 19 і 21 цього Закону.

Згідно з приписами Типового закону провадження у справі про неспроможність нерезидента може бути порушено національним судом України. У цих колізійних ситуаціях мають застосовуватись у повному обсязі норми про координацію декількох паралельних проваджень і надання судової допомоги, передбачені статтями 19, 21, 28-32 Типового закону.

У випадку досягнення цілей Типового закону відбулося б формування взаємоузгодженої системи провадження у справах про транскордонну неспроможність, основних процедурних етапів, збереження робочих місць, збереження життєздатних підприємств, а, як наслідок, забезпечення здорового правового клімату та сприятливого середовища для іноземних інвестицій та відносин торгівлі.

Прагнення України ввійти в Європейський Союз зумовило необхідність внесення в національне законодавство нових положень про транскордонне банкрутство.

У зв’язку з чим законодавець 22.12.2011 року в Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» ввів новий дев’ятий розділ «Процедури банкрутства пов’язані з іноземною процедурою банкрутства» .

У розділі IX нової редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» відтворено норми глави IV Типового закону. Так статтею120 цього закону визначені підстави для надання судової допомоги та здійснення співробітництва з іноземним судом відповідно до міжнародних договорів України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а статею 123 зазначено, що судова допомога, що може бути надана після подання заяви про визнання іноземної процедури банкрутстваз дня подання заяви про визнання іноземної процедури банкрутства і до винесення відповідної ухвали господарський суд на підставі письмової заяви керуючого іноземною процедурою банкрутства вживає заходів щодо захисту активів боржника або інтересів кредиторів: здійснює заходи щодо забезпечення збору доказів або витребування інформації про активи, ділові операції, права, обов’язки або відповідальність боржника. Проте господарський суд може відмовити в наданні судової допомоги, якщо така допомога буде заважати веденню основного провадження у справі про банкрутство в Україні.

Процедури банкрутства, пов’язані з іноземними провадженнями застосовуються за принципом взаємності. Взаємність вважається чинною, якщо буде встановлено, що міжнародними договорами України з іншими державами, згода на обов’язковість яких надано Верховною Радою України, передбачена можливість такого співробітництва іноземної держави з Україною.

Міжнародні аспекти банкрутства не застосовуються господарськими судами, якщо їх застосування суперечить публічному порядку, суверенітету та основними принципами законодавства України.

Принцип взаємності застосовується у випадках якщо:

- до господарського суду у провадженні якого знаходиться справа про банкрутство, подано заяву іноземним арбітражним керуючим щодо визнання іноземного провадження та судової допомоги або надійшло звернення іноземного суду щодо співробітництва у зв’язку з іноземним провадженням у справі про банкрутство;

- господарським судом , у провадженні якого знаходиться справа про банкрутство, надіслано звернення, чи арбітражним керуючим подано заяву до іноземного суду щодо визнання провадження, порушеного відповідно до Закону, а також щодо судової допомоги та співробітництва у зв’язку з провадженням у справі про банкрутство на території України;

- до господарського суду подано заяву керуючого іноземною процедурою банкрутства щодо визнання іноземної процедури банкрутства, а також щодо судової допомоги та співробітництва у зв’язку з іноземною процедурою банкрутства (ч. 2 ст. 119 Закону).

Отже, враховуючи положення Розділу IX Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» участь України в міжнародній співпраці з питань транскордонної неспроможності дозволить надійно забезпечити інтереси українських кредиторів так і кредиторів з інших держав, які приймають участь у міжнародному комерційному обігу.

Крім того слід зазначити, що національне законодавство України про банкрутство викликатиме довіру потенційних інвесторів, оскільки зобов'язання нашої держави з питань транскордонної неспроможності будуть істотно впливати на формування привабливого інвестиційного іміджу.

Проте на наш погляд, основними проблемами, що будуть виникати при розгляді справ про банкрутство - це визначення засад юрисдикції та компетенції національних судових установ, конкурсних та інших систем провадження, визнання прав офіційних іноземних керуючих, захисту прав кредиторів та відновлення платоспроможності боржника, збереження активів неспроможної особи для проведення реорганізаційних заходів.

1. Jaу Lawrence Westbrook & Jacob S. Ziegel. The Amerikan Law Institute NAFTA Insolwencу Project // Brooklуn Journal of International Law – 1997 – Vol/XXIII. – No. 1- P/7 – 24. [↑](#footnote-ref-1)
2. Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: Монографія. – Видання друге, виправлене та доповнене. К.: Юридична практика, 2006. – С. 34 - 38. [↑](#footnote-ref-2)
3. Регламент ЄС 1346/2000 від 29 травня 2000 року Режим доступу: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en: [↑](#footnote-ref-3)