



О. Стахєєва-Боговик,
здобувач кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АПРОКСИМАЦІЯ ПРАВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ТРАНСКОРДОННОЇ НЕСПРОМОЖНОСТІ ДО СТАНДАРТІВ ЄС

Україна проголосила євроінтеграцію пріоритетним напрямком своєї зовнішньої політики. У зв'язку з цим виникає необхідність у поступовому наближенні національного законодавства України до норм і стандартів ЄС, включаючи й правове регулювання відносин неспроможності. Для цього у 2011 році була розроблена нова редакція Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», яким вводився інститут транскордонної неспроможності (банкрутства). Такі дії вважалися своєчасними з огляду на посилення процесу адаптації законодавства України до законодавства ЄС, а також мали сприяти вирішенню низки проблем, коли кредитори, які є суб'єктами права іноземної держави, можуть позбавлятися правових засобів захисту своїх інтересів; або майно боржника, що знаходиться на території іншої держави, могло не увійти до конкурсної маси тощо. Вважається, що положення Закону були запозичені із Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про транскордонну неспроможність» [1]. При усій позитивності запропонованих нововведень, вбачаються недоліки при імплементації таких норм. Більш того, недостатність належних досліджень у сфері аналізу правильності впровадження норм, запозичених з цього міжнародного документу до національного законодавства України, вказує на актуальність статті. З огляду на намір України вступити до ЄС вбачається необхідність у кращій апроксимації (адаптації) норм та концептуальних підходів

національного законодавства до стандартів ЄС під час вирішення цієї проблеми. Тому метою даного дослідження є аналіз норм права ЄС (зокрема Регламенту ЄС № 1346/2000 «Про провадження у справах про неспроможність») та критичний аналіз чинних норм вітчизняного законодавства у сфері транскордонної неспроможності.

Європейський досвід. Протягом значного часу теорія міжнародного приватного права у своєму арсеналі мала два основні підходи до вирішення питання транскордонної неспроможності – на основі *принципу територіальності та принципу універсальності*. Перший підхід передбачав відкриття окремих територіальних проваджень на території держав, де існувала «присутність» боржника; такі провадження обмежувалися дією законодавства держави відкриття провадження та не визнавалися на території інших держав. Це не сприяло можливості участі іноземних кредиторів у місцевих провадженнях та ставило під питання справедливе задоволення вимог іноземних кредиторів. Принцип універсальності мав би вирішити питання множинності проваджень, порушених по відношенню до боржника на території різних держав. Він передбачає відкриття одного провадження щодо боржника, яке мало визнаватися на території інших держав з екстериторіальною дією права держави відкриття такого провадження. Але відмінності у правовому регулюванні питань неспроможності в законодавстві різних держав та неможливість прове-



дення уніфікації матеріально-правових норм у цій сфері ставили під питання застосування принципу чистої універсальності. В силу таких обставин, європейський законодавець запропонував компромісний варіант для вирішення питання неспроможності, ускладненого іноземним елементом – *принцип модифікованої універсальності*. Цей принцип передбачений у Регламенті ЄС «Про провадження у справах про неспроможність» від 29 травня 2000 року № 1346/2000 (далі – «Регламент ЄС») [2], який має пряий вплив та діє серед держав-членів ЄС, крім Данії. Принцип модифікованої універсальності передбачає відкриття одного основного провадження, яке має універсальну дію та визнається на території усіх інших держав-членів.

Поряд з основним провадженням передбачається можливість порушення неосновного (територіального чи другорядного) провадження на території інших держав, відмінних від держави порушення основного провадження. Таке неосновне провадження обмежується активами держави місцезнаходження та має ліквідаційну спрямованість. Для надання провадженням відповідного статусу, необхідно, щоб вони задовольняли певні критерії: наявність «центру основних інтересів боржника» (далі – «ЦОІ») на відповідній території для порушення основного провадження у неспроможності та існування «підприємства» боржника – для порушення другорядного (неосновного) провадження. Понятійне наповнення цих концепцій вже більше 10 років було предметом судових дебатів. Адже згідно із Регламентом ЄС «центру основних інтересів боржника» презюмується, що знаходиться у місці реєстрації юридичної особи, *якщо не буде доведено протилежне*. Та як показала судова практика, національні суди та Суд ЄС все частіше схвалювали випадки спростування цієї презумпції, дотримуючись принципу *об'єктивності та очевидності для третіх сторін*. Це було зумовлено тим, що

судами бралися до уваги всебічні фактори, які доводили, що реальне місцезнаходження ЦОІ відрізнялося від місця реєстрації боржника. Більш того, Судом ЄС підкреслювалась важливість невизнання провадження в якості основного за місцезнаходженням формальних компаній-поштових скриньок. Тому аналіз судової практики показав тенденцію відходу від презумпції ЦОІ за місцезнаходженням зареєстрованого офісу боржника-компанії та надання більшої ваги критерію місцезнаходження фактичного «*центру управління*», який є *об'єктивним та очевидним для третіх сторін*. Саме цей критерій нещодавно був визнаний найбільш суттєвим та важливим під час вирішення справ про транскордонну неспроможність. Це підтверджується рішенням у справі *Інтереділ* [3] та пропозиціями щодо зміни Регламенту ЄС, які Європейська Комісія презентувала у формі Доповіді про застосування Регламенту ЄС (далі – «Доповідь ЄС»), адресовану Європейському парламенту, Європейській раді та Європейському економічно-соціальному Комітету 12 грудня 2012 року у Страсбурзі.

У Доповіді на базі проведених статистичних досліджень та судової практики були запропоновані можливі варіанти змін до Регламенту ЄС. Пропонується, щоб значна вага під час тлумачення ЦОІ надавалася місцю, де здійснюється управління інтересами боржника (центральна адміністрація), а не знаходяться ці інтереси [4]. Тобто ЦОІ має знаходитися там, де є фактичний центр управління та нагляду (контролю) за інтересами боржника (тобто здійснюються «*функції головного офісу*»), що не обов'язково може співпадати з місцем знаходження основного місця діяльності боржника (*principle place of business or operations*). Ця теза підтверджується *Гарцімартіном* [5], який зазначає, що наміром європейського законодавця є надати більшої ваги місцю, де компанія має своє центральне управління – центр управління та нагляду. При цьому вбачається





необхідність у введенні положення, яке б чітко встановлювало *випадки спростування* такої презумпції, а саме: що презумпція може бути спростована, коли на думку третіх осіб місце, в якому знаходиться центральне управління боржником, знаходиться не у тому самому місці, де є його зареєстрований офіс; презумпція може бути спростована, коли фактори, які є об'єктивними та очевидними для третіх сторін, вказують, що фактична ситуація, яка існує, відрізняється від місця знаходження зареєстрованого офісу – коли існують компанії-поштові скриньки, які не здійснюють діяльності за місцем своєї реєстрації. Для спростування презумпції можуть бути враховані *наступні фактори*: усі місця, де боржник здійснює економічну діяльність і має свої активи, наскільки ці місця є очевидними для третіх сторін – ці фактори мають бути оцінені *всєбічним* шляхом, звертаючи увагу на *індивідуальні обставини* кожної справи.

Інший важливий критерій, який визначає статус неосновного (територіального чи другорядного) провадження у справі про неспроможність – «*підприємство*» («*establishment*») боржника. Основна проблема, яка виникає з «підприємством» боржника – це його категоріальне наповнення та визначення, до якої організаційно-правової форми цей критерій може застосовуватися. Регламент ЄС встановлює, що «підприємство» боржника – це будь-яке місце діяльності боржника, де боржник здійснює нетимчасову економічну діяльність з людськими ресурсами та товарами. Як показує судова практика, для того, щоб «підприємство» боржника вважалось таким, що існує, необхідно, щоб в межах певної юрисдикції не просто існували активи, а знаходився відповідний офіс.

Під час визначення категоріального наповнення терміну «підприємство» боржника виникає логічне питання щодо організаційно-правової форми, яка може підпадати під таке визначення. В одній із справ Суд ЄС визначив

дану концепцію як місце фактичного здійснення підприємницької діяльності через постійне представництво у іншій державі-члені на невизначений період [6]. У зв'язку з цим виникає питання, чи можна прирівнювати термін «підприємство» боржника до «постійного представництва»? Чи може це бути окрема юридична особа чи тільки відокремлений підрозділ юридичної особи, аби кваліфікуватися в якості «підприємства» для порушення неосновного провадження?

Раніше французькі коментатори стверджували, що неосновне (другорядне) провадження не може порушуватися проти дочірньої компанії судом держави-члена, де ця компанія зареєстрована. Аргументом слугувало положення статті 2 (h) Регламенту ЄС, яка визначала «підприємство». Вважалося, що це визначення відноситься до філії, представництва чи офісу, але не юридичної особи ('*relate to a branch, an agency or offices but not to a legal entity*') [7]. *Віргос та Гарцімартін* дотримувалися думки, що незалежні дочірні підприємства не є «підприємствами» материнських компаній, навіть якщо вони 100% контролювалися материнською компанією [5]. Згодом Суд ЄС постановив, що незалежні іноземні дочірні підприємства, контрольовані материнськими компаніями, можуть кваліфікуватися в якості «підприємства» боржника [8]. Дійсно, стаття 2 (h) Регламенту ЄС, яка визначає підприємство як «будь-яке місце операцій, де боржник здійснює нетимчасову економічну діяльність з людськими ресурсами та товарами», не містить посилання на юридичну особу. Судове рішення від 13 грудня 2011 року доводить необхідність введення *автономної* концепції «підприємства» боржника до законодавства різних держав, без пошуків аналогів у національному законодавстві, так само як і введення автономної концепції «центру основних інтересів боржника» [9]. Доповідь ЄС пропонує уточнення обставин для відкриття неосновного провадження: до уваги повинен





братися єдиний основний критерій – захист інтересів місцевих кредиторів [4]. А тому вбачається необхідність у обмеженні ситуацій порушення неосновного провадження та встановлення більш високих вимог для порушення другорядного провадження [10].

Україна. З урахуванням того, що на міжнародному рівні і в правопорядках більшості розвинутих держав вже створені передумови для реалізації цього механізму регулювання відносин неспроможності, ускладнених іноземним елементом, зміна законодавства України вбачалася природним та своєчасним етапом вдосконалення законодавства з огляду на стратегічні плани України вступити до ЄС.

19 січня 2013 р. набрав чинності у новій редакції Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [11] (далі – «Закон»), положення якого були запозичені із Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про транскордонну неспроможність» та відповідно модифіковані до законодавства України. Однозначно позитивним є те, що Україна перейняла підхід до вирішення проблеми транскордонної неспроможності шляхом запровадження «основного» та «похідного» (замість неосновного) провадженням. Але при імплементації норм Типового Закону до внутрішнього законодавства України у вирішенні питання кваліфікації проваджень, здається, була втрачена основна ідея, запроваджена як Типовим Законом, так і Регламентом ЄС.

У ч. 6 ст. 119 Закону встановлюється, яке з проваджень вважається «основним», а яке – «неосновним» (похідним). Аналіз цієї статті дає підстави стверджувати, що Закон слідує принципу територіальності з прив'язкою до зареєстрованого місцезнаходження боржника у розмежуванні проваджень на різні види. Законом передбачено, що провадження у справі про банкрутство боржника, який створений та здійснює свою діяльність відповідно до законодавства України з місцезнаходженням

на її території, є основним провадженням стосовно будь-якого іншого іноземного провадження» [11, ч. 7 ст. 119]; а провадження у справі про банкрутство боржника – постійного представництва суб'єкта підприємницької діяльності України в іноземній державі є похідним іноземним провадженням стосовно основного провадження в Україні. Дані положення Закону не зовсім відповідають ідеї Типового Закону та Регламенту ЄС, які мають на меті зблизити законодавства різних держав для кращого співробітництва та ефективної координації та визнання проваджень у справах про неспроможність на території різних держав. Міжнародними документами передбачалось введення нової автономної конструкції як «центру основних інтересів» боржника (*«debtor's centre of main interests»*) (далі – «ЦОІ»), яка мала слугувати критерієм для визначення, яке з проваджень у справі про неспроможність є основним; та введення конструкції «підприємства» боржника як критерію для визначення неосновного (похідного) провадження у справі про неспроможність.

У зв'язку із запропонованими Законом положеннями щодо визначення основного і неосновного провадження, вбачається, що потенційно можуть виникнути колізії та суперечки під час визнання відповідних проваджень на території України, що не сприятиме вирішенню справ про транскордонну неспроможність. Таким чином, рекомендується для українського законодавства визначити «центр основних інтересів» боржника та «підприємство» боржника там, як це зроблено у Регламенті ЄС та пропозиціях щодо зміни Регламенту ЄС, зробивши головний акцент на *центрі управління* та контролю за боржником, яке є *об'єктивним та очевидним для третіх сторін*. А «підприємство» боржника визначити як будь-яке місце діяльності, через яке боржник регулярно здійснює господарську діяльність, що носить нетимчасовий характер і охоплює людей, товари або послуги.





Пов'язаною із юрисдикційним питанням є проблема встановлення у вітчизняному законодавстві положення про *виключну підсудність* справ про банкрутство боржника, створеного відповідно до законодавства України (ч. 7 ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» [12]). Вбачається, що ця норма не сприятиме визнанню та виконанню рішень іноземних судів щодо порушення провадження у неспроможності боржника, який створений відповідно до законодавства України – ним же може бути юридична особа, створена іноземною юридичною особою з місцем здійснення господарської діяльності на території України. Враховуючи положення ч. 7 ст. 77 ЗУ «Про МПрП», в силу порушення правил виключної підсудності справ про банкрутство боржників, створених відповідно до законодавства України, буде мати місце невизнання рішення іноземного суду на території України. Тому ефективно вирішення справ про транскордонну неспроможність буде унеможливлено. У зв'язку з цим вбачається необхідність у виключенні цього положення із ЗУ «Про МПрП» або зміні його таким чином, що суди України мають виключну підсудність щодо боржників, «центр основних інтересів» яких знаходиться на території України.

Іншим важливим аспектом під час вирішення питання *визнання та виконання іноземних рішень* у транскордонній неспроможності є питання *взаємності*. Ч. 3 ст. 119 Закону встановлює, що *взаємність* вважається існуючою, якщо буде встановлено, що *міжнародним договором* України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, *передбачена можливість такого співробітництва* іноземної держави з Україною [11, ч. 3 ст. 119]. Оскільки на сьогодні відсутні такі міжнародні договори у сфері регулювання питання визнання та виконання рішень (ухвал) про порушення провадження у справах про транскордонну неспро-

можність, то можна стверджувати про неможливість визнання та виконання таких іноземних рішень сьогодні на практиці. Бажано було б цю вимогу замінити на *презумпцію існування взаємності* таким чином, що вона презюмується, що існує, якщо не буде доведено інше.

З огляду на євроінтеграційні наміри України, вбачається необхідність у кращій апроксимації (адаптації) законодавства України у сфері регулювання транскордонної неспроможності до стандартів ЄС. Пропонується ввести до вітчизняного законодавства *автономні концепції «центру основних інтересів боржника»* – для порушення основного провадження, та *«підприємства» боржника* – для порушення неосновного провадження, без пошуків аналогів з різних галузей внутрішнього права. Рекомендується визначити «центр основних інтересів боржника» як місцезнаходження центру управління та контролю боржника, яке є об'єктивним та очевидним для третіх сторін, з якого здійснюється управління інтересами боржника на постійній основі, та є місцем, з яким боржник має найбільш тісний зв'язок. Пропонується «підприємство» боржника визначити як будь-яке місце діяльності, через яке боржник регулярно здійснює господарську діяльність, що носить нетимчасовий характер і охоплює людей, товари або послуги. Не менш важливо відкоригувати положення про *виключну підсудність* справ про банкрутство боржника, створеного відповідно до законодавства України. Необхідно критерій для визначення виключної підсудності – реєстрація та здійснення діяльності на території України – замінити на «центр основних інтересів боржника». Це сприяло б вирішенню проблеми позитивного конфлікту юрисдикцій. Також важливо виключити вимогу щодо взаємності – наявності міжнародного договору та замінити її на презумпцію існування взаємності, якщо не буде доведено протилежне.





Ключові слова: транскордонна неспроможність, «центр основних інтересів» та «підприємство» боржника, Регламент ЄС 1346/2000.

Стаття присвячена вивченню питання апроксимації права України у сфері регулювання транскордонної неспроможності до стандартів ЄС. Оскільки Україна проголосила євроінтеграційний напрямок розвитку, вдосконалення внутрішнього законодавства є обов'язковим кроком на шляху до цієї мети. Стаття аналізує поточні положення внутрішнього законодавства України та права ЄС у сфері транскордонної неспроможності. Автором пропонуються відповідні кроки щодо вдосконалення права України шляхом запровадження стандартів ЄС.

Стаття посвячена изучению вопроса аппроксимации права Украины в сфере регулирования трансграничной несостоятельности к стандартам ЕС. Поскольку Украина провозгласила евроинтеграционный вектор развития, усовершенствование внутреннего законодательства является обязательным шагом к достижению данной цели. Статья анализирует поточные положения внутреннего законодательства Украины и права ЕС в сфере трансграничной несостоятельности. Автором предлагаются соответствующие меры по усовершенствованию права Украины путем внедрения стандартов ЕС.

This article is devoted to the study of the issues of approximation of the law of Ukraine in the sphere of cross-border insolvency to the EU standards. Considering Ukraine's eurointergration objective, improvement of the national legislation is a compulsory step towards achieving its goal. The article analyzes the current provisions of the home legislation and the EU law in the sphere of cross-border insolvency, suggesting respective measures to improve the Law of Ukraine by way of adopting the EU standards.

Література

1. Типовий закон ЮНСИТРАЛ про транскордонну неспроможність; Типовий закон, Міжнародний документ від 30.05.1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/card/995_877.

2. Council regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings // Official Journal of the European Union. – 2000. – L. 160.

3. European Court of Justice, decision dated 20 October 2011 – Interedil Srl (in liquidation) v Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA (C-396/09).

4. Report on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Strasbourg, COM(2012) 743 final, 12.12.2012.

5. Francisco Garcimartin, *The EU Insolvency Regulation: Rules on Jurisdiction* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ejtn.net/.../6333/Rules_on_jurisdiction.pdf.

6. Case C-221/89 *Factortame* [1991] ECR I-3905, paragraph 20.

7. Laurent Gaillot, *The interpretation by French courts of the EU COMI notion: a EU perspective*, *Insolvency International Institute* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.iiiglobal.org.

8. *INSOL Europe, A Lack of Jurisdiction, IFLR, March 1, 2012* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iflr.com/Article/2988333/A-lack-of-jurisdiction.html>.

9. Gabriel Moss Q.C. *Coordination of Multinational Corporate Group Insolvencies: Solving the COMI Issue*. *International Insolvency Institute. Tenth Annual International Insolvency Conference, Rome, Italy, June 7-8, 2010*. – P. 1.

10. Stefanie Slapke, *Cross-border Insolvency: The European Court of Justice on Determining the Centre of Main Interests, May 8, 2012* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://bankruptcy.scglegal.com/2012/05/cross-border-insolvency-european-court.html>.

11. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 31. – Ст. 440.

12. Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2005. – № 32. – Ст. 422. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

