



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ



ВІСНИК

Центру комерційного права



Експерти обговорили результати дослідження Центру «Стан аналізу регуляторного впливу в Україні з урахуванням світових тенденцій»



На VI Щорічному форумі з корпоративного права Центр презентував свій законопроект «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»

Зміст

На шляху до правової держави

Роль аналізу регуляторного впливу в удосконаленні державного регулювання

Повідомлення про роботу круглого столу проведеного Центром спільно з Державною службою України з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва . . . 2

Оцінка впливу та якість регулювання в країнах Центральної та Східної Європи

Катаріна Старонова, експерт Інституту публічної політики та економіки Університету Каменіуса 5

Банкрутство фізичної особи: модель для України

Лідія Верховодова, к.е.н., віце-президент Центру економічного розвитку 6

Досвід Польщі у врегулюванні споживчого банкрутства

Бартош Гроєль, віце-президент правління Інституту Аллерханда (Польща) 9

Триває обговорення законопроекту «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»

Повідомлення про обговорення законопроекту під час VI Щорічного форуму з корпоративного права, проведеного Асоціацією правників України спільно з Центром за фінансової підтримки USAID. 11

Наші семінари

Реформа законодавства про банкрутство: очікувані результати

Повідомлення про семінар для суддів господарських судів, проведений Центром спільно з Національною школою суддів 16

Процедура продажу майна боржника в справах про банкрутство

Анатолій Мірошниченко, д.ю.н., професор, завідувач кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету КНУ імені Тараса Шевченка 17

Наш Правничий клуб

Члени Правничого клубу обговорили нову статтю Цивільного кодексу України

Анна Луканіна, помічник директора з юридичних питань . . . 20

Аналітика

Doing Business 2013: чи маємо чим пишатися цього року?

Ігор Ніколаєв, к.ю.н., юридичний радник Центру. 22

Центр комерційного права спільно з Державною службою України з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва провели круглий стіл, присвячений ролі аналізу регуляторного впливу (надалі — АРВ) в удосконаленні системи державного регулювання. Серед близько сотні учасників заходу були представники 13 центральних органів виконавчої влади, народні депутати, судді, юристи-практики, фахівці з неурядових організацій, а також експерти зі Словаччини та Польщі.

Як зазначали учасники круглого столу, такого рівня фахової та глибинної дискусії щодо проблем здійснення АРВ в Україні не проводилось вже давно. За майже 10 років дії Закону «Про засади державної регуляторної політики» Україна за кількістю проведених АРВ вийшла в лідери серед європейських країн. Однак чи свідчать такі високі кількісні показники про дійсне виконання вимог Закону, чи виконує АРВ свою основну роль як інструмент обрання найкращого регуляторного рішення з-поміж різних альтернативних варіантів? Навколо цих та інших питань під час круглого столу розгорнулась жвава дискусія.

РОЛЬ АНАЛІЗУ РЕГУЛЯТОРНОГО ВПЛИВУ В УДОСКОНАЛЕННІ СИСТЕМИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Важливість здійснення АРВ визнають на найвищому рівні

Відкриваючи роботу круглого столу, директор Місії USAID в Україні **Джед Бартон** відзначив, що цей захід став наступним кроком до налагодження кращого державного регулювання в Україні. «Потреба у проведенні АРВ постає з факту, що регуляторні акти зазвичай мають численні впливи, які почасти важко передбачити не провівши детального аналізу та консультацій із громадськістю. АРВ є важливим інструментом, що пов'язує якісне регулювання, належне управління та економічний розвиток. Консультації зі стейкхолдерами підвищують прозорість, поглиблюють довіру та знижують регуляторні ризики», — зазначив пан Бартон.

За словами **Михайла Бродського**, голови Державної служби України з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва (надалі — Держпідприємництво), останніми роками різні органи державної влади прийняли велику кількість регуляторних актів, однак якісного відстеження та аналізу їх впливу на бізнес не було здійснено. Тому сьогодні новостворена Державна служба має на меті започаткувати реальну роботу у цьому напрямку.

АРВ у постці формалізму

Як ми вже розповідали на сторінках попередніх випусків Вісника, Центр у межах виконання Програми розвитку комерційного права в Україні — фаза II, зосередив свою увагу на про-

веденні якісного дослідження стану АРВ в Україні та пошуку шляхів його вдосконалення. За словами відповідального експерта

Центру **Юрія Юрченка**, проведене дослідження, на відміну від більш ранніх до-кризових досліджень, мало на меті визначити рушійні сили розвитку АРВ, причини змін у системі АРВ протягом десяти років його здійснення та подальші перспективи реформування системи АРВ. Згідно з висновками дослідження АРВ в Україні був запроваджений на основі найкращих існуючих на той час підходів та моделей, однак дослідження також виявило низку системних помилок, що призвели до кризового стану АРВ сьогодні. Зокрема, в Україні була використана слабко адаптована до наших умов модель, яка не забезпечила подальшого розвитку АРВ. Запровадження АРВ шляхом закріплення на рівні закону призвело до неможливості своєчасного внесення змін у міру виявлення проблем та суперечностей. Суттєвим недоліком стало закладене в самій системі пасивне ставлення до залучення громадськості до підготовки АРВ, що





Із вітальним словом до учасників круглого столу звернулися Михайло Бродський, голова Державної служби України з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва, директор місії USAID в Україні Джед Бартон і Валентина Данішевська, директор Центру комерційного права

фактично звело нанівець відповідальність ініціаторів регулювання за його наслідки. Ці проблеми призвели до формальної, поверхневої підготовки АРВ на всіх рівнях державного управління.



Олександр Потімков, перший заступник голови Держпідприємництва, у своєму виступі зазначив: «Важко віднайти хоч один позитивний приклад проведення АРВ

органами державної влади. Можу навести лише сміховинний приклад так званого АРВ, що часто надається до законопроектів. В розділі «альтернативи регулювання», де мають бути прописані різні способи вирішення проблеми, часто зазначають дві: перша — не приймати регуляторний акт, друга — прийняти. Оскільки перша не вирішує проблему, а друга нібито вирішує, то з огляду на це робиться висновок про необхідність приймати регуляторний акт». Мабуть всім зрозуміло, що не

про такий аналіз альтернатив йшла мова у Законі «Про засади державної регуляторної політики».

Це лише один із прикладів формального ставлення до складання АРВ. Окрім формалізму, помилковою є практика складання АРВ після підготовки проекту регуляторного акту, адже в цьому разі він стає лише супровідним документом, та не виконує функції обрання найкращого методу регуляторного впливу. «В кращій світовій практиці оцінку впливу здійснюють до підготовки проекту державного рішення. В Україні ж, як правило, спочатку готують проект регуляторного акту, а під нього розробляється АРВ», наголосив експерт Центру **Сергій Юргелевич**.



Модель спрощеного АРВ (RIA-Light) як вихід із ситуації, що склалася

Як виявило дослідження Центру та підтвердила фахівець із АРВ зі Словаччини **Катаріна Старонова**



Серед близько сотні учасників заходу були представники 13 центральних органів виконавчої влади, народні депутати, судді, юристи-практики, фахівці з неурядових організацій, а також експерти зі Словаччини та Польщі.

(її статтю читайте у цьому ж номері Вісника), складнощів з імплементацією АРВ зазнають практично всі країни, де він проводиться. Тож проблеми із його застосуванням в Україні не є чимось незвичайним на тлі світової практики.

Внаслідок активного обговорення, експерти дійшли висновку, що в умовах, які склалися, запровадження RIA-Light може виявитись найбільш вдалим рішенням. Ця модель відрізняється від класичної насамперед більш звуженою сферою охоплення, адже передбачає проведення аналізу лише щодо актів, які відповідають певним критеріям. Такі критерії можуть базуватися, наприклад, на суттєвості впливу акту, яка у контексті RIA-Light може розглядатися як охоплення (широта) у поєднанні з інтенсивністю (глибиною) впливу. За такого підходу, саме проекти актів, які мають значний вплив, підлягатимуть повному аналізу.



Загалом погоджуючись із ідеєю запровадження полегшеної моделі АРВ, народний депутат **Ксенія Ляпіна** підкреслила, що осо-

бливої уваги в умовах вибіркового виконання законодавства набуває питання вибору «проектів із значним впливом». Адже, за її словами, «зрозумілим є ризик, що «проектами із значним впливом» виявляться проекти, які насправді ні на що не впливають, а проекти які насправді зачіпають інтереси широких підприємницьких кіл будуть вважатись проектами із незначним впливом чи будуть взагалі випадати з процесу АРВ».

Для мінімізації такого ризику особливого значення набуває: по-перше, встановлення об'єктивних, заздалегідь визначених та оприлюднених критеріїв, а по-друге, забезпечення контролю за їх дотриманням.

Запровадження новацій у здійсненні АРВ потребує відповідних нормативних змін, а також перегляду підходів до його здійснення та підвищення рівня професійних знань державних службовців, відповідальних за організацію та проведення АРВ. Наступного року Центр планує проведення двох навчальних закордонних поїздок для ознайомлення із найкращою практикою застосування АРВ в умовах, наближених до українських. З використанням отриманих знань експерти Центру розроблять нормативні пропозиції, спрямовані на запровадження RIA-Light та проведуть відповідні тренінги для широкого кола спеціалістів, які беруть безпосередню участь у проведенні АРВ. •

Про досвід упровадження АРВ у сусідніх країнах на круглому столі розповіла експерт із цих питань Катаріна Старонова. Пропонуємо для ознайомлення короткий витяг із її виступу. Повний текст виступу та презентаційні слайди розміщені на нашому сайті.

Оцінка впливу та якість регулювання в країнах Центральної та Східної Європи

Катаріна Старонова,
експерт Інституту публічної політики та економіки Університету Каменіуса (Словаччина)

Починаючи з середини 1990х років більшість країн-членів Організації економічного співробітництва та розвитку запровадили у себе деякі форми АРВ на різних стадіях законотворчого процесу. Процес АРВ є важливим інструментом для прийняття будь-якого суспільно-важливого рішення. Запроваджуючи АРВ, країни регіону мають більше шансів на успішне законодавче регулювання.

На жаль, останнім часом досить мало проводилось досліджень щодо здійснення АРВ у східноєвропейських країнах. Одне з таких досліджень, проведене мною у 2010 році, охопило 5 країн цього регіону, в тому числі Чехію, Естонію, Угорщину, Словаччину та Словенію. Аналіз стосувався якості інформації, що міститься у звітах АРВ за трьома принциповими вимірами: (i) відображення регуляторних проблем; (ii) типи АРВ; (iii) процес консультацій. Узагальнюючи результати дослідження, можна зазначити наступне.

ЕСТОНІЯ має досить високий рівень здійснення АРВ. Найкраще тут проводяться етапи консультацій та оцінки впливів, під час яких визначаються та проводяться консультації із зацікавленими сторонами, а отримана інформація вноситься до АРВ. Естонія — єдина країна, де усі впливи, окрім фіскальних, обговорюються на регулярній основі. Як наслідок, Державна канцелярія Естонії відіграє важливу роль, хоча й не здійснює загальної координації проведення АРВ в країні. В межах здійснення загального моніторингу ефективності адміністрування та стратегічного планування Державна канцелярія перевіряє, в тому числі, й питання визначення мети, заходів із реалізації (що не є частиною АРВ), оцінку можливих впливів (окрім фінансових) та проведення консультацій. На додачу, Державна канцелярія Естонії свого часу ініціювала, підготувала та забезпечила нагляд за впровадженням декількох методичних рекомендацій для державних службовців щодо проведення АРВ.

ЧЕСЬКА РЕСПУБЛІКА є досить цікавим прикладом, адже тут проведено лише 12 АРВ, однак 11 із них були надзвичайно високої якості: у них були визначені та проаналізовані варіанти вирішення проблеми, проведено оцінку витрат та переваг, а також забезпечено консультаційний процес. Такий стан справ є результатом запровадження двоетапного процесу АРВ задля кращого використання наявних в країні можливостей. Перша частина процесу АРВ полягає у складанні попереднього аналізу, шляхом заповнення структурованої форми. Це відбувається ще до розробки Плану законодавчих робіт Уряду. Цей попередній аналіз проводиться щодо всіх нормативних актів. Він містить лише короткі огляди найважливіших частин аналізу впливів. На основі цього попереднього аналізу ініціатор законодавчого акту надає рекомендацію щодо доцільності чи недоцільності проведення АРВ. Ця рекомендація ініціатора проходить незалежну оцінку Комісією із АРВ, що передає свій висновок до Законодавчої Ради.

СЛОВАЧЧИНА та **СЛОВЕНІЯ** демонструють досить повільні темпи запровадження АРВ. Низьким є і рівень інформації в багатьох частинах АРВ. Виняток становить аналіз фіскальних впливів, що є дещо кращим від інших складових АРВ. Однією з причин такого стану справ є відсутність деталізованої методики проведення АРВ, що могла б допомогти державним службовцям у складанні АРВ на тому рівні, аби відповідати очікуванням від АРВ. Останнім часом обидві країни вживають заходів до усунення проблем у цій сфері, в тому числі розробляються методики та пілотні АРВ. Однак ці заходи є все ще досить обмеженими, а самі АРВ здебільшого ігноруються центральним урядом.



УГОРЩИНА майже повністю ігнорує розробку АРВ. Лише декілька регуляторних проблем піддаються оцінці, проте досить вибірково. Такий стан речей відображає слабкий вплив Міністерства юстиції та політичного центру уряду на офіс прем'єр-міністра, що не виконує ролі координаційного центру для АРВ та не підтримує Міністерство юстиції у його прагненнях. Угорщина так само слабо проводить фінансовий аналіз, в той час як в усіх інших країнах цей аналіз є доволі результативним. Ймовірно, це також є свідченням слабкої позиції Міністерства фінансів країни.

На завершення

Методологічні рекомендації щодо проведення АРВ є важливими для встановлення загальних вимог та стандартів. З п'яти названих країн, лише у Чехії встановлена пряма вимога розглядати різні варіанти регулювання, а тому лише у цій країні АРВ виконує це завдання. З іншого боку, якщо формальні методичні рекомендації занадто короткі чи незрозумілі, написані державними службовцями, яким бракує достатнього розуміння загальної мети АРВ, то прописані рекомендації можуть виявитися неякісними й оман-

ливими. Тому чіткі методичні рекомендації є добрим підґрунтям, однак без належного навчання та політичної підтримки можуть стати лише формальною анкетною для бездумного заповнення.

Важливою для здійснення АРВ виявилась присутність належного нагляду на центральному рівні. Приклади Словаччини та Словенії свідчать, що за умов відсутності сильного органу нагляду за АРВ, законодавчий орган може змусити державних службовців до формального, а не якісного дотримання вимог здійснення АРВ. Досвід Чехії та Угорщини показує, що розміщення органу нагляду за АРВ ієрархічно на одному рівні із міністерствами, послаблює його позицію (у Чехії це положення змінилось у 2010 році, коли орган нагляду було переміщено до Урядового офісу). Такий орган може мати знання та досвід, однак за відсутності достатніх повноважень, він не зможе примусити інші міністерства до дотримання вимог. Досвід усіх країн засвідчив, що оскільки відповідальність за здійснення АРВ лежить переважно на державних службовцях, найважливішого значення набуває спроможність міністерств до його здійснення. •

Для пілотного аналізу регуляторного впливу Центр обрав надзвичайно актуальну та суспільно важливу для України тему — банкрутство фізичної особи. Останнім часом до Парламенту було подано декілька законопроектів, що мали на меті запровадження цього інституту до правової системи України. Однак до жодної з цих ініціатив не проводилось ґрунтовного аналізу ані умов та підстав запровадження цього інституту, ані можливих варіантів моделі інституту банкрутства фізичної особи, що підходила б до українських реалій. На замовлення Центру комерційного права такий аналіз провів Центр економічного розвитку. Із повним текстом звіту можна ознайомитись на сайті Центру www.commerciallaw.com.ua. Наразі пропонуємо статтю одного з авторів вказаного звіту Лідії Верховодової.

Банкрутство фізичної особи: модель для України

Лідія Верховодова, директор Центру економічного розвитку

Процедура банкрутства фізичної особи застосовується у світі більше ста років. Вперше вона була запроваджена наприкінці XIX століття в США. На сьогодні банкрутство фізичної особи стало обов'язковим елементом державних регуляторних систем більшості країн світу. Остання за часом хвиля впровадження цієї процедури була викликана наслідками сучасної глобальної кризи і охопила колишні соціалістичні країни, які увійшли до

складу ЄС. Готується до прийняття відповідного закону Росія.

Під тиском глобальної фінансової кризи проблема запровадження банкрутства фізичної особи стала предметом активних дискусій і в Україні. У березні 2009 р. і через три роки у березні 2012 р. були здійснені спроби реалізувати цю ідею через Верховну Раду. Але поки що в Україні переважає упереджене ставлення до ідеї введення процедури банкрутства для неплатоспромож-

них громадян. Її противники вважають це передчасним заходом для країни, який до того ж може спровокувати масове ухилення позичальників споживчих кредитів від повернення боргів.

Причини, які спонукають до введення банкрутства фізичної особи

Банкрутство фізичної особи ще називають «споживчим банкрутством», оскільки необхідність введення цієї судової процедури виникла в країнах з ринковою економікою у відповідь на ризики, що стали супроводжувати розвиток споживчого кредитування. Виявилось, що частина позичальників кредитів через різні причини — або з необачності, або з причин, що від них не залежать, опинилися у стані неплатоспроможності і не могли повернути борги. Масштаби неплатоспроможності позичальників кредитів критично зростали під час економічних криз (рецесії).

Масова неплатоспроможність позичальників споживчих кредитів, особливо іпотечних кредитів, перетворилася у фактор, що став суттєво поглиблювати економічні, соціальні та політичні наслідки кризи. Накопичення заборгованості почало викликати перебої у функціонуванні банківської системи. Практика примусового стягнення боргів за кредитами призвела до масових порушень громадянських прав боржників та членів їхніх сімей, нерідко супроводжувалася остаточною втратою ними фінансової спроможності та своїх соціальних позицій. Гостра реакція з боку суспільства була викликана тим, що під час кризи склад зубожілого населення став поповнюватися переважно за рахунок економічно активного середнього класу.

Під сильним політичним тиском країни змушені були шукати можливості для нейтралізації ризиків, які почали супроводжувати масштабний розвиток споживчого кредитування. У відповідь на новий виклик світова практика породила принципово новий спосіб — запровадження для неплатоспроможних боржників процедури банкрутства фізичної особи.

Призначення процедури банкрутства фізичної особи

Історія застосування процедури банкрутства фізичної особи демонструє, що спочатку вона стала формуватися під цілі примусового стягнення боргів неплатоспроможних громадян через суди і передбачала певне «таврування» боржників, які визнавалися банкрутами. Але поступово у державних регуляторних системах відбулося відокрем-

лення функції примусового стягнення заборгованості при настанні неплатоспроможності боржника на користь кредитора від функції державної підтримки боржника.

Сучасний варіант банкрутства фізичної особи являє собою елемент державної регуляторної системи, яка забезпечує соціальну підтримку громадян країни. Процедура банкрутства фізичної особи призначена для забезпечення фінансової реабілітації за допомогою держави тих сумлінних громадян-боржників, які опинилися у стані неплатоспроможності з незалежних від них причин та не можуть подолати його самостійно. Громадянин, який визнаний банкрутом, одержує можливість повернути борги з урахуванням його реальної фінансової спроможності і досягти fresh start, тобто нагоду розпочати економічну діяльність «з чистого аркуша». Держава гарантує боржнику і його сім'ї захист громадянських прав і забезпечує умови життєдіяльності, які запобігають настанню стану зубожіння.

Україні необхідна система державної підтримки фінансової реабілітації неплатоспроможних громадян

Рівень розвитку споживчого кредитування в Україні набагато нижчий, ніж у країнах, в яких діє процедура банкрутства фізичної особи. У 2010 р. кредити домогосподарств до ВВП складали в Україні — 19,4%, США — 88,4%, країнах ЄС — 65,2%, нових країнах — членах ЄС — 32,1%¹. Але ризики, які супроводжують функціонування системи споживчого кредитування, в Україні набагато вищі:

- а) Для українських громадян існують більш високі ризики настання неплатоспроможності з незалежних від них причин (низький рівень доходів, нестабільність економіки, неефективна система соціальної підтримки, відсутність у населення адаптації до ринкових умов, слабка система захисту прав споживачів).
- б) Існуючі регуляторні системи та практика ринкової самоорганізації виявилися неспроможними розв'язати проблему накопиченої під час кризи заборгованості. В результаті частка



¹ <http://ecri.be/new/system/files/Key%20Findings%20%202011%20ECRI%20Statistical%20Package%20EDITED.pdf>;
<http://www.ukrstat.gov.ua>

проблемних (недіючих) кредитів у банках не скорочується, а невпинно зростає.

- в) В Україні чітко простежується дискримінація прав боржника, його незахищеність перед солідарним тиском банків і колекторських фірм, що критично обмежує можливості самостійно здійснити фінансову реабілітацію та запобігти втраті соціальних позицій.

Адаптація процедури банкрутства фізичної особи до умов України

Світова практика виробила певні стандарти, притаманні будь-якій національній системі банкрутства фізичної особи. На основі порівняльного аналізу практики різних країн визначено 7 ключових елементів, які створюють каркас регуляторної системи: допуск до процедури, способи фінансової реабілітації, система надання соціальних гарантій, статус банкрута, участь кредиторів у процедурі, способи запобігання фіктивному або навмисному банкрутству, інституційне забезпечення.

На прикладі чотирьох елементів можна продемонструвати, яким чином вони можуть бути адаптовані до особливостей України.

Допуск до процедури банкрутства. Критерії допуску встановлені на основі фактичної структури боржників за розміром їхніх боргів, розміру витрат на проведення процедури банкрутства, потреби різних категорій боржників у державній підтримці. Для України можуть бути рекомендовані наступні критерії допуску громадян-боржників до процедури банкрутства:

- а) сумлінні громадяни, які мають заборгованість у сумі, наприклад, більше 70 тис. грн. і опинилися у стані неплатоспроможності з незалежних від них причин;
- б) громадяни, які належать до категорії вразливих верств населення (матері, які знаходяться у відпустці по догляду за дітьми; інваліди; ті, що мають доходи на одну особу менше прожиткового мінімуму, тощо) і мають заборгованість більше 10 тис. грн.

Територіальна доступність забезпечується за рахунок проведення процедури у судах загальної юрисдикції. Фінансова доступність — через запровадження для окремих категорій боржників компенсації із державного бюджету витрат на проведення процедури банкрутства.

Способи фінансової реабілітації. Вони повинні створювати кращі умови повернення заборгованості у порівнянні з виконавчим провадженням і

способами ринкової самоорганізації. Переваги:

- а) захист громадянських прав;
- б) виплата боргів з урахуванням реальної фінансової спроможності боржника;
- г) реструктуризація боргів на період до 6 років;
- д) списання частини боргів (допускається навіть повне списання).

Соціальні гарантії. Склад майна і розмір грошових доходів доцільно встановлювати на рівні, який перевищує відповідні норми процедури виконавчого провадження. В умовах України особливих підходів до вирішення вимагає проблема гарантій забезпечення банкрутів іншим житловим приміщенням. Термін відселення із житла, яке підлягає продажу, необхідно збільшити до одного року (за умови оплати оренди і комунальних платежів) і передбачити для певних категорій боржників компенсацію витрат на оренду нового житла строком на один рік із суми одержаних від продажу їхнього майна коштів.

Запобігання фіктивному або навмисному банкрутству. Законодавство повинно містити чіткий алгоритм розрахунків, що полегшує контроль і дозволяє боржникам свідомо приймати рішення щодо вступу у процедуру банкрутства, стимулює надання суду правдивої інформації щодо розміру боргів, наявного майна і грошових доходів. Переваги процедури банкрутства будуть створювати позитивні стимули для сумлінної поведінки боржника. Доцільно ввести у процедуру банкрутства спеціальну систему поточного контролю з боку представників суду і адміністратора, у віданні якого перебуває справа боржника. При наявності ознак несумлінної поведінки необхідно передбачити процедури додаткового контролю. Законодавство про банкрутство фізичної особи повинно зробити немисливим настання відповідальності боржника (кримінальної і адміністративної).

Запровадження судової процедури банкрутства фізичної особи є одним із ефективних способів забезпечення і зниження конфліктності в процесі масштабного розвитку сфери споживчого кредитування, який очікується в Україні. Реальний гострий конфлікт, який не має визначених способів вирішення, переводиться у судову процедуру, яка чітко та однозначно регламентується законодавством з урахуванням суспільних інтересів. Нова регуляторна система має на меті забезпечити соціальну справедливість — підтримати сумлінних громадян країни, які з незалежних від них причин опинилися у важкому фінансовому стані. •

Запрошуємо ознайомитись із досвідом Польщі у врегулюванні банкрутства фізичних осіб (споживчого банкрутства), про який на круглому столі розповідав експерт із цього питання Бартош Гроеле. Наводимо тези його виступу. Повний текст статті та презентації пана Гроеле знаходяться на нашому сайті.

Досвід Польщі у врегулюванні споживчого банкрутства

Бартош Гроеле,
віце-президент правління Інституту Аллерханда

Загальний принцип — «новий старт» чи «заслужений новий старт»?

Загалом, в світі існують два підходи до врегулювання інституту банкрутства фізичних осіб (або споживчого банкрутства):

1. *обмежувальний підхід*, що базується на припущенні, що боржник має відповідати визначеним умовам, аби мати змогу ініціювати процедуру споживчого банкрутства; здійснюється суворий судовий нагляд протягом всієї процедури. Такий підхід застосовується, зокрема, у Бельгії;
2. *ліберальний підхід*, що також можна назвати автоматичним. Він заснований на тезі, що держава не зацікавлена утримувати неплатоспроможних боржників у т.зв. «сірій зоні», а тому кожен повинен мати шанс на списання боргів. Такий підхід діє, наприклад, у США.

Сучасне польське регулювання споживчого банкрутства

Закон про неплатоспроможність та реорганізацію (надалі — Закон) був ухвалений 31 березня 2003 року та набув чинності 1 жовтня 2003 року. Положення про споживче банкрутство було введено до Закону шляхом прийняття змін до нього у 2009 році (діє з 31 березня 2009 року).

Польське регулювання цього інституту базується на обмежувальному підході (заслуженого нового старту). За загальним правилом, боржник має довести, що його неплатоспроможність настала з виключних та незалежних від нього причин. Положення закону також містять перелік особливих причин, за яких боржник не може бути оголошений банкрутом¹.



Починаючи зі вступу в дію закону 2009 року та до 31 грудня 2011 року фізичними особами було подано 1875 заяв, серед яких: 36 було прийнято до провадження; у 757 випадках заявники отримали відмову (найчастіше з причин бідності банкрута, тобто недостатності майна для проведення процедури; обставини не були виключними чи незалежними від боржника; або у боржника був лише один кредитор); 856 були відхилені (з формальних причин). Ці дані є підтвердженням занадто обмежувальних положень закону.

Йняв зобов'язання в той час, коли був неплатоспроможним, або коли боржник розриває трудову угоду за стільною домовленістю сторін, або якщо протягом визначеного часу щодо нього вже була відкрита процедура банкрутства, або якщо дії боржника було визнано такими, що завдали шкоди кредиторам.

¹ Споживче банкрутство виключається, якщо боржник при-

Шляхи виправлення ситуації

Як бачимо, статистичні дані є досить жорсткими. Діюче регулювання має бути змінено, адже такий занадто обмежувальний підхід не спрацює. Наразі група експертів готує рекомендації Міністерству юстиції Польщі щодо удосконалення системи споживчого банкрутства. Серед пропозицій є наступні: (1) вартість процедури та вимоги до боржників мають бути якомога більш прозорими;

(2) боржники-фізичні особи повинні мати не гірше становище, ніж боржники-підприємці; (3) процедура має бути доступна й тим боржникам, що мають лише одного кредитора. Також необхідною є можливість домовленості із кредиторами у спосіб, що дозволить боржникові залишити у себе певне майно (наприклад, будинок, цінні речі, що належать родині).

Лібералізація вимог — причин банкрутства

Основна (позитивна) вимога має базуватись на загальному правилі (аналізі поведінки та ставлення боржника до виконання зобов'язань — тобто банкрутство може бути оголошене боржником, який не став неплатоспроможним внаслідок власної вини чи грубої необережності) із тим, аби уповноважити суд приймати рішення, оцінивши ситуацію в кожній конкретній справі. А поза цією умовою усі інші негативні вимоги мають бути обмежені. Багато зусиль також докладається до обмеження обов'язкових вимог до заяви боржника та встановлення менш формалізованого формату заяви, аби заявники могли уникнути найбільш поширених помилок при її складанні.

Витрати на процедуру

Загальне прагнення — обмежити вартість процедури. Ідея покриття витрат на процедуру за державні кошти в сучасних умовах не сприймається. Витрати на процедуру мають бути обмежені, однак має бути збережена мінімальна плата, аби уникнути незначних (дріб'язкових) заяв. Наразі плата за подання заяви складає 200 злотих — приблизно 50 євро. Після оголошення банкрутства основні витрати складають: (1) витрати на оплату послуг арбітражного керуючого (пропонується, аби ці витрати склались із єдиноразової виплати, що вираховується пропорційно до вартості майна банкрута); (2) витрати на публічне оголошення в пресі (має бути замінене на оголошення шляхом розміщення інформації на електронній платформі).

Підсумок

Занадто обмежена процедура споживчого банкрутства в Польщі призводить до негативних наслідків, адже за останні три роки, що вона існує, процедура застосовувалась лише у поодиноких випадках. Необхідно зробити наступний крок уперед, але обережно, оскільки, якщо надати занадто широкі можливості, існує ризик масового звернення до судів та порушення впевненості кредиторів у надійності ділових угод. •

Н А Ш І П У Б Л І К А Ц І Ї



Вийшов друком дванадцятий випуск **науково-практичного журналу «Українське комерційне право»**. З огляду на активну роботу Центру у напрямку реформування корпоративного законодавства, Центр присвятив цей випуск журналу одній з найбільш актуальних тем сьогодні — проблемам діяльності товариств з обмеженою відповідальністю. В умовах численних спроб реформування інституту ТОВ, з огляду на популярність цієї форми ведення бізнесу та застарілість правового регулювання цього виду господарських товариств, Центр звернувся до відомих фахівців з питань корпоративного права за їх аналізом проблемних аспектів та пропозиціями до подальшої зміни законодавства. На сторінках журналу автори також коментують підготовлений робочою групою Центру комерційного права проект Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

Електронна версія журналу доступна на сайті Центру.

У попередніх випусках Вісника Центр комерційного права повідомляв про роботу над підготовкою законопроекту «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». На суд юридичної громадськості результати цієї роботи були представлені на VI Щорічному форумі з корпоративного права, що його спільно провели Асоціація правників України та Центр комерційного права. Надалі пропонуємо інформацію про основні новели законопроекту та коментарі експертів в сфері корпоративного права.

Триває обговорення законопроекту «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»

Товариства з обмеженою відповідальністю (надалі — ТОВ) є найпопулярнішою формою ведення бізнесу (див. рис.1) та найпродуктивнішою, адже саме ці підприємства створюють більшу частину ВВП країни. Отож зрозуміло, що регулювання діяльності ТОВ має базуватися на

якісному сучасному законодавстві. Пам'ятаємо, що на сьогодні основне регулювання здійснюється Законом України «Про господарські товариства», прийнятим ще у 1991 році, який, за свідченням практиків, вже давно не відповідає потребам ринкової економіки.



На фото організатори та гості VI Щорічного форуму з корпоративного права Валентин Загарія, президент Асоціації правників України, Дмитро Тевелів, голова Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Джек Бартон, директор місії USAID в Україні та Валентина Данішевська, директор Центру комерційного права.



Розроблений Центром комерційного права законопроект «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» спрямований на вирішення ключових проблем сучасного регулювання ТОВ. Серед них: надмірні та непотрібні вимоги до статуту товариства, недостатній захист прав учасників ТОВ (в тому числі з огляду на відсутність належних механізмів контролю за діяльністю виконавчого органу, притягнення до відповідальності членів виконавчого органу); недосконале правове регулювання процедур виходу та виключення учасників із товариства; відсутність механізмів спадкування частки в ТОВ; неефективне регулювання діяльності органів управління товариством, зокрема, обтяжливі та несучасні процедури скликання загальних зборів.

Тож з огляду на перелічені проблеми, законопроект пропонує ряд новел, зокрема, такі:

- *виключення інформації про розмір статутного капіталу та переліку учасників товариства з відомостей, що підлягають обов'язковому закріпленню в статуті.* Як показала практика, зазначення складу учасників лише заважає ТОВ, адже будь-які зміни у його складі потребують внесення змін до статуту, що вимагає значних часових та організаційних затрат. Усі необхідні відомості містяться в Єдиному державному реєстрі. Важливо, що приведення у відповідність до цього положення статутів вже діючих товариств не вимагатиметься. ТОВ, які вважатимуть за потрібне і надалі включати цю інформацію до своїх статутів зможуть це робити.
- *удосконалення процедури проведення загальних зборів,* в т.ч. запровадження процедури їх проведення у заочній формі (у випадку, коли по винесених на голосування питаннях досягнуто одноголосного рішення) та запровадження механізму заочного голосування (як альтернативи представництву на загальних зборах, що, як свідчить практика, створює численну кількість корпоративних спорів), за умови подання нотаріально засвідченого рішення учасника з приводу питань, винесених на обговорення;
- *забезпечення ефективного управління ТОВ,* зокрема, через можливість створення наглядової ради (у тих випадках, коли, наприклад, інвестори через територіальну віддаленість не мають змоги контролювати діяльність виконавчих органів ТОВ) і обрання загальними зборами ревізійної комісії (ревізора), а також можливість зупинення повноважень виконавчого органу (окремого його члена або повного складу) чи припинення повноважень з одночасним розірванням договору (контракту) у будь-який час;

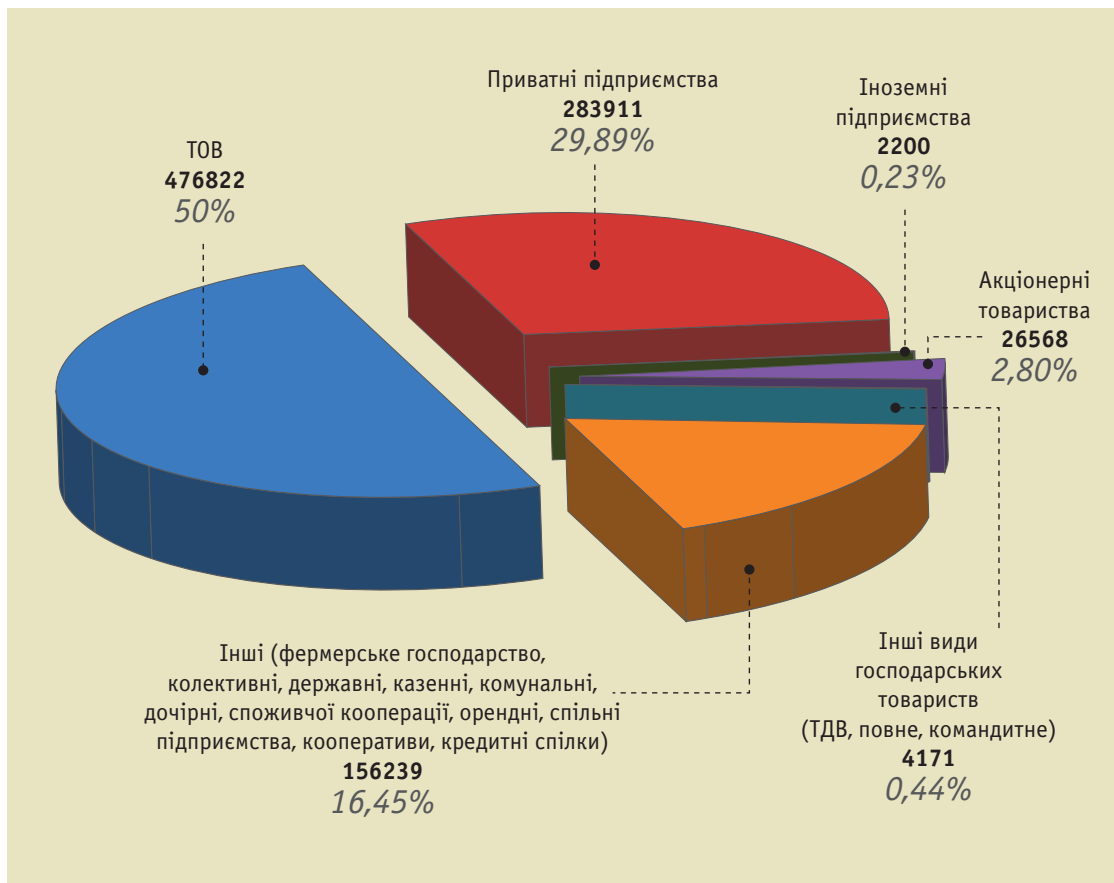


Рис. 1: За даними звіту «Статистична Україна» станом на початок 2012 року.

- *встановлення вимог до правочинів щодо передання частки*, а саме укладення угоди у письмовій формі з обов'язковим нотаріальним засвідченням. У поєднанні з новелою щодо необов'язковості закріплення у статуті складу учасників, коли джерелом цієї інформації є Єдиний реєстр, необхідно забезпечити ТОВ від внесення до реєстру недостовірних відомостей. Саме для цього і вимагається нотаріальне засвідчення договорів про відчуження часток у ТОВ. Розуміючи високу вартість нотаріальних послуг із засвідчення правочинів, необхідно встановити меншу плату за посвідчення такого виду договорів.
- *обмеження права виходу учасника, що володіє більш як 50% у капіталі товариства* (лише за згоди всіх учасників, що залишаються). Крупний учасник зазвичай контролює діяльність ТОВ, має вплив на менеджмент, тож він має можливість вивести більшу частину активів та порушити права інших учасників. Задля збереження балансу інтересів, пропонується формула, за якої для виходу такого учасника потрібна згода

усіх інших учасників ТОВ. В іншому разі ТОВ має припинити свою діяльність.

Більш детально читайте сам законопроект та пояснювальну записку, що розміщені на сайті Центру www.commerciallaw.com.ua.



Після презентації законопроекту, модератор попросив експертів назвати, які з нововведень вони підтримують, а які — ні



Олена Кібенко, д.ю.н., керуючий партнер ЮФ «Кібенко, Оніка і партнери»:

«Однозначно підтримую пропозицію розробників не зазначати у статуті такі індивідуалізовані відомості, як інформація про склад учасників та розмір статутного капіталу. Адже на сьогоднішній день одна з основних проблем існування ТОВ — це неможливість забезпечення свободи руху учасників. Учасник ТОВ, який бажає, наприклад, продати свою частку та вийти з товариства, завжди залежить від третіх осіб — інших учасників, які мають зібратися на збори, прийняти рішення про внесення змін до статуту та ін. Тож, будь-хто з учасників може заблокувати такі дії, наприклад, не підписавши статут. Важливою також є новела про те, що не вимагається підпису статуту усіма учасниками, а лише головою та секретарем зборів, як це сьогодні вже робиться в акціонерних товариствах.

Повністю підтримую пропозицію розробників законопроекту відмовитись від таких «примарних» форм ведення бізнесу, як приватне підприємство, іноземне підприємство та підприємство з іноземними інвестиціями¹. Адже ці форми лише названі в Господарському кодексі та більше нічим не регулюються. Мабуть, саме це і приваблює підприємців, які і зараз обирають такі форми для ведення бізнесу. Наприклад, у Харкові іноземні інвестори створюють ІТ-компанії у формі «іноземного підприємства», адже не бажають бути обмеженими положеннями Закону «Про господарські товариства» і прагнуть прописувати свій статут повністю на власний розсуд. Тож необхідно при доопрацюванні законопроекту пам'ятати та послідовно закріплювати принцип ліберальності, надаючи якомога більшу свободу учасникам у врегулюванні відносин між собою. На сьогодні, на мою думку, цього лібералізму в законопроекті бракує. В деяких випадках норми проекту надто ускладнюють цю форму ведення бізнесу, попри те, що вона існує переважно для дрібного та середнього підприємництва. Цим суб'єктам не потрібні настільки складні правила. Враховуючи те, що ми прагнемо, аби понад 200000 приватних підприємств стали ТОВ, ми маємо дати їм зручну платформу для роботи».



Анна Бабич, партнер ЮФ «Василь Кісіль і партнери»:

«Вважаю цей проект дійсно прогресивним у порівнянні з чинним на сьогодні регулюванням. Проект містить 52 статті, отже навіть за об'ємом він надає значно детальніше регулювання, ніж ми маємо зараз в Законі «Про господарські товариства». Що стосується практичних моментів, то найбільше мені сподобались такі новели. По-перше, це відміна максимальної планки складу учасників ТОВ. По-друге, запровадження можливості створення в ТОВ наглядової ради. На практиці ТОВ потребують створення такого органу, і деякі товариства його створюють і зараз. Однак тут можна було б переглянути деякі положення. Наприклад, мінімальна кількість членів наглядової ради встановлена на рівні трьох осіб. На практиці

зустрічаються випадки створення наглядової ради у складі двох осіб. Також спірним є визначення на рівні закону вимоги про рівну винагороду для всіх членів наглядової ради, адже не виключені випадки, коли один з членів ради робить більший внесок у її роботу та заслуговує на більшу винагороду. Третя позитивна новела, яку необхідно відзначити, — це угода між учасниками (по аналогії з акціонерною угодою), якою учасники можуть домовитись про якісь додаткові зобов'язання для себе. Мінус тут у тому, що проект закріплює обов'язок розкривати цю угоду іншим учасникам товариства. Видається, що цей

¹ Згідно з перехідними положеннями Законопроекту пропонується виключити із Господарського кодексу статті про такі організаційно-правові форми як «іноземне підприємство», «підприємство з іноземними інвестиціями» та приватне підприємство. Існуючі підприємства таких форм пропонується розглядати як ТОВ. Більше про позицію Центру з цього питання читайте на нашому сайті www.commerciallaw.com.ua.

документ все ж носить елемент приватної домовленості, тож не можна підтримати положення про вимогу розкриття його змісту».



Юрій Попов, головний експерт із правознавства Центру комерційного права

«Серед позитивних рис проекту необхідно відзначити його якісну юридичну техніку. З огляду на континентальну систему права, норми прописані чітко, без «філігранності»; задля уникнення дублювання регулювання та колізій у перехідних положеннях пропонується прибрати відповідні норми із Господарського кодексу. З іншого боку, саме вдосконаленню юридичної техніки необхідно приділити більше уваги під час доопрацювання законопроекту.

Важливою новелою, що пропонується, є інститут похідних позовів (позов, з яким учасник товариства може звернутись від імені ТОВ та в інтересах ТОВ)².

На сьогодні, чинне законодавство України не визнає можливості таких позовів, хоча необхідність у цьому, безперечно, існує. Вже понад 150 років цей інститут діє в Англії та Америці, нещодавно його запровадила і Росія. Ми врахували помилки сусідів та сподіваємось, що похідні позови працюватимуть».

Анатолій Єфименко, експерт з корпоративного права

«Важлива новела, що дозволить підвищити інвестиційну привабливість форми ТОВ, є належне законодавче регулювання угод із заінтересованістю. Не секрет, що такі угоди є на сьогодні основним механізмом тіньового перерозподілу результатів діяльності товариства. Без цього механізму неможливо стабілізувати майнові відносини в товаристві».



Діана Смахтіна, віце-президент інвестиційної компанії «Сігма Блейзер», директор з питань корпоративного управління

«По-перше, необхідно відзначити прекрасний стиль норм у законопроекті, де переважають чіткість та зрозумілість викладу, відсутні занадто довгі, заплутані положення. Це важливо, насамперед, для «споживача» регулювання, адже засновникам бізнесу, які зазвичай не є юристами, важливо розуміти закон та бути здатними без допомоги юристів його прочитати та усвідомити». •



² Більш детально читайте статтю Юрія Попова «Похідні (непрямі) позови: іноземний досвід та українські перспективи» у Журналі «Українське комерційне право» №12 (електронна версія розміщена на сайті Центру www.commerciallaw.com.ua)



Правники Харківщини підтримали законопроект

До обговорення законопроекту долучились і правники Харківщини. Дискусія відбулась на круглому столі, що його організували Харківське регіональне відділення Асоціації правників України та Харківський Національний Університет ім. В.Н. Каразіна. Центр комерційного права долучився до обговорення в режимі онлайн. Учасники круглого столу схвально оцінили законопроект, назвавши його новітнім та якісним. Дискусія розгорнулась переважно навколо питань, що, на думку аудиторії, могли б ускладнити реалізацію

новацій проекту. Результати обговорення були об'єднані у рекомендації, що будуть взяті до уваги під час доопрацювання законопроекту робочою групою Центру.



Реформа законодавства про банкрутство: очікувані результати

Центром комерційного права спільно з Національною школою суддів проведено черговий семінар для суддів господарських судів. Експерти розповідали суддям про новели прийнятої у грудні 2011 року нової версії Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». З огляду на те, що нова версія Закону набирає чинності 19 січня 2013 року, підготовка фахівців у сфері банкрутства є наразі вельми актуальною.

На семінар винесені актуальні питання реформи системи банкрутства. Зокрема, мова йшла про запровадження прозорих та ефективних судових процедур, підвищення рівня стягнення боргів, забезпечення належної процедури аукціону, який має гарантувати продаж майна боржника за найвищою ціною та стабільність укладених під час аукціону договорів. Щодо останнього питання перед суддями виступив Анатолій Мірошниченко, розробник моделі проведення аукціонів. Пропонуємо ознайомитись із тезами його виступу.



Процедура продажу майна боржника в справах про банкрутство

(згідно із новою редакцією Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»)

Анатолій Мірошніченко, д.ю.н., професор, завідувач кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету КНУ імені Тараса Шевченка

Однією з ключових новел нової редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» в частині продажу майна боржника в справах про банкрутство мало стати правило про укладення договорів про відчуження майна боржника у момент оголошення переможця, а не після (чи за результатами) аукціону. Письмовим доказом укладення договору мав стати протокол, що, в сукупності із вимогою про фіксацію аукціону технічними засобами, мало запобігти будь-яким зловживанням.

Якщо відчужувалося нерухоме майно, первісним проектом була передбачена процедура, практично ідентична тій, що сьогодні передбачена Законом України «Про іпотеку»: за результатами аукціону складається протокол (ч.5 ст.45 Закону), покупець оплачує придбане майно (ст.46 Закону), державний виконавець складає акт про реалізацію предмету іпотеки, що є підставою для видачі нотаріусом покупцеві свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (ст.47 Закону). На жаль, під час розгляду у Верховній Раді Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (надалі — Закон) було змінено, причому вкрай невдало, із закріпленням дуже двозначного правового регулювання.

З одного боку, практично усюди в Законі збережене первісне формулювання «укладення договору на аукціоні». З іншого боку, ч.4 ст.50 встановлює, що «[у]кладений на аукціоні договір купівлі-продажу нерухомого майна підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню». Суперечність тут очевидна: на аукціоні, згідно із встановленою процедурою (ст.64), договір укладається в усній формі, тож посвідчити його нотаріально неможливо. Звідси випливає, що принай-



мні у разі продажу нерухомого майна після аукціону необхідно укласти ще один договір, який посвідчити нотаріально (зі змістом, ідентичним договору, укладеному на аукціоні). Ч.2 ст.55 також вказує на те, що після аукціону має бути укладений договір.

Процедура укладення договору «після аукціону» визначається у ст.71. З іншого боку, положення ч.1 цієї статті вказують на те, що обов'язок оплати виникає вже після оголошення переможця.

Видається, що таке правове регулювання може тлумачитися по-різному: (1) вимога щодо укладення основного договору після аукціону поширюється лише на випадки продажу нерухомого майна; (2) вимога щодо укладення основного

договору після аукціону є загальною.

Мені, як одному з авторів проекту, дуже хотілося б, щоб при застосуванні Закону практика обрала перше тлумачення. Укладення основного договору безпосередньо на аукціоні має цілу низку переваг. Стадія укладення письмового нотаріально посвідченого договору є зайвою. Вона невиправдано ускладнює і здорожчує процедуру, а також створює «на рівному місці» зайві проблеми — вони виникають, коли одна із сторін ухиляється від підписання письмового договору. Також існування зайвої стадії породжує зайві спори щодо недійсності не лише договору, укладеного на аукціоні, а й самого аукціону, спори щодо його «анулювання», «скасування», «визнання недійсним» тощо.

Укладення усних договорів щодо нерухомого майна на аукціонах широко практикується у зарубіжних країнах із розвиненими правовими системами.

Укладення усних договорів щодо нерухомого майна на аукціонах широко практикується у зарубіжних країнах із розвиненими правовими системами. Зокрема, §156 Німецького цивільного уложення¹, присвячений укладенню договору на аукціоні, не передбачає укладення за результатами аукціону письмового, і тим більше нотаріально посвідченого, договору. Договір укладається безпосередньо на аукціоні. Такий самий підхід спостерігається і в США². Аналогічні приклади дає дослідження законодавства деяких пострадянських країн: зокрема, відповідно до ст.156 Кодексу Естонії про виконавче провадження, «право власності на нерухому річ виникає із внесенням запису до кріпосної книги на підставі акта про проведення аукціону».

Перелік подібних прикладів можна продовжувати, втім, сказаного, на наш погляд, досить, щоб переконатися у тому, що укладення за результатами аукціону ще одного договору в нотаріальній формі є зайвим — без цього можна цілком обійтися, зекономивши час та гроші зацікавлених осіб та позбувшись проблем, що виникають у зв'язку з «подвійним» укладенням

¹ <http://www.gesetze.juris.de/bgb/index.html>.

² *Оферта [учасника аукціону] вважається прийнятою, коли аукціоніст вдаряє молотком* (джерело: Clarkson K.W., Miller R.L., Jents G.A., Cross F.B. *Business law*. South-Western Pub, 2009, с.236).

договору. Цим, як видається, і потрібно керуватися при тлумаченні і застосуванні двозначних положень закону.

Ще однією важливою новелою законопроекту мало б стати запровадження дієвих та адекватних правил щодо відповідальності за порушення правил проведення аукціону. Найкращі правила щодо проведення аукціону ризикують залишитися на папері, якщо за їх порушення не передбачено адекватної відповідальності. Водночас, встановлюючи правові наслідки порушення порядку проведення аукціону, важливо зберегти баланс інтересів, не допустити невиправданих загроз для стійкості правового становища покупця (існування таких загроз неминуче вплине на ціну).

На жаль, і тут слід констатувати, що первісний задум авторів законопроекту був парламентом істотно спотворений.

Задум мав дві складові. Перша полягала у тому, щоб забезпечити майнову відповідальність того, хто, власне, організовує аукціон — організатора — за дотримання правил проведення аукціону, грубо кажучи, «б'ючи» його за порушення гривнею, зробивши усілякі махінації економічно невігідними. Ця частина задуму була реалізована — ст.56 передбачає сплату організатором аукціону законного штрафу особі, яка не змогла взяти участь або перемогти на аукціоні внаслідок порушення порядку його підготовки і проведення.

Такий підхід видається виправданим. Штраф буде виконувати і запобіжну, і компенсаційну функцію — адже потерпілій стороні зазвичай дуже важко доводити розмір збитків, заподіяних їй через порушення порядку проведення аукціону.

Втім, друга, не менш важлива частина задуму, залишилася лише у проекті. У авторів існувало велике бажання уникнути існуючих сьогодні спорів щодо дійсності/недійсності аукціону, протоколу про проведення аукціону, результатів аукціону і т.п., і «сперечатися» лише щодо дійсності або недійсності договору, укладеного на аукціоні. Водночас, в унісон із найбільш передовою судовою практикою пропонувалося позитивно передбачити, що порушення порядку проведення аукціону тягне не нікчемність, а лише оспорюваність укладеного договору, договір може бути визнаний недійсним лише у разі, коли порушення «перешкодило або могло перешкодити укладенню договору на умовах, найбільш вигідних для продавця», саме «за позо-

вом продавця». Проте, повторюся, так було передбачено лише у проекті.

Остаточний текст Закону містить кардинально інше правове регулювання. Згідно із ч.ч. 2 та 3 ст.55, результати аукціону анулюються «у разі відмови переможця від укладення договору купівлі-продажу чи підписання протоколу із зазначенням результатів аукціону» (ч.2), а «[р]езультати аукціону, проведеного з порушенням вимог закону, можуть бути визнані в судовому порядку недійсними», «[в]изнання результатів аукціону недійсними тягне за собою визнання недійсним укладеного з переможцем договору купівлі-продажу» (ч.3).

Дане положення, на мій погляд, є некоректним. Спробуємо проаналізувати, що відбувається на аукціоні, що таке «результати аукціону» і як вони співвідносяться із основним договором.

Видається, що торгівля на аукціоні являє переддоговірний процес переговорів, у якому оголошення про проведення аукціону є запрошенням робити оферти, а безпосередньо на аукціоні учасники звертаються до продавця з офертами, пропонуючи щоразу більшу ціну. Переговори закінчуються, коли досягнуто найвищої ціни. Цей факт фіксується шляхом оголошення переможця³, яке є одночасно акцептом — прийняттям оферти з найвищою ціною.

Така кваліфікація того, що відбувається на аукціоні, справедлива навіть у випадках, коли (якщо) Закон говорить про те, що основний договір укладається «за наслідками» чи «за результатами» аукціону. У момент оголошення переможця завжди зустрічається два волевиявлення — продавця та покупця. Очевидно, що вони породжують певні права і обов'язки для обох, а саме — обов'язок укласти основний договір. Таким чином, в момент оголошення переможця завжди укладається усний двосторонній правочин (договір), який за своєю природою є попереднім по відношенню до основного договору. Уже сама можливість проведення аукціону «з голосу», наприклад, щодо

нерухомого майна (передбачена Законом), означає, що цим самим спеціальні норми про аукціон встановлюють виняток із загального правила ч.1 ст.635 ЦКУ про необхідність укладення попереднього договору у тій самій формі, що і основний договір (у даному випадку — письмовій нотаріальній), адже процедура проведення аукціону «з голосу» означає, що і оферта, і акцепт на ньому формулюються в усній формі. Протокол за результатами проведення аукціону — не договір, а лише доказ його укладення. Сам же договір (попередній), повторимося, укладається в усній формі в момент оголошення переможця.

Виникає питання: навіщо потрібно встановлювати вимогу щодо укладення договору «за результатами» аукціону в письмовій формі під страхом його неукладеності або вимагати нотаріальне посвідчення, якщо на шляху до такого договору необхідним кроком все-рівно буде укладення усного договору? Відповідь на це питання дати важко. Викладене дозволяє зробити висновок, що у випадках, коли законодавство вимагає після аукціону укласти письмовий (а тим більше нотаріально посвідчений) договір (у т.ч. ст.50 Закону), застосовується не найкраще регулювання.

Якщо погодитися із викладеною вище кваліфікацією оголошення переможця («результатів аукціону») як акцепту, слід також вважати, що формулювання «анулювання результатів аукціону» (ч.2 ст.55) насправді приховує відмову від попереднього договору, а «визнання результатів аукціону недійсними» (ч.3 ст.55) — визнання такого договору недійсним. «Оскарження рішення про анулювання результатів аукціону» слід насправді розуміти як вимогу про визнання недійсним правочину із відмови від попереднього договору, укладеного на аукціоні, що є дуже дивним способом захисту (чому б не захищатися шляхом захисту прав, що випливають із основного договору?).

Видається, що положення абз.2 ч.3 ст.55 про визнання «результатів аукціону» недійсними не можна розглядати як такі, що вимагають *завжди* заявляти/розглядати окрему позовну вимогу про недійсність результатів аукціону, якщо позивача насправді цікавить укладений основний договір. У разі, якщо основний договір купівлі-продажу укладено, слід «сперечатися» саме про дійсність цього договору, і відсутність окремої вимоги щодо «результатів аукціону» не може цьому перешкодити.

³ Детальніше див. Мірошниченко А.М., Попов Ю.Ю. Укладення договорів на аукціоні: можливість усної форми та відмови від нотаріального посвідчення (зокрема, щодо нерухомості), недійсність, способи захисту прав учасників // Вісник Вищої ради юстиції. — 2012. — № 1(9). — С.154-164.

Як же впливає на дійсність основного договору порушення порядку проведення аукціону? Видається, що в разі такого порушення основний договір (чи то окремо, чи то спільно з «результатами аукціону») може бути визнаний недійсним лише з підстав, передбачених законом.

Укладення основного договору безпосередньо на аукціоні має цілу низку переваг. Стадія укладення письмового нотаріально посвідченого договору є зайвою.

Загальні умови дійсності правочину, недотримання яких тягне його недійсність, визначені ст.203 Цивільного кодексу України. На мій погляд, порушення порядку проведення чи підготовки аукціону слід розглядати як обставину, що може вплинути на відповідність волевиявлення сторони правочину (продавця) його внутрішній волі (ч.3 ст.203). Волевиявлення продавця, згідно із законом, на аукціоні спрямоване (має бути спрямоване) на продаж активу за найвищою ціною. Тому вбачається, що у разі, якщо порушення порядку проведення аукціону запобігло або могло запобігти укладенню договору за найви-

щою можливою ціною, умови дійсності такого договору не дотримані, і він може бути визнаний недійсним за позовом зацікавленої сторони.

У випадку, коли порушення вплинуло або могло вплинути на ціну продажу, договір повинен вважатися оспорюваним (а не нікчемним), а право вимагати визнання договору недійсним належить лише особам, права яких внаслідок визнання договору недійсним будуть справді поновленими — власнику активу та, у випадку із банкрутством, його кредиторам. Права осіб, які внаслідок порушення не змогли взяти участь в аукціоні, визнанням недійсним укладеного на ньому договору не поновлюються. Ці права мають бути захищені шляхом відшкодування збитків (що практично досить важко) або шляхом стягнення штрафу, передбаченого ст.56 Закону).

Водночас, видається, що і попередній договір («результати аукціону»), і основний договір повинні вважатися дійсними, якщо допущене порушення ніяк не вплинуло на зміст договору, зокрема, на ціну продажу. Наприклад, за умови, що всі бажаччі отримали змогу взяти участь в аукціоні, жодного значення не матиме порушення вимог ст.60 («Заява на участь в аукціоні»), яких, до речі, досить багато (стаття містить 7 частин). •

Члени Правничого клубу обговорили нову статтю Цивільного кодексу України

Анна Луканіна, помічник директора з юридичних питань

Перше осіннє засідання Правничого клубу Центр присвятив обговоренню на той час ще законопроекту №11029, а тепер вже Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання господарських зобов'язань». Після появи в Парламенті влітку 2012 року цей закон блискавично та успішно пройшов розгляд депутатами та вже восени був підписаний Президентом.

Шановне зібрання клубу зосередило свою увагу, власне, на одній із запропонованих законопроектом №11029 змін, а саме на новій статті 1057-1 Цивільного кодексу «Правові наслідки недійсності кредитного договору». Передумовою появи цієї законодавчої ініціативи стала окрема ситуація, в якій опинився один із іноземних банків в Україні. Внаслідок декількох судових рішень, винесених

усупереч усталеній практиці, банк втратив забезпечення за багатомільйонним кредитом. Тож, аби убезпечити себе на майбутнє, фінансові установи ініціювали внесення змін до законодавства, що, на їх думку, могли б посилити захист банків.

Внаслідок обговорення більшість членів клубу дійшли висновку, що запропонована стаття Цивільного кодексу не призведе до покращення становища кредиторів, не забезпечить їх захисту, більш того — погіршить їх становище у порівнянні з чинним законодавством з багатьох причин.



Внаслідок обговорення більшість членів клубу дійшли висновку, що запропонована стаття Цивільного кодексу не призведе до покращення становища кредиторів, не забезпечить їх захисту, більш того — погіршить їх становище у порівнянні з чинним законодавством з багатьох причин. По-перше, кредитор буде змушений очікувати добровільного виконання рішення суду, винесеного на його користь, протягом 30 днів замість того, аби одразу звертати рішення до виконання через виконавчу службу. По-друге, ч.1 ст.1057-1 проковує до застосування в багатьох випадках не вигідної для банків реституції (повернення сторін у первісний стан) як наслідку визнання кредитного договору недійсним. За реституції, позичальник поверне банку кредит, а банк змушений буде повернути позичальнику сплачені відсотки, що навряд чи можна вважати справедливим, адже позичальник користувався кредитними коштами на свою користь та, ймовірно, отримував прибуток. Тож, чому таке користування має залишитись неоплаченим? В чинному законодавстві існує інший, більш вигідний для кредитора механізм захисту, закріплений у ст.1212 ЦКУ (щодо безпідставного збагачення). Застосування цього механізму дозволить банку і повернути тіло кредиту, і залишити у себе відсотки за користування ним. Відтак, чи варто змушувати до обов'язкового застосування ст.216 ЦКУ, як це передбачено ч.1 запропонованої ст.1057-1? Мабуть, що ні.

На додачу, стаття наносить системну шкоду цілісності та логіці Цивільного кодексу, оскільки, з одного боку, визначає процедуру виконання рішення суду (що не є предметом Цивільного кодексу), а з іншого, створює враження, що до кредитних договорів вже не будуть застосовуватися загальні положення Цивільного кодексу щодо наслідків недій-

сності договорів, адже цією статтею для них передбачені якісь спеціальні наслідки.

Насправді, існує ціла низка більш нагальних проблем, перш за все, щодо фактичної можливості виконання судового рішення на користь кредитора. Це і необхідність отримання окремого судового рішення про звернення стягнення на заставлене майно, і продаж державним виконавцем майна боржника за заниженою ціною, і пошук майна боржника, на яке можна звернути стягнення, і можливість боржника позбутися майна за час, що проходить з моменту ухвалення судового рішення проти нього до моменту арешту майна.

Члени клубу погодились із тим, що негативні наслідки деяких із цих проблем могли б бути істотно зменшені шляхом запровадження інституту «законної застави»

Члени клубу погодились із тим, що негативні наслідки деяких із цих проблем могли б бути істотно зменшені шляхом запровадження інституту «законної застави»: у разі прийняття судом рішення про стягнення з боржника грошей автоматично виникає застава на все майно боржника, що забезпечує зобов'язання зі сплати боргу; якщо у судовому процесі про стягнення грошей був накладений арешт на майно відповідача, то такий арешт теж розглядається як застава. При цьому слід передбачити можливість стягувача (позивача) зареєструвати таку заставу у відповідних реєстрах задля одержання пріоритету.

З огляду на актуальність окреслених проблем, Центр надалі шукатиме шляхи запровадження інституту «законної застави» в правовому полі України. •

DOING BUSINESS 2013: ЧИ МАЄМО ЧИМ ПИШАТИСЯ ЦЬОГО РОКУ?

Ігор Ніколаєв, к. ю. н., юридичний радник Центру

“Вже 20 років всі говорять про потенціал України. Звичайно, чим більше часу буде витрачено на реалізацію цього потенціалу, тим вірогіднішою буде ситуація, за якої інвестори втраять інтерес до України. Думаю, що наступні пару років будуть для України вирішальними. Проводити реформи треба сьогодні. Мені видається, що, якщо цього не відбудеться у найближчі кілька років, світова спільнота та інвестори втраять оптимізм”
— **Андре Куусвек, голова представництва Європейського банку реконструкції та розвитку в Україні**¹

Деякі оприлюдненні протягом цього року рейтингові показники України викликали справжню ейфорію серед вітчизняних представників реформаторських кіл. Наперобій залунали поздоровлення з небувалим для нашої країни успіхом. Але ж, якщо не гаслами ретранслювати зміст цих “покращень”, а цифрами та фактами, то й приводу для радості поки що не вбачається.

Перший позитивний сигнал надійшов на початку осені від укладачів рейтингу конкурентоспроможності країн — Всесвітнього економічного форуму, в якому Україна посіла 73 місце, піднявшись за рік, що минув, на 9 позицій². Закріпило ж віру в успіх повідомлення про те, що Україна на 15 пунктів покращила свої показники за результатами дослідження Світового банку та Міжнародної фінансової корпорації “Doing Business — 2013” (“Ведення бізнесу — 2013”). Серед “плюсів” можна назвати, наприклад, переміщення на кращі позиції за такими критеріями

¹ *Крайній срок уже близок: Журнал «Форбс». — 2012. — № 11(21). — С. 28*

² *Рейтинг конкурентоспособности: Украина поднялась на девять позиций, обогнав Уругвай и Вьетнам <http://korespondent.net/business/economics/1391366-rejting-konkurentosposobnosti-ukraina-podnyalas-na-devyat-pozicij-obognav-urugvaj-i-vietnam>*



як “відкриття (реєстрація) бізнесу” — плюс 66 рейтингових пунктів (переміщення в рейтингу із 116-ї на 50-у позицію), “реєстрація власності” — плюс 19 рейтингових пунктів (переміщення в рейтингу із 168-ї на 149-у позицію), “оподаткування” — плюс 18 рейтингових пунктів (переміщення в рейтингу із 183-ї на 165-у позицію). Натомість, за показником “захист інвесторів” маємо погіршення на 3 рейтингових пункти³.

І хоча, загалом Україну відзначили у цьогорічному звіті “Doing Business — 2013” серед країн із суттєвим покращенням, приводів для того, аби скласти зброю, немає. Так, за рівнем ВВП за рік на душу населення Україна посідає ганебне 113-є місце в світі з 6700 доларами США. В той час як, наприклад, Ліхтенштейн, який посідає 2-є місце в світі, забезпечує ВВП на душу населення за рік на рівні 134000 доларів США. У рейтингу фінансового розвитку, який склав

³ *Доклад «Ведение бизнеса 2013: Разумный подход к регулированию деятельности малых и средних предприятий» <http://russian.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2013>*

Всесвітній економічний форум, Україна опустилася на п'ять позицій, посівши 59-е місце серед 62-х країн-учасниць цього рейтингу. При цьому, перші шість країн в новому рейтингу Всесвітнього економічного форуму залишилися незмінними — це Гонконг, США, Великобританія, Сінгапур, Австралія та Канада⁴.

Цифри говорять самі за себе. Тому Україні є ще над чим попрацювати. І покращувати рівень економіки та життя в країні треба не на пункти, а в рази!

Так, наприклад, Європейський банк реконструкції та розвитку⁵, ухвалюючи стратегію діяльності в Україні на 2011-2014 роки, відзначив, що рівень інвестицій в Україну значною мірою залежатиме від просування реформ в усіх основних галузях, в той час як зменшення темпів реформ та погіршення інвестиційного клімату неминуче призведуть до зменшення об'єму інвестицій Банку в державний та приватний сектори економіки⁶. За даними Державної служби статистики, приріст прямих іноземних інвестицій в Україну за три квартали 2012 року впав на третину та ледь дотягнув \$2,6 млрд., що на 29,4% менше, ніж за аналогічний період минулого року. Якщо ж порівняти третій квартал 2012 року із третім кварталом 2011 року, то приріст прямих іноземних інвестицій за вказаний період поточного року становить \$240 млн., що у 5-ть (!) разів менше минулорічного показника⁷. Про стан надходження прямих іноземних інвестицій в Україну цифри також дуже красномовні.

Постає питання: як оцінити всі ці сухі цифри — вважати це за привід для відчаю та зневіри у спроможність власної країни та національної економіки або сприймати це як слушну нагоду мобілізуватися та зробити крок вперед у розви-

тку інвестиційного потенціалу України?

Відповідь на це питання почнемо словами Делегата німецької економіки в Україні⁸ Олександра Маркуса, який зазначив, що інвестиційний клімат України не такий вже поганий, як подекуди видається на перший погляд, тут знаходиться багато німецьких компаній, які успішно працюють в країні. З одного боку, інвесторам тут не легко вести бізнес, однак, з іншого боку, саме тому багато ринкових ніш залишаються вільними. Україна пропонує можливості, які не знайти у багатьох її сусідів — це велика країна з неймовірними сільськогосподарськими умовами та потенціалом, із потужними галузями важкої промисловості на Сході, і майже невідомими туристичними перлинами на Заході країни. Для суттєвого ж покращення інвестиційної привабливості Україні потрібна лише сильна політична воля на самій верхівці владної вертикалі. Якщо українська влада дійсно цього захоче, то зможе забезпечити серйозний прогрес в будь-якій категорії рейтингів, якими оцінюється інвестиційний клімат⁹.

**Україні є ще над чим попрацювати.
І покращувати рівень економіки та життя
в країні треба не на пункти, а в рази!**

Відтак, для забезпечення позитивної динаміки формування вітчизняного ринку на засадах доброзичливості до інвестора та гарантування його прав, а також забезпечення сталого розвитку національної економіки, реформи мають перейти зі сфери декларацій про наміри та складання планів, до здійснення конкретних, комплексних, системних та рішучих дій¹⁰. •

⁴ Україна опустилась до уровня Танзании в рейтинге финансового развития <http://korrespondent.net/business/financial/1416916/print>

⁵ Банк, який є найбільшим фінансовим інвестором в Україні та уже взяв на себе зобов'язання щодо надання фінансування Україні на суму більше 6 млрд. євро (8,3 млрд. долл. США) в межах 264 проектів, має намір сконцентрувати свої зусилля на вирішенні проблем перехідного після-кризового періоду в економіці із врахуванням програми реформ Уряду України та у тісній співпраці з іншими міжнародними фінансовими організаціями та донорами.

⁶ ЕБРР намерен инвестировать в Украину более шести миллиардов евро <http://korrespondent.net/business/financial/1207797-ebrr-nameren-investirovat-v-ukrainu-bolee-shesti-milliardov-evro>

⁷ Прирост иностранных инвестиций в Украину сократился в разы <http://finance.liga.net/economics/2012/11/14/news/30764.htm>

⁸ Бюро Делегата німецької економіки в Україні є представництвом Асоціації торгово-промислових палат Німеччини і представляє в Україні інтереси німецьких підприємців.

⁹ Делегат Німецької економіки: Для существенного повышения инвестпривлекательности Украины нужна политическая воля http://news.zn.ua/ECONOMICS/delegat_nemetskoj_ekonomiki_investitsionny_klimat_v_ukraine_netak_ploh_no_dlya_suschestvennogo_po-112129.html?print

¹⁰ В попередніх номерах Вісника Центру комерційного права вже наводилися рекомендації експертів, які містять конкретні рекомендації для Уряду та Верховної Ради України, запровадження яких, дозволить нашій країні суттєво просунутися уперед. Див., наприклад, Юргелевич С. Ініціативи Центру комерційного права у світлі дослідження Світового банку "Ведення бізнесу": Вісник ЦКП, — № 37, 2012, С.2-6 <http://commercialaw.com.ua/attachments/article/226/Visnyk-2012-37.pdf>

ВІСНИК

Центру комерційного права

Редакційна рада:

Валентина Данішевська, Ірина Іноземцева,
Юрій Воцинар, Юрій Попов, Анна Луканіна



Адреса:

вул. Круглоуніверситетська, 13, м. Київ, 01024,
тел.: (044) 490-65-75, факс: (044) 490-65-74
E-mail: clc@clc.com.ua,
web-site: www.commerciallaw.com.ua

Вже майже п'ятдесят років американський народ надає економічну та гуманітарну допомогу різним країнам світу через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID). В Україні підтримка з боку USAID зосереджена на трьох напрямках: охорона здоров'я та соціальні перетворення, економічне зростання, а також демократія та належне врядування. Починаючи з 1992 року, USAID надав Україні технічної та гуманітарної допомоги на суму 1,7 млрд. доларів. За додатковою інформацією про програми USAID в Україні можна звертатися до відділу зв'язків з громадськістю USAID за телефоном: +38 (044) 492-7101 або завітати до веб-сайту: <http://ukraine.usaid.gov>

The American people, through the U.S. Agency for International Development (USAID), have provided assistance worldwide for nearly 50 years. In Ukraine, USAID's assistance focuses on three areas: Health and Social Transition, Economic Growth and Democracy and Governance. Since 1992, USAID has provided \$1.7 billion in technical and humanitarian assistance to Ukraine. For additional information about USAID programs in Ukraine, please call USAID's Development Outreach and Communications Office at: +38 (044) 492-7101 or visit: <http://ukraine.usaid.gov>

Table of contents №39-40 '2012

On the way to the Lawful State

The Role of Regulatory Impact Assessment in Improving Regulatory Framework

Information on the round table co-hosted by the Commercial Law Center and the State Service for Regulatory Policy and Entrepreneurship Development . . . 2

Impact Assessment and Regulatory Quality in Central and Eastern European Countries

Katarina Staronova, Institute of Public Policy, Faculty of Social and Economic Sciences, Comenius University, Slovakia. 5

Consumer Bankruptcy: model for Ukraine

Lidiya Verkhovodova, PhD., Vice-President of the Center for Economic Development 6

Polish Experience of Regulating Consumer Bankruptcy

Bartozs Groele, Vice-President of the Management Board of Allerhand Institute, Poland 9

Discussion of the Draft Law "On Limited and Additional Liability Companies" is Underway

Information on discussion of the CLC draft law organized during the VI Annual Forum on Corporate Law, co-hosted by the Ukrainian Bar Association and CLC with financial support of USAID 11

Our seminars

Bankruptcy Law Reform: expected results

Information on the seminar for commercial court judges, co-organized by the CLC and National School of Judges 16

Procedure for Selling Property in Bankruptcy Procedure

Anatoliy Miroshnichenko, PhD, Professor, Head of the Land and Agricultural Law Department at Kyiv National Taras Shevchenko University 17

Our Legal Club

Legal Club Members Discussed a New Article of the Civil Code of Ukraine

Anna Lukamina, Legal Assistant to Director 20

Аналітика

Doing Business 2013: is there anything to be proud of?

Igor Nikolaev, PhD, CLC Legal Adviser 22

**Видання здійснено за підтримки американського народу через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID).
За зміст цього Вісника відповідальність несе виключно Центр комерційного права;
видання не обов'язково відображає погляди USAID або Уряду США.**