



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ



ВІСНИК

Центру комерційного права

Центр продовжує просвітницьку роботу та проводить семінари з питань банкрутства для суддів та арбітражних керуючих



Зміст № 45 '2014

На шляху до правової держави

Правочини із заінтересованістю

Анатолій Єфименко, експерт

з корпоративного права 2

Аналітика

Реформа законодавства про

корпоративні фінанси: здобутки і помилки

Леонід Антоненко, LL.M, радник юридичної фірми Sayenko Kharenko 6

Наші семінари

Семінари з питань банкрутства для суддів та арбітражних керуючих 11

Окремі проблемні питання, які виникають у зв'язку з відсутністю джерел для покриття витрат на оплату винагороди арбітражному керуючому

Ігор Ніколаєв, к.ю.н.,

юридичний радник Центру 11

Центр комерційного права вже не перший рік опікується реформами в сфері корпоративного законодавства. Експерти Центру долучились до розробки нових актів законодавства та підготовки численних змін до законів і кодексів, роз'яснень і рекомендацій для учасників ринку та державних органів. Останнім часом Центр активно співпрацює з Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, комітетами Верховної Ради України й іншими зацікавленими сторонами. Метою цієї співпраці є наближення вітчизняного регулювання корпоративних відносин до світових стандартів.

Мабуть, найбільша реформа у цій галузі, що очікує на Україну з часів ухвалення Закону України «Про акціонерні товариства», відбудеться з ухваленням нового закону про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю. Як і в будь-якій ґрунтовній реформі, досягнення консенсусу щодо регулювання діяльності таких товариств відбувається повільно й важко. Так, вже третій рік триває робота над законопроектом «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». В цьому випуску пропонуємо Вашій увазі дві статті експертів у сфері корпоративного права, що розмірковують над моделями регулювання та надають свої пропозиції до зазначеної реформи.

ПРАВОЧИНИ ІЗ ЗАІНТЕРЕСОВАНІСТЮ

Анатолій Єфименко,
експерт з корпоративного права

Поняття правочину із заінтересованістю з'явилося в українському законодавстві лише із прийняттям у 2008 році Закону України «Про акціонерні товариства». До цього часу в законодавстві мали місце лише окремі спроби усунути найочевидніші випадки, пов'язані з конфліктом інтересів. Однак ці спроби не мали ані системного характеру, ані належного інструментарію і часто-густо зводилися до нічим не підкріплених заборон, які просто ігнорувалися учасниками цивільних правовідносин. Складалося враження, що законодавець тривалий час наполегливо і послідовно ухилявся від регулювання проблеми конфлікту інтересів, тоді як набирив обертів процес перерозподілу майна (концентрації власності), одним з головних інструментів якого і стали правочини з пов'язаними особами.

Процеси укладення господарськими товариствами угод (як правило, на невідгідних умовах) з особами, що пов'язані з окремими учасниками або менеджерами цих товариств, стали буденною практикою та підкріплювалися поширенням у суспільній думці ідей щодо необмеженої свободи для контролюючих акціонерів (так званих «власників», які вправі зробити з контрольованим підприємством будь-що) та «надприродних» «підприємницьких талантів» спритних менеджерів, які на виведені з товариств кошти збільшували свої частки в капіталі керованих товариств до майже повного витіснення міноритарних акціонерів.

Потужними стимулами для поширення в Україні зі швидкістю лісової пожежі правочинів із заінтересованістю стали:



- «оптимізація» бази оподаткування через виведення прибутків до компаній-нерезидентів (офшорних компаній) або підприємств, що мають податкові пільги;
- ухилення від обов'язку справедливого розподілу прибутків (виплати дивідендів) між усіма учасниками (акціонерами) товариства відповідно до розмірів їхніх часток шляхом вилучення прибутків на користь пов'язаних структур;
- ухилення від виконання взятих на себе зобов'язань через вилучення активів на користь пов'язаних структур із тим, щоб убезпечити їх від арешту кредиторами товариства.

На жаль, захоплення «великими можливостями», що відкриваються перед необтяженими сум-

лінням учасниками господарського обороту через використання правочинів із заінтересованістю, призводить до величезних втрат у масштабах країни. Йдеться не лише про неотримання українською державою податкових надходжень і спотворення податкової системи (яка орієнтована не на результати діяльності (прибутки, які легко вилучити), а на транзакції (які складно приховувати)). Можливість порушення прав кредиторів через виведення боржником активів створює атмосферу недовіри між учасниками господарського обороту, підвищує ризики кредитування і, відповідно, вартість кредитних коштів до неприйняттого рівня. Крім того, це створює атмосферу недовіри між учасниками корпоративних відносин (акціонерами, менеджерами), ніхто з яких не може почуватися захищеним від втрати інвестиції чи притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від оподаткування. Все це пригнічує підприємницьку активність, блокує залучення інвестицій, призводить до криміналізації відносин усередині господарських товариств.

Те, що багатьма українськими "бізнесменами", можновладцями, та можновладцями-бізнесменами розглядається як важливий елемент особливої національної бізнес-культури, необхідний інструмент бізнесу "по-українськи", в розвинених країнах вважають цінною експропріацією (крадіжкою). Втім спроби боротися з правочинами із заінтересованістю (related party transactions), які робилися в розвинених країнах, ведуть свою історію з другої половини XIX сторіччя, коли в законодавстві з'явилися жорсткі заборони на придбання чи продаж майна товариством своїм засновникам (учасникам). Але іноземні законодавці доволі швидко змінили свої підходи, оскільки жорстка заборона корпораціям укладати правочини зі своїми учасниками (зловживання менеджерів не були поширені) довела свою неефективність. Це було пов'язано зі складністю виявлення порушення такої заборони (як правило, такі порушення виявлялися випадково, після спливу тривалого строку), великими спокусами для менеджерів та учасників порушити заборону у сподіванні, що таке порушення не буде викрите, і, як не дивно, практичними міркуваннями, коли при виникненні певних складнощів (дефіцит ліквідності) учасникам простіше, швидше та дешевше підтримати свою компанію, уклавши правочини уже на вигідних для компанії умовах.

Продуктивнішим виявився підхід до виявлення (розкриття інформації) правочинів із заінтер-

есованістю та забезпечення того, щоб правочини з пов'язаними особами здійснювалися на справедливих (ринкових) умовах, а у випадку порушення цих вимог компанія отримувала можливість компенсувати завдані порушником збитки.

На перший погляд, механізм, встановлений статтями 71 та 72 Закону України "Про акціонерні товариства", цілком узгоджується з підходами до регулювання правочинів із заінтересованістю, виробленими практикою іноземних країн. Однак, на відміну від розвинених держав, у яких сформувалася та вдосконалюється судова практика з розгляду відповідних спорів, в Україні така судова практика фактично відсутня. Дуже небагато акціонерних товариств формально звітують про дотримання вимог щодо процедури ухвалення правочину із заінтересованістю, тоді як про судові позови щодо відшкодування шкоди, завданої такими правочинами, нам не доводилося чути. Складається враження, що головне призначення статей 71 та 72 Закону України "Про акціонерні товариства" — це заповнення певної клітинки у звіті міжнародних організацій, таких як Світовий банк, щодо покращення захисту прав інвесторів. Насправді дуже схоже на те, що механізм, встановлений цими статтями, не призначався для використання, а його неефективність має кілька ступенів захисту.

Таким чином, для того щоб виявити правочини із пов'язаними особами, потрібно визначити коло цих осіб. У розвинених країнах та в компаніях, що приділяють належну увагу практиці корпоративного управління, всі посадові особи зобов'язані подавати переліки своїх афілійованих осіб (родичів, компаній, у капіталі яких є істотна частка посадової особи чи її родичів, або компаній, у яких посадова особа чи її родичі обіймають ключові посади), складається також перелік афілійованих осіб самої компанії (великі акціонери, дочірні та залежні товариства, посадові особи компанії). Закон "Про акціонерні товариства" вимагає лише складання переліку афілійованих осіб товариства (п. 15 ч. 1 ст. 77), до того ж акціонерам відмовлено у вільному доступі до цього переліку (ч. 1 ст. 78). Слід також зазначити, що законодавством не передбачено санкцій за порушення обов'язку складати перелік афілійованих осіб товариства. Не передбачено також санкцій за порушення посадовою особою задекларованого обов'язку повідомити виконавчий орган товариства про виникнення у посадової особи заінтересованості (конфлікту інтересів). Слід також згадати про те, що коли стороною правочину

виступає офшорна компанія, то у зв'язку з тим, що багато офшорних юрисдикцій відмовляються надавати відомості про бенефіціарів, зв'язок між посадовою особою (великим акціонером) та офшорною компанією в українському суді просто неможливо довести. У розвинених країнах у подібних випадках суд готовий врахувати непрямі докази наявності такого зв'язку (особу, що виступає від імені офшорної компанії, адресу реєстрації, оформлення довіреності, аналіз укладених протягом певного часу правочинів тощо), але українські суди воліють спиратися лише на офіційні документи (виписки з реєстрів), які державні органи офшорних юрисдикцій з відомих причин відмовляються надавати.

Отже, відповідно до процедури, встановленої статтею 71 Закону "Про акціонерні товариства", після виявлення посадовою особою товариства факту виникнення в неї заінтересованості, оскільки вона є пов'язаною з особою, яка виступає іншою стороною правочину, що укладається з товариством, вона протягом трьох днів зобов'язана повідомити про це товариство (очевидно, виконавчий орган). Виконавчий орган, у свою чергу, зобов'язаний проінформувати про такий правочин наглядову раду, яка і розглядає питання доцільності надання згоди на укладення правочину на запропонованих умовах. При цьому, якщо заінтересованою особою виявиться член наглядової ради, він не може брати участі в голосуванні щодо цього питання. Втім залишається відкритим питання, чи може заінтересована особа бути присутньою на засіданні наглядової ради, що, з одного боку, надаватиме можливість членам наглядової ради безпосередньо поставити запитання та отримати інформацію про правочин, а з іншого, присутність заінтересованої особи під час обговорення та голосування з питання щодо укладення правочину із заінтересованістю може використовуватися нею для здійснення морального тиску на інших членів наглядової ради.

Якщо більшість членів наглядової ради є заінтересованими особами, або наглядову раду не було створено, або наглядова рада не спромоглася прийняти рішення щодо правочину, питання має виноситися на розгляд загальних зборів акціонерів (абз. 8 ч. 2 ст. 71). Проблема полягає в тому, що попри наявність очевидного конфлікту інтересів та чітку норму частини 4 статті 98 Цивільного кодексу, яка передбачає, що "учасник товариства не має права голосу при вирішенні загальними зборами товариства питань щодо вчинення з ним правочину та щодо спору між ним і товариством", вважається, що

контролюючий акціонер не може бути позбавлений права голосу (абз. 2 ч. 2 ст. 42). Такий підхід суперечить як іноземному досвіду, так і логіці регулювання конфлікту інтересів, оскільки в переважній більшості випадків зловживання здійснюються саме в інтересах великого/контролюючого акціонера, який має змогу призначити лояльний до себе менеджмент і обрати більшість членів наглядової ради. Відповідно до Закону України "Про акціонерні товариства", контролюючий акціонер тепер має можливість цілком законно примусити товариство укласти з ним правочин на найгірших для товариства умовах та одночасно забезпечити лояльний до себе менеджмент та наглядову раду від будь-яких звинувачень, оскільки рішення про укладення правочину буде прийняте більшістю голосів на загальних зборах акціонерів. Така абсолютно неприйнятна для розвинених країн ситуація пояснюється начебто тим, що позбавлений права голосу контролюючий акціонер стане жертвою шантажистів-міноритаріїв, які намагатимуться відплатити йому за всі минулі й майбутні образи. Насправді іноземний законодавець виходить з думки про те, що міноритарні акціонери аж ніяк не зацікавлені завдавати шкоди товариству, позбавляючи його можливості укласти вигідний правочин, а позбавлення заінтересованої особи — контролюючого акціонера права голосу на загальних зборах при вирішенні питання про укладення правочину із заінтересованістю є потужним інструментом, спрямованим проти зловживання контролем. Контролюючий акціонер, розуміючи, що рішення щодо правочину прийматимуть міноритарні акціонери, буде змушений так сформулювати умови правочину, щоб переконати міноритарних акціонерів у вигідності (принаймні беззбитковості) його укладення. На превеликий жаль, українські великі акціонери, очевидно, сумніваються у своїй спроможності "відмити чорного собаку" і надати переконливі пояснення міноритарним акціонерам щодо справедливості умов правочинів, що укладаються контрольованими ними акціонерними товариствами з пов'язаними з ними особами. Існування в законі подібної лазівки суттєво підриває його авторитет та знищує в інвесторів стимули вкладати кошти в українські акціонерні товариства і вже створило негативний імідж представникам великого українського капіталу.

Ще гіршою є ситуація з визначенням особи, яка може задіяти відповідний механізм боротьби з порушенням вимог статей 71 та 72 Закону. Як відомо, офіційним представником товариства перед третіми особами є голова виконавчого органу,

отже, він і має звертатися до суду з позовом до порушника. Однак зловживання, пов'язані з укладенням правочинів із заінтересованістю, як правило, спрямовані проти інтересів міноритарних акціонерів (якщо правочин укладався в інтересах контролюючого акціонера) або всіх акціонерів (коли до зловживань вдалися члени виконавчого органу). Складається ситуація, коли менеджери повинні звертатися до суду з позовом до них самих, що є маловірогідним, якщо в товаристві не змінився склад менеджерів та/або особа контролюючого акціонера. Не є секретом те, що в розвинених країнах цю проблему законодавець вирішує шляхом створення інституту похідного позову, коли в інтересах товариства до суду з позовом до посадових осіб товариства може звернутися будь-хто з його акціонерів. Перша редакція статті 72 Закону України "Про акціонерні товариства" містила лише натяк на надання такої можливості акціонерам, однак невдовзі після прийняття Закону до нього було внесено зміни, якими будь-які згадки про таку можливість було вилучено.

Отже, нескладно зробити висновок, що попри удавану схожість з інститутами, які міцно увійшли у практику розвинених країн та справляють надзвичайно важливий вплив на формування мотивації учасників корпоративних відносин та розвиток законодавства і судової практики, норми ст. 71 та 72 Закону України "Про акціонерні товариства" є "мертвонародженими", адже фактично повністю позбавлені будь-яких шансів на застосування. І така ситуація не тільки унеможлиблює інвестування в українські акціонерні товариства, оскільки існують неприйнятно високі ризики вилучення (експропріації) інвестицій, але і створює нездорову атмосферу у відносинах між контролюючими акціонерами та менеджерами, тому що, займаючись виведенням активів в інтересах контролюючих акціонерів і приховуючи правочини із заінтересованістю, менеджери вважають цілком прийнятним "отримати свою частину пирогу", уклавши правочини на користь пов'язаних із ними

осіб. Тобто якщо менеджмент обкрадає дрібних акціонерів в інтересах контролюючого акціонера, використання ним відлагодженої схеми експропріації у власних інтересах є лише питанням часу. За таких умов майже неможливо мотивувати менеджерів щоб вони працювали із повною віддачею, тим більше не слід очікувати ініціативи та ентузіазму від простих робітників, оскільки всі сторони корпоративних відносин (акціонери, менеджери, працівники) розуміють, що справедливого розподілу результатів праці одних та інвестицій інших не буде. Отже, стрімко зникають шанси, що існуючі українські акціонерні товариства зможуть зламати

пізньофеодальну модель виробничих відносин (мануфактури) та стати високотехнологічними підприємствами, які зможуть конкурувати з європейськими чи американськими компаніями.

Сьогодні боротьба за виживання українських підприємств та, відповідно, української економіки проходить у Верховній Раді через протистояння між двома законопроектами, присвяченими регулюванню діяльності товариств з обмеженою відповідальністю. Проект Закону №2011 продовжує давню українську традицію цілковитого ігнорування проблеми правочинів із заінтересованістю, відстоюючи "повну та необмежену свободу експропріації", тоді як в альтернативному законопроекті №2011-1 (розробле-

ного за підтримки Центру комерційного права) зроблено спробу належним чином врегулювати правочини із заінтересованістю в самому тексті закону та внести необхідні зміни до інших законодавчих актів, з тим щоб забезпечити належне функціонування таких механізмів, як обов'язок посадових осіб товариства надавати інформацію про своїх афілійованих осіб, необмежений доступ учасників товариств з обмеженою відповідальністю до документів товариства, право учасників товариств з обмеженою відповідальністю на похідний позов. Втім українські депутати вже три роки не можуть визначитися який законопроект їм підтримувати. •

За таких умов майже неможливо мотивувати менеджерів щоб вони працювали із повною віддачею, тим більше не слід очікувати ініціативи та ентузіазму від простих робітників, оскільки всі сторони корпоративних відносин (акціонери, менеджери, працівники) розуміють, що справедливого розподілу результатів праці одних та інвестицій інших не буде

Реформа законодавства про корпоративні фінанси: здобутки і помилки

Леонід Антоненко, LL. M.
Радник Юридичної фірми Sayenko Kharenko

До цього часу в українському корпоративному праві зберігаються запозичені колись у Росії архаїчні заборони на залучення компаніями капіталу в певних випадках і у певний спосіб. Акціонерні товариства не можуть збільшувати акціонерний капітал “для покриття збитків”¹. У грудні 2011 року цю заборону підкоректували посыланням на виключення, передбачені законом². Мається на увазі закон про банкрутство, нова редакція якого передбачає можливість обміну нових акцій на боргові зобов’язання неплатоспроможної компанії³. Але як загальна концепція заборона залишається. Так само залишається заборона на формування капіталу товариства з обмеженою відповідальністю шляхом зарахування грошових вимог товариства до учасника про здійснення внеску⁴. Обидві заборони давно прибрані з законодавства Російської Федерації⁵, але продовжують існувати в Україні.

Необхідність у залученні додаткового капіталу виникає не лише тоді, коли справи в компанії ідуть добре і компанія потребує додаткових коштів для подальшого розвитку. Коли справи йдуть погано, компанії також шукають гроші, аби залишитися на плаву. Для цього зовсім не обов’язково оголошувати про власне банкрутство. Як раз навпаки, акціонери часто шукають інвесторів, аби запобігти



банкрутству компанії. Списання боргів в обмін на капітал або залучення капіталу для фінансування боргів в умовах збитковості діяльності компанії — це класичні інструменти корпоративних фінансів. Однак за логікою українського закону залучати ці інструменти можна вибірково. В акціонерних товариствах — лише на стадії санації компанії, яка оголосила про своє банкрутство. В товариствах з обмеженою відповідальністю заборона стосується залучення додаткового капіталу, якщо фінансування надається шляхом списання боргів товариства.

Усі ці заборони досить безглузді, і тому не дивно, що на практиці на них багато уваги не звертають або навчилися їх обходити. Але реальні незручності з’являються, коли акціонери починають домовлятися з інвестором про параметри його входження до капіталу компанії, яка колись була успішною, а нині коштує менше, ніж навіть номінальний розмір її статутного капіталу. Виникає потреба в розміщенні акцій або часток з дисконтом до їх номінальної вартості.

Проілюструємо цю ситуацію на прикладі. Отже, статутний капітал компанії дорівнює 10 мільйонам

¹ Частина п’ята статті 15 Закону України “Про акціонерні товариства”.

² Підпункт 12 пункту 7 Прикінцевих та перехідних положень Закону України “Про внесення змін до Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” від 22.12.2011 року № 4212-VI.

³ Стаття 32 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”.

⁴ Частина друга статті 144 Цивільного кодексу України.

⁵ Федеральний закон РФ “Про внесення змін до окремих законодавчих актів Російської Федерації щодо перегляду обмежень для господарських товариств при формуванні статутного капіталу, перегляду способів захисту прав кредиторів при зменшенні статутного капіталу, зміни вимог до господарських товариств у випадку невідповідності статутного капіталу вартості чистих активів, перегляду обмежень, пов’язаних зі здійсненням господарськими товариствами емісії облігацій” від 27.12.2009 року № 352-ФЗ.

гривень. Акціонери шукають гроші для виведення компанії з кризи. 5 мільйонів гривень дали б компанії новий шанс. Акціонери знаходять партнера, який готовий вкласти в компанію цю суму, за умови, однак, що він отримує половину голосів. Якщо компанія збільшить статутний капітал на 5 мільйонів гривень і отримає від нового учасника внесок на цю саму суму, то новий розмір статутного капіталу дорівнюватиме 15 мільйонам, а частка нового учасника надасть йому лише одну третину голосів. Таким чином, умови залучення інвестиції не виконуються. Якщо ж компанія збільшить статутний капітал на 10 мільйонів гривень і вважатиме, що він буде повністю сплачений при сплаті новим учасником лише половини цієї суми (розміщення з дисконтом), отримуємо рішення.

Але чи не суперечить це рішення закону? На жаль, в українському правовому полі існують дві зовсім різні відповіді на це просте запитання залежно від того, в якій організаційно-правовій формі створено компанію.

Акціонерні товариства не можуть розміщувати нові акції нижче за їх номінальну вартість⁶. Закон також вимагає проведення ринкової оцінки майна, яке обмінюється на акції.⁷ Це означає повну і ефективну заборону на розміщення капіталу з дисконтом в акціонерних товариствах і можливість залучення нового капіталу із премією.

Закон “Про господарські товариства” встановлює зовсім інші правила для товариств з обмеженою відповідальністю. Існують три важливі відмінності.

1. Гроші обмінюються на частки лише за номіналом. Закон навіть не намагається врегулювати питання встановлення співвідношення між розміром частки і розміром вкладу. Тому на практиці вважається, що нові гроші конвертуються у частку в капіталі компанії лише за номінальною вартістю, а отже, ані дисконти, ані премії не дозволяються.
2. Майно обмінюється на частки за домовленістю сторін. Закон не вимагає обов'язкової професійної оцінки майнових вкладів. Відсутність цієї вимоги надає учасникам гнучкості, якої не мають акціонери в акціонерних товариствах. Наприклад, якщо сторони домовились оцінити майно за завищеною порівняно з ринковою вартістю, корпо-

ративні права “розміщуються” з дисконтом, якщо про занижену — із премією.

3. Існують два зовсім інших правових режими для залучення капіталу від існуючих учасників і від нових учасників товариства. Додаткові внески існуючих учасників взагалі не впливають на розмір їхніх часток у статутному капіталі, вказаний в установчих документах товариства, якщо інше не передбачене статутом товариства⁸. Внески нових учасників здійснюються за правилами, описаними в пп. 1–2 вище. В акціонерних товариствах існують єдині правила залучення нового капіталу, але існуючі акціонери користуються переважним правом на придбання нових акцій. Щоправда, це робить залучення інвестиції від заздалегідь визначеного інвестора досить складним завданням.

Розбалансованість норм законів, які по-різному регулюють підвалини корпоративних фінансів залежно від організаційно-правової форми компанії, є предметом гострої критики з боку експертів⁹. Тому у цій публікації ми розглянемо:

1. як пропонується вирішувати проблеми залучення додаткового капіталу у двох зареєстрованих у парламенті законопроектах про товариства з обмеженою відповідальністю (законопроект № 2011 Воропаєва — Кальцева і альтернативний проект № 2011–1 Ляпіної — Горіної) і
2. в якій мірі запропоновані рішення можуть бути уніфіковані із законодавством про акціонерні товариства.

Існуючі учасники versus нові інвестори. Дисконти і премії

Обидва законопроекти доречно визнали неадекватним запропоноване у 2011 році рішення законсервувати співвідношення часток учасників, яке повинне залишатися незмінним незалежно від внесення учасниками додаткових вкладів.

Ухвалені у 2011 році зміни до закону були простим, але тимчасовим рішенням. Воно дозволяє учасникам інвестувати в компанію додатковий капітал, не змінюючи їхніх первинних домовленостей про вплив кожного учасника на прийняття

⁸ Частина друга статті 51 Закону “Про господарські товариства”.

⁹ Усі без виключення учасники опитування, проведеного з цього приводу Комітетом з корпоративного права Асоціації правників України, підтримали уніфікацію цих правил. Див. звіт про результати опитування за посиланням: <http://www.uba.ua/ukr/news/3193/>.

⁶ Частина друга статті 22 Закону України “Про акціонерні товариства”.

⁷ Частина 3 статті 23 Закону України “Про акціонерні товариства”.

рішень. Цей підхід є реакцією на проблеми, які виникали через неможливість встановити прийнятне для її учасників співвідношення між розміром нового вкладу і розміром частки у статутному капіталі компанії. Отже, замість гнучкості регулювання — консервація статус-кво. Ось які недоліки має це рішення.

- По-перше, норми закону, що регулюють порядок виплати дивідендів і виплати майна у разі виходу учасника з компанії або її ліквідації, у 2011 змінені не були. Ці норми досі ґрунтуються на принципі пропорційності, і тому вони створюватимуть нові проблеми на майбутнє. Якщо один з учасників інвестував у компанію після 6 червня 2011 року¹⁰ значно більше коштів, ніж інші учасники, цілком справедливим буде його очікування на збільшення питомої ваги його прав порівняно з іншими учасниками на отримання дивідендів, отримання майна після його виходу з компанії або у зв'язку з її ліквідацією. Коли це очікування не виправдається, отримуємо підґрунтя для нових конфліктів.
- По-друге, мажоритарний учасник має право змінити статут, і закон дозволяє передбачити у статуті інший порядок визначення розміру часток у зв'язку із внесенням додаткових внесків учасників. Це є прямим шляхом до корпоративного конфлікту.

Отже, ми вітаємо рішення авторів обох законопроектів дозволити учасникам самостійно визначити вплив нового капіталу на розмір частки у статутному капіталі компанії. Обидва законопроекти дозволяють встановлювати співвідношення розміру нового капіталу до розміру частки у статутному капіталі, а це значить, що законопроекти дозволяють товариствам з обмеженою відповідальністю використовувати такі важливі інструменти корпоративних фінансів, як дисконт і премія.

На жаль, законопроект №2011 схиляється в іншу крайність і обмежує сферу застосування дисконтів і премій лише існуючими учасниками і лише процесом розподілу додаткового капіталу між усіма учасниками. Заздалегідь визначений інвестор (або окремий з існуючих учасників) позбавляється цього права, хоча за економічною логікою попит на дисконти і премії виникає саме під час переговорів товариства з потенційним інвестором і меншою мірою під час “розміщення корпоратив-

них прав” серед існуючих учасників пропорційно до розміру їхніх існуючих часток.

Небезпека дисконтів

Використання дисконтів може спровокувати виникнення двох небажаних наслідків, які ми умовно називаємо “уявною капіталізацією” та “експропріацією міноритаріїв”.

1. Уявна капіталізація. Розміщення часток участі у капіталі з дисконтом здатне спотворити уявлення третіх осіб про дійсну капіталізацію компанії. Теоретично в обмін на одну гривню компанія може розмістити частку номінальною вартістю один мільйон, і цей мільйон вважатиметься повністю сплаченим лише однією гривнею. Величина статутного капіталу компаній часто стає регуляторною вимогою, за допомогою якої держава встановлює бар'єри для недостатньо капіталізованих компаній щодо доступу на той чи інший ринок¹¹. Маніпуляції з дисконтом позбавляють статутний капітал його потенціалу виступати мірилом рівня капіталізації компанії. Хоча, на наш погляд, статутний капітал і не повинен виконувати цієї функції, не погоджена з іншими актами законодавства реформа може зашкодити загальній якості регулювання.

2. Експропріація міноритаріїв. Дисконт небезпечний з точки зору його потенціалу щодо розмиття тих учасників, які не мають грошей для участі у “підписці” на додатковий капітал. Якщо товариство кваліфікованою більшістю голосів приймає рішення про збільшення статутного капіталу на 10 мільйонів гривень і схвалює 50%-вий дисконт до цієї суми, то учасник, який володіє 10% голосів, отримує можливість підписатися на 1 мільйон додаткового капіталу, сплативши за нього лише 500 тисяч гривень. Добре, якщо цей учасник має ці гроші. Якщо він їх не має і не може чи не бажає їх позичити протягом встановленого для внесення частки строку (від одного дня до одного місяця — як вирішать загальні

¹⁰ Дата набуття чинності змінами до частини другої статті Закону “Про господарські товариства”.

¹¹ Наприклад, мінімальний розмір статутного капіталу страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя, складає еквівалент 1 мільйона євро, а страховика, який займається страхуванням життя, — 10 мільйонів євро (частина друга статті 30 Закону України “Про страхування”); розмір статутного капіталу фондової біржі має становити не менш як 15 мільйонів гривень (частина друга статті 20 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”).

збори), право купити цю частку з таким великим дисконтом отримують інші учасники компанії. Отже, міноритарний учасник позбавляється можливості заблокувати власне розмиття, що є взагалі поширеним явищем, коли частки розміщуються із премією або за номіналом, але є банальною експропріацією, коли частка розміщується з дисконтом.

Обидва законопроекти передбачають певне вирішення цих проблем. Проект №2011–1 забороняє збільшувати статутний капітал, якщо внаслідок такого збільшення розмір статутного капіталу перевищуватиме вартість чистих активів товариства¹². Ця норма суттєво обмежує величину дисконтів. Ось як це відбувається. Якщо на момент прийняття рішення про розміщення додаткового капіталу із дисконтом:

- розмір статутного капіталу складає “х”;
- розмір чистих активів складає, скажімо, “3х”;
- статутний капітал збільшується на величину “4х”;
- то максимально можливий дисконт складає $(x+4x) - 3x = 2x$, що є 50% від загальної суми збільшення статутного капіталу. Подальше збільшення дисконту “з’їдає” наявний запас чистих активів, що забороняється.

Таким чином, експропріація міноритарія можлива лише в межах наявного запасу чистих активів компанії. Це, звісно, краще, ніж необмежена експропріація, але у будь-якому випадку інтереси міноритарного учасника не можуть вважатись повністю врахованими у цій моделі. Коментована норма, однак, доволі ефективно вирішує проблему уявної капіталізації: при будь-яких параметрах збільшення статутного капіталу його розмір не може бути більшим, ніж розмір чистих активів компанії.

Проект №2011 не встановлює подібних обмежень, але передбачає, що учасники при створенні компанії можуть домовитися про те, що питання збільшення статутного капіталу вирішуватимуться одностайно усіма учасниками. Ця норма надає міноритарію засоби самозахисту, яких він не має за законопроектом №2011–1, котрий передбачає, що рішення про збільшення статутного капіталу приймається більшістю голосів учасників, яка становить 2/3 голосів учасників, що беруть участь у зборах, і учасники не можуть

підвищити цей поріг¹³. Натомість обидва законопроекти передбачають право немотивованого виходу з компанії, яке можна розглядати як радикальний інструмент вирішення будь-яких суперечок між учасниками, які неможливо владнати шляхом переговорів¹⁴.

Автор цієї статті мав можливість поставити запитання про небезпечні наслідки розміщення додаткового капіталу із дисконтом Юрію Воропаєву, одному зі співавторів законопроекту №2011. Відповідаючи на це запитання, пан Воропаєв наголосив, що дисконт дійсно дозволявся з метою надання можливості компаніям, в яких справи йдуть погано, залучити інвестицію на вигідних для інвестора умовах. Він також погодився з тим, що існування необмеженого права на дисконт, так само як відсутність вимоги про професійну оцінку майнових вкладів може бути використане мажоритарним учасником для розмиття міноритарного. Пан Воропаєв не приховував, що потенціал щодо зловживання цією нормою просто не було помічено під час розробки проекту¹⁵.

Висновки і пропозиції

А. Товариства з обмеженою відповідальністю

Майбутні законодавчі ініціативи щодо регулювання діяльності товариств з обмеженою відповідальністю повинні заборонити застосування дисконтів, якщо проти цього заперечує будь-який з учасників компанії. Аналогічно лише за одностайним рішенням усіх учасників компанія може відмовитись від професійної оцінки немайнового вкладу, яка за загальним правилом мусить бути обов’язковою. Будь-який з учасників повинен мати право оскаржити в суді результати цієї оцінки. Учасники можуть домовитись про застосування валютного курсу для оцінки вкладів в іноземній валюті, але будь-який з учасників може накласти

¹³ Частина друга статті 23 законопроекту №2011–1.

¹⁴ Цей інструмент не позбавлений недоліків. З одного боку, учасник, який виходить із компанії в умовах конфлікту, як правило, мусить звертатись до суду аби отримати від компанії майно, на яке він має право. Це робить його позицію в переговорах доволі слабкою. З іншого боку, компанія, яка в будь-який момент ризикує втратити частину свого майна, втрачає стабільний фундамент свого існування. На нашу думку, учасникам має бути надане право відмовитись від застосування цієї радикальної зброї за їхнім одностайним рішенням. Натомість учасники можуть погодити коло питань, з яких кожний з них користується правом вето, яке, однак, не може бути застосоване, якщо запропоноване рішення приймається в інтересах компанії в цілому, а не в інтересах окремої групи учасників.

¹⁵ Ю. Воропаєв: “Многие сейчас пытаются уйти от акционерных обществ и их проблем и стать обществами с ограниченной ответственностью”. Закон и Бизнес, №25 (1167) 21.06–27.06.2014.

¹² Частина друга статті 7 законопроекту №2011–1.

вето на застосування завищеного порівняно з ринковим курсу.

Якщо держава суттєво покладається на розмір статутного капіталу як на інструмент регулювання відносин за участю товариства, дисконти можуть бути заборонені, але у цьому разі товариства повинні отримати право відступити від принципу пропорційності в питаннях голосування, виплати дивідендів і розподілу майна товариства під час його ліквідації або виходу учасника із товариства. Це право може бути реалізоване лише одностайним рішенням усіх учасників¹⁶.

Дійсно, інвестор, який вимагає надання дисконту до номінальної вартості частки, по суті потребує більшої кількості голосів, ніж йому здатна забезпечити ця частка. Якщо на це погоджуються усі учасники товариства, то закон повинен дозволити відступити від принципу пропорційності і закріпити більший обсяг голосуючих прав за певною часткою. Це є кроком до створення "класів часток", тобто прикріплення до часток однакової номінальної вартості різного обсягу голосуючих прав, якщо ними володіють різні учасники¹⁷.

Б. Акціонерні товариства

Ми побачили, що закон, який регулює відносини у приватних компаніях, може і повинен надавати учасникам компанії можливість домовитись про альтернативне регулювання порівняно з тим, що передбачене законом. Якщо інтереси усіх учасників співпадають, вони можуть досягти домовленості про залучення інвестора на умовах дисконту. У приватних компаніях набагато простіше, ніж у публічних, досягти домовленості і зафіксувати збіг інтересів усіх учасників, а отже, і використовувати цей збіг як метод регулювання приватно-правових відносин. Учасники товариства можуть надати будь-кому з них право заблокувати рішення про надання дисконту. Такий учасник може використати це право, якщо він побоюється, що єдиною метою збільшення капіталу на умовах дисконту є його розмиття¹⁸. Але

¹⁶ Можливість відступити від класичного принципу пропорційності кількості голосів учасника до розміру його частки передбачено Законом РФ "Про товариства з обмеженою відповідальністю" (частина перша статті 32). Цей принцип закріплюється як базове правило, від якого можна відступити одностайним рішенням усіх учасників.

¹⁷ Цей крок слід вітати. До речі, існування інституту класів акцій на Кіпрі — у країні, яка є основним діловим партнером України, — налічує десятиріччя.

¹⁸ Недоліком цього рішення є можливі зловживання правом вето, яке використовуватиметься всупереч інтересам компанії. Передбачене проектом № 2011-1 право на примусове виключення учасника, який своїми діями навмисно перешкоджає діяльності компанії, стає вагомим стимулом використовувати право вето за призначенням.

не можна наділити правом вето на прийняття рішень акціонера, який володіє однією акцією, тому що будь-хто зможе купити на біржі одну акцію і використовувати її для блокування корисних для компанії рішень. Саме тому норми, які регулюють залучення капіталу акціонерними товариствами, можуть відрізнятися від регулювання, призначеного для приватних компаній. Однак слід мати на увазі, що різні моделі регулювання можуть бути виправданими лише тією мірою, якою це необхідно з огляду на публічний статус компанії.

Публічність компанії надає дискусії про дисконти і премії додаткового виміру через те, що — принаймні в теорії — біржа дозволяє встановити ринкову вартість акцій компанії. Якщо ринкова вартість впала нижче номіналу, то залучення додаткового капіталу може і повинне відбуватися саме за ринковою вартістю, навіть якщо вона є нижчою номіналу. Поняття номіналу акції, яка торгується на біржі, втрачає свою корисну регуляторну роль. Таким чином, передбачена чинним законом заборона на розміщення акцій за ціною нижче номіналу не повинна застосовуватись до тих акціонерних товариств, за акціями яких розраховується біржовий курс.

Що стосується решти публічних акціонерних товариств, вважаємо виправданим збереження заборони на розміщення акцій акціонерних товариств із дисконтом¹⁹, а також вимогу щодо обов'язкової професійної оцінки майна, яким оплачуються акції додаткового випуску. Ці засоби захисту прав інституційних інвесторів повинні бути збалансовані можливістю застосування акціонерної угоди, яка дозволить мажоритарному акціонеру домовитися про умови залучення інвестицій від заздалегідь визначеного інвестора або ж розбудувати відносини між існуючими великими акціонерами компанії. •

Виключення, однак, не слід розглядати як єдиний можливий спосіб здійснювати стримуючий вплив. Сучасна теорія корпоративного права спирається на інші шляхи виходу з тупикових ситуацій, такі як "пропозиції про обопільний викуп" або примусовий викуп учасника за завідомо розрахованою ціною (опціон) тощо.

¹⁹ Компаніям, навіть успішним, слід підготуватись до тих часів, коли вони потребуватимуть залучення капіталу за ціною, що є нижчою за номінальну вартість їхніх акцій. Для цього ще під час першої емісії номінал акцій слід встановлювати мінімальним (скажімо, 1 копійка) і розміщувати їх із суттєвою премією. Якщо справи йдуть добре, розмір премії на одну акцію слід підвищувати, якщо погано — зменшувати. Це зменшення розміру майбутньої премії порівняно з розміром попередньої і є по суті дисконтом, який формально не заборонений українським законодавством. Докладніше про цю техніку надання дисконтів див. Gower and Davies' "Principles of Modern Company Law, London: Sweet&Maxwell, 2008, p. 273.

Центр продовжує просвітницьку роботу задля забезпечення належного застосування нової редакції Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом". Шляхом належного тлумачення його норм, здійснення правозастосування відповідно до мети та ідеології Закону мають бути досягнуті цілі, які ставилися при його розробці: підвищення індексу стягнення боргів; здешевлення та скорочення процедур банкрутства; покращення бізнес-середовища та інвестиційної привабливості України; зниження рівня корупції; підвищення рівня виконання контрактів та судових рішень; підвищення ступеню захищеності прав кредиторів; забезпечення захисту прав власності. Останнім часом Центр провів два семінари з питань банкрутства для суддів (в містах Києві та Львові), а також розпочав серію семінарів для арбітражних керуючих.



У цій статті пропонуються шляхи вирішення трьох актуальних питань, пов'язаних із оплатою праці арбітражного керуючого та його витрат у процедурах банкрутства, що викликали суперечності при тлумаченні та застосуванні окремих норм закону суддями господарських судів, арбітражними керуючими та юристами, які супроводжують процедури банкрутства.

У наступних номерах ми вже традиційно продовжимо аналізувати практику застосування оновленого законодавства про банкрутство та пропонувати своє бачення вирішення проблемних питань, які викликають складнощі при правозастосуванні.

Окремі проблемні питання, які виникають у зв'язку з відсутністю джерел для покриття витрат на оплату винагороди арбітражному керуючому

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

Одним із головних завдань реформи системи банкрутства є підвищення якості надання послуг арбітражними керуючи-

ми. На жаль, початковий етап становлення в Україні інституту арбітражного керування характеризувався приходом у професію окре-

мих людей, які не мали на меті присвятити їй своє життя. Подекуди бажання отримати право на здійснення професійної діяльності арбітражного керуючого було викликане намаганням узяти участь в одній справі щодо конкретного боржника. Як правило, з метою заволодіння його активами. Арбітражні керуючі, які отримали на той час статус підприємців та мали відповідну ліцензію, жодним чином не відповідали за долю такого боржника. Вся відповідальність арбітражного керуючого (за низький рівень та якість послуг і негативні результати його діяльності) обмежувалася звичайним підприємницьким ризиком та загрожувала йому лише втратою ліцензії, що аж ніяк не стимулювало до підвищення рівня та якості послуг, які надавав арбітражний керуючий.

Після набуття чинності новою редакцією Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" статус арбітражного керуючого було змінено. Тепер це представник публічної професії (здійснює делеговані державою публічні функції), щодо якого діє жорсткий контроль з боку державного органу з питань банкрутства (за допуском до професії та діяльністю арбітражних керуючих), встановлено високі вимоги щодо рівня професійної підготовки арбітражного керуючого, визначено його суб'єктом корупційної діяльності.

Усе це повинно сприяти тому, щоб арбітражний керуючий належним чином виконував свої професійні обов'язки і відповідально ставився до інтересів боржника та кредиторів.

Для збалансування такого підвищення вимог до представників професії арбітражному керуючому надано низку гарантій, зокрема щодо забезпечення отримання обов'язкової та додаткової винагороди. На жаль, із реалізацією окремих гарантій на практиці виникли певні труднощі, шляхи розв'язання яких запропоновано в цій статті.



1. Проблема з відкриттям депозитів для забезпечення оплати винагороди арбітражному керуючому

На практиці виникли складнощі з відкриттям депозитів, на які мають зараховуватися кошти, що їх сплачує ініціюючий справу боржник або кредитор для забезпечення оплати арбітражному керуючому обов'язкової винагороди. У зв'язку з цим треба розібратися у питанні, чи мають нотаріуси правові підстави та чи немає правових перешкод для відкриття зазначених депозитів.

Розв'язуючи зазначену проблему, пропонуємо виходити з того, що відповідно до частини 1 статті 85 Закону України "Про нотаріат" нотаріус у передбачених законодавством України випадках приймає від однієї особи грошові кошти у депозит та передає їх іншій особі (депоненту). Це загальний припис, якому кореспондує спеціальна норма частини 2 статті 115 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом", яка і передбачає такий випадок.

У частині 2 статті 115 встановлено:

1. суму винагороди — визначається в розмірі двох мінімальних заробітних плат за кожний місяць виконання повноважень розпорядника майна або в розмірі середньомісячної заробітної плати керівника боржника за останні 12 місяців його робо-

Арбітражний керуючий — це представник публічної професії, щодо якого діє жорсткий контроль з боку державного органу з питань банкрутства, встановлено високі вимоги щодо рівня професійної підготовки арбітражного керуючого, визначено його суб'єктом корупційної діяльності

ти до порушення провадження у справі про банкрутство, якщо такий розмір перевищує дві мінімальні заробітні плати, однак не більше п'яти мінімальних заробітних плат за кожний місяць виконання повноважень;

- порядок сплати винагороди — авансування заявником (ініціюючим кредитором або боржником) шляхом внесення суми авансового платежу на депозитний рахунок нотаріуса, з якого винагорода виплачується арбітражному керуючому за кожний місяць виконання повноважень розпорядника майна.

Поява такої новели в законодавстві про банкрутство слугує певній меті — забезпеченню незалежності арбітражного керуючого від боржника та кредиторів, гарантованість отримання обов'язкової частини винагороди арбітражним керуючим за виконану роботу, що сприятиме зменшенню рівня корупції та зловживань у цій сфері, підвищенню якості надання послуг арбітражним керуючим, а також підвищенню ефективності процедур банкрутства та рівня захищеності прав учасників процедури банкрутства.

Оплата обов'язкової винагороди арбітражному керуючому шляхом її авансування на депозит нотаріуса — інструмент, який забезпечує досягнення цієї мети та дозволяє реалізувати завдання реформи законодавства про банкрутство. Відмова нотаріуса вчиняти таку дію не дозволяє забезпечити реалізацію зазначеного механізму та перешкоджає досягненню мети реформи.

Що ж стосується правового регулювання порядку прийняття в депозит грошових сум, їх передавання та повернення, то його визначено у статтях 85, 86 Закону України "Про нотаріат" та главі 21 "Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України" (надалі — Порядок) (затверджено Наказом Мініюсту № 296/5 від 22.02.2012 р.). Згідно з вимогами цих актів прийняття нотаріусом грошових сум проводиться

за місцем виконання зобов'язання за заявою заінтересованої особи (в цьому випадку — ініціюючого кредитора або боржника). Видача з депозиту грошових сум здійснюється за заявою, яку подає депонент (в цьому випадку — арбітражний керуючий, який виконує повноваження розпорядника майна). На заяві арбітражного керуючого нотаріусом здійснюється службова відмітка про встановлення особи депонента, реквізити документа, на підставі якого особу було встановлено, та вказується документ, що підтверджує право на одержання депозитних сум. Серед таких документів у пункті 9.1. глави 21 Порядку визначено, зокрема, рішення суду. Таким рішенням у справі про банкрутство є ухвала суду про порушення провадження у справі

про банкрутство, в якій зазначається про призначення розпорядника майна, встановлення розміру оплати його послуг та джерела її сплати (абзац 6 частини 9 статті 16 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом").

Виходячи з цього, нотаріус має всі необхідні правові підстави (та зобов'язаний) для вчинення дій щодо прийняття в депозит грошових сум від ініціюючого боржника або кредитора для авансування винагороди арбітражного керуючого та для їх видачі. Жодних правових перешкод для цього немає.

Складається враження, що проблема, яка виникла з відкриттям нотаріусами депозитів для прийняття авансових платежів, пов'язана:

- з відсутністю сталої нотаріальної практики застосування положень статті 115 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" (лише окремі нотаріуси здійснюють відкриття таких депозитів);
- з побоюванням нотаріусів передати арбітражному керуючому надмірну суму винагороди (сплати "зайвого").

Що стосується відсутності сталої нотаріальної практики, то її треба формувати.

Нотаріуси мають без жодних вагань застосовувати норми законодавства, якими визначено порядок відкриття депозиту для оплати винагороди арбітражному керуючому, призначеному судом у справі про банкрутство для виконання повноважень розпорядника майна

А існуючі занепокоєння мають долатися тим, що:

- сума винагороди розпорядника майна визначається в ухвалі господарського суду про порушення провадження у справі про банкрутство (стаття 16 Закону);
- суд здійснює контроль за обґрунтованістю нарахування та виплати винагороди арбітражному керуючому, коли розглядає та затверджує звіт розпорядника майна (абзац 3 частини 7 статті 115 Закону).

У випадку якщо буде встановлено, що арбітражний керуючий отримав надмірну суму винагороди, її буде повернуто (в частині надмірно сплаченої) як набуту без достатніх правових підстав (стаття 1212 Цивільного кодексу України).

Отже, нотаріуси мають без жодних вагань застосовувати норми Закону України “Про нотаріат” та Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, якими визначено порядок відкриття депозиту для оплати винагороди арбітражному керуючому, призначеному судом у справі про банкрутство для виконання повноважень розпорядника майна. А ініціюючи боржники та кредитори мають пам’ятати про свій обов’язок відкрити такий депозит та покласти на нього відповідну суму грошей.

2. Відмова в порушенні провадження у справі про банкрутство, якщо не покрито витрати по справі шляхом авансування заявником на депозитний рахунок нотаріуса винагороди арбітражному керуючому

Ще одна проблема, що виникла у зв’язку з попередньою, пов’язана з невизначеністю у судовій практиці щодо того, чи потрібно відмовляти в порушенні провадження у справі про банкрутство, якщо не покрито витрати по справі шляхом авансування заявником на депозитний рахунок нотаріуса винагороди арбітражному керуючому за виконання ним повноважень розпорядника майна. І якщо відмовляти, то які підстави існують для цього?

Вирішуючи цю проблему, пропонуємо звернути увагу на те, що в ухвалі про порушення провадження у справі про банкрутство судом серед іншого зазначається про призначення розпорядника майна, встановлення розміру оплати його послуг та джерела її сплати (абзац б частини 9 статті 16 Закону України “Про відновлення пла-

тоспроможності боржника або визнання його банкрутом”).

Натомість Законом не передбачено серед підстав для відмови в порушенні провадження у справі про банкрутство такої підстави, як відсутність авансування заявником на депозитний рахунок нотаріуса винагороди арбітражному керуючому за виконання ним повноважень розпорядника майна. Відсутня відповідна підстава і в Господарському процесуальному кодексі України.

Однак слід враховувати те, що, вирішуючи питання про порушення провадження у справі про банкрутство, суд у підготовчому засіданні не лише дає оцінку наявності чи відсутності підстав для порушення провадження у справі про банкрутство, але й “вирішує інші питання, пов’язані з розглядом справи” (частина 2 статті 16 Закону). Тобто питання, пов’язані з подальшим її рухом. Зокрема, як вже зазначалося, суд в підготовчому засіданні має вирішити питання щодо призначення розпорядника майна, встановлення розміру та джерел оплати його послуг.

Виходячи з цього, в ухвалі про прийняття заяви про порушення провадження у справі про банкрутство суд, призначаючи дату проведення підготовчого засідання суду, має зобов’язати заявника, боржника та інших осіб надати суду до підготовчого засідання відомості: щодо авансування винагороди арбітражного керуючого на депозит нотаріуса; щодо наявності майна у боржника для сплати винагороди; щодо наявності інших джерел для покриття витрат на виплату винагороди арбітражному керуючому. Така вимога ґрунтується на тому, що зазначені відомості необхідні для вирішення питання про порушення провадження у справі про банкрутство (абзац 5 частини 1 статті 12 Закону).

Якщо ж у ході розгляду заяви про порушення провадження у справі про банкрутство в підготовчому засіданні буде встановлено факт відсутності авансування оплати праці арбітражного керуючого, а також відсутності майна у боржника або ж інших джерел для покриття витрат на виплату винагороди арбітражному керуючому, можна рекомендувати залишити заяву про порушення провадження у справі про банкрутство без розгляду на підставі пункту 5 частини 1 статті 81 Господарського процесуального кодексу України.

Пов’язано це з тим, що порушення провадження у справі про банкрутство в такому випадку:

1. призведе до того, що суд не зможе призна-

чити арбітражного керуючого для виконання повноважень розпорядника майна за відсутності джерел для оплати його праці через те, що примушувати до безоплатної праці забороняється. Це прирівнюється до рабства в контексті статті 4 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та інших міжнародних актів (зокрема, Конвенції 1926 року про заборону рабства, Конвенції Міжнародної організації праці про примусову чи обов'язкову працю 1930 року (ратифіковано Україною 10.08.1956 року), Конвенції Міжнародної організації праці №105 про скасування примусової праці 1957 року (Закон України про ратифікацію №2021-III від 5.10.2000 року), резолюції Економічної і Соціальної Ради ООН (ЕКОСОС) 1966 року №1126/1 тощо) та суперечить статті 43 Конституції України. Таким чином, неможливо буде забезпечити здійснення процедури розпорядження майном (абзац 2 частини 1 статті 22 Закону);

2. призведе до збільшення втрат кредиторів, якщо потім на них примусово буде покладено витрати на оплату винагороди арбітражному керуючому.

При цьому залишення заяви без розгляду не створюватиме перешкод для вільного доступу до правосуддя, оскільки після усунення обставин, що перешкоджають розгляду справи, заявник зможе знову звернутися із заявою про порушення провадження у справі про банкрутство до господарського суду в загальному порядку.

3. Відмова арбітражного керуючого, визначеного автоматизованою системою, від виконання повноважень розпорядника майна

Невирішеність питання щодо забезпечення гарантованої оплати винагороди арбітражному керуючому спровокувала появу ще однієї проблеми, яка пов'язана із тим, що арбітражні керуючі, визначені автоматизованою системою для участі у справі як розпорядники майна, стали

масово відмовлятися від виконання повноважень.

Однією з причин відмови арбітражні керуючі називають недосконалість системи оплати праці — відсутність гарантій отримання обов'язкової винагороди, особливо коли у боржника відсутнє майно для покриття витрат по справі. Судді ж, у свою чергу, поставили питання про можливість притягнення арбітражного керуючого, визначеного автоматизованою системою для участі у справі, до відповідальності за відмову від виконання покладених на нього обов'язків.

Відповідаючи на це питання, варто виходити з того, що наявність гарантій оплати винагороди арбітражному керуючому, про які йшлося вище, та автоматизований відбір не позбавляють арбітражного керуючого права відмовитись від участі у справі. Закон також

не містить указівки на настання негативних наслідків для арбітражного керуючого, який відмовився від виконання повноважень розпорядника майна. Таким чином, відсутні підстави для притягнення арбітражного керуючого, визначеного автоматизованою системою для участі у справі розпорядником майна, до відпо-

відальності за відмову від виконання покладених на нього обов'язків. Суд в такому випадку має здійснити повторний відбір арбітражного керуючого без застосування автоматизованої системи в порядку, визначеному частиною 1 статті 114 Закону.

Однак заради досягнення мети реформи системи банкрутства — скорочення строків процедур, підвищення їх ефективності та рівня стягнення — варто досліджувати причини відмови арбітражного керуючого від виконання повноважень та шукати шляхи вирішення проблеми. І перш за все необхідно забезпечити дієву реалізацію наданих арбітражному керуючому гарантій на отримання оплати. Для цього треба лише напрацювати належну практику.

Вирішивши проблеми, які можна владнати без змін у законодавстві, треба буде визначити, чи необхідні якісь законодавчі зміни, за відсутності яких досягти мети реформи не вдасться. Виявивши такі проблеми, запропонувати зміни до законодавства. •

Перш за все необхідно забезпечити дієву реалізацію наданих арбітражному керуючому гарантій на отримання оплати

ВІСНИК

Центру комерційного права

Редакційна рада:

Валентина Данішевська, Ірина Іноземцева,
Юрій Вощинар, Юрій Попов, Анна Морган



Адреса:

Україна 01601, м. Київ,
вул. Шовковична, 42–44, Horizon Tower

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 № 45 '2014

Moving towards a Lawful State

Related-parties Transactions

Anatoliy Yefimenko, corporate law expert 2

Legal Analysis

Reform of Corporate

Finance Legislation:

Accomplishments and Mistakes

Leonid Antonenko, Adviser,

"Sayenko Kharenko" Law Firm..... 6

Our Seminars

Seminars for Commercial

Court Judges and Bankruptcy

Commissioners..... 11

Issues and Challenges

Arising from the Lack of Sources

for Paying Fees to Bankruptcy

Commissioners

Ihor Nikolayev, CLC expert 11

Підпишіться на безкоштовну
електронну розсилку Вісника
Центру через наш сайт
www.commerciallaw.com.ua

Please subscribe to free electronic
version of CLC Newsletter
via our website
www.commerciallaw.com.ua

*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.*