

ЗМІСТ ТА КЛЮЧОВІ КОНЦЕПЦІЇ ОСНОВНОГО ТА НЕОСНОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ТРАНСКОРДОННУ НЕСПРОМОЖНІСТЬ

УДК 341.96.347.736/738



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

Анотація: У статті досліджується зміст основного та неосновного провадження у справах про транскордонну неспроможність та ключові концепції (прив'язки), які є визначальними при вирішенні юрисдикційного питання – суд якої держави має право порушити основне або неосновне провадження у справі про неспроможність, ускладненої іноземним елементом. Основна увага приділена аналізу положень Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про транскордонну неспроможність» 1997 р. та Регламенту ЄС про провадження у справах про неспроможність 2000 р. з метою подальшого правильного впровадження відповідних ключових концепцій у законодавство України про банкрутство (неспроможність). Встановлено, що дані концепції (а саме: «центр основних інтересів» та «підприємство» боржника) повинні мати автономне значення та їх рекомендовано вводити до законодавства України без пошуків аналогів у відповідному внутрішньому законодавстві

Ключові слова: провадження у справі про неспроможність, основне і неосновне іноземне провадження, «центр основних інтересів боржника», «підприємство» боржника, Типовий Закон ЮНСІТРАЛ «Про транскордонну неспроможність», 1997 р. та Регламент ЄС №1346/2000

Відносини неспроможності, ускладнені іноземним елементом, зумовлюють виникнення нового явища – транскордонної неспроможності. З розвитком міжнародної торгівлі і виходом на ринок різних суб'єктів господарювання така ситуація є дуже поширеною. Як правило іноземний елемент у таких справах проявляється у наявності іноземних кредиторів по відношенню до боржника або знаходженні активів боржника на території іноземної держави, або наявності порушеного іноземного провадження у справі про неспроможність відносно одного і того самого боржника. У будь-якому випадку виникає ситуація, коли проти боржника зацікавлені особи, як правило кредитори, намагаються отримати задоволення своїх вимог, що призводить до порушення більше ніж одного провадження у справі про неспроможність проти одного і того самого боржника на території різних держав. У зв'язку з цим виникає конфлікт юрисдикцій, що спричиняє проблему визначення, яке з порушених проваджень має більш пріоритетний характер. Іншими словами, виникає юрисдикційне питання з приводу визначення, суд якої держави компетентний порушити основне або неосновне (територіальне чи другорядне) провадження у справі про неспроможність, від чого буде залежати застосовуване право, визнання чи невизнання такого провадження на території іншої держави, тощо.

З огляду на інтернаціоналізацію торгівлі та здійснення суб'єктами господарювання підприємницької діяльності за межами однієї юрисдикції вирішення справ у транскордонній неспроможності є вкрай важливим, адже від цього залежатиме об'єм задоволення вимог місцевих та іноземних кредиторів. Тому це питання є дуже актуальним на сьогодні. Та не кожна держава має відповідне законодавство, яке б регулювало питання неспроможності (банкрутства) з іноземним елементом, не дивлячись на існуючі реалії сьогодення. Українське законодавство у сфері банкрутства нещодавно зазнало змін, а саме, деякі по-

ложення щодо транскордонної неспроможності (банкрутства) були включені до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (у новій редакції). Попри це вбачається необхідність у заповненні відповідних прогалин та внесенні подальших змін до законодавства України у даній сфері через «сирість» та недосконалість імплементованих положень.

Ступінь розробленості теми дослідження у запропонованому ракурсі є недостатнім. Це зумовлено невеликою кількістю теоретичних робіт українською, російською мовами, а також практичного матеріалу, як нормативної і судової практики, доступної для вивчення. Тим не менше, окремі дослідження на тему транскордонної неспроможності мали місце. Так, д.ю.н. О.М. Бірюков розглядав питання міжнародних банкрутств та міжнародного приватного права, теоретичні та практичні аспекти права транскордонної неспроможності (банкрутства) висвітлювалися в роботах В. Попондопуло, О.В. Мохової, О. Поліщук, О.А. Рязузова, Є.О. Файншмідта, тощо. Вивчення даної тематики було б неможливим без звернення до доктрини міжнародного приватного права при дослідженні питань транскордонної неспроможності. Тому автором даного дослідження були проаналізовані праці таких учених, як М.М. Богуславський, О.С. Ванєєв, В.В. Васильченко, О. О. Власов, А.С. Довгерт, О. Кібенко, В.І. Кисіль, О.Б. Леанович, Л.А. Лунц, А.А. Максютя, Т.В. Ткаченко та ін. Стосовно західної іноземної літератури, то проблематика транскордонної неспроможності почала там висвітлюватися значно раніше. При написанні цієї статті автор проаналізувала роботи Дж. Армура, Р. Барретта, С. Баффорда, А. Белохвалека, М.А. Бергера, Дж. Брига, С. Брукса, П. Бромфільда, О. Валка, Б. Весселза, І. Веста, Р.Л. Вестбрука, С. Віллкока, М. Віргоса, К. Волша, Л. Гайлота, Ф. Гарцімартіна, Л. Гастена, Р. Гілаіна, Б. Дюфона, С. Еберта, В. Ебке, Д. Елкіна, Ж. МакКормака, Б. Крістенсона, Р. Крістмаса, Б. Кюглера, Х. Ловелса, К. Лоуренса, Р.Дж. Лусона, Д. Маркса, Г. Мосса, С. Мура, В. Омза, Панзані Лучіані, К. Паулуса, Л. Перкінса, П.У. Редмонда, Р. Сільвермана, Д. Стевенсона, Д. Траутмана, Ф. Тунга, Т. Фельсберга, І.Л. Флетчера, Е. Фокса, А. Фрада, Б. Хесса та ін.

З огляду на актуальність тематики дослідження та її недостатній ступінь розробленості, автор цього дослідження ставить перед собою наступні *цілі*: дослідити зміст основного та неосновного провадження у справах про транскордонну неспроможність боржника на основі міжнародних документів, які регулюють транскордонну неспроможність та ефективно застосовуються у розвинутих державах світу, та визначити

категоріальне наповнення концепцій (прив'язок), які використовуються для кваліфікації відповідних проваджень аби розробити пропозиції щодо вдосконалення українського законодавства у даній сфері.

І. ПОНЯТТЯ ОСНОВНОГО ТА НЕОСНОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ТРАНСКОРДОННУ НЕСПРОМОЖНІСТЬ

Неплатоспроможність визначається як неспроможність суб'єкта підприємницької діяльності виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед своїми кредиторами, не інакше як через відновлення платоспроможності [1, 2]. З розвитком міжнародної торгівлі, інтернаціоналізації відносин між різними державами та суб'єктами господарської діяльності такі відносини вийшли за межі національної економіки однієї держави, що спричинило виникнення нового явища – «*транскордонної неспроможності*» [2, 229]. Незважаючи на те, що існують різні визначення для описання відносин неспроможності, ускладнених іноземним елементом, у науковому обігу переважно використовуються терміни «транскордонне банкрутство» чи «транскордонна неспроможність» [3, 24]. Разом з тим, визначення транскордонної неспроможності не надається ні у міжнародних документах, ні у національних законах. Попри відсутність окремого визначення такого терміну, Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (далі – «ЮНСІТРАЛ») у Типовому Законі ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність 1997 р. (далі – «Типовий Закон») окреслила випадки, які зумовляють порушення справ у транскордонній неспроможності. Як результат, прийнято вважати, що транскордонна неспроможність виникає, коли неспроможний боржник: *а)* має активи на території декількох держав; *б)* або коли серед кредиторів боржника є кредитори з іншої держави, ніж тієї, в якій здійснюється провадження у справі про неспроможність [4, 1]. Враховуючи це можна стверджувати, що така ситуація виникає при обтяженні відносин неспроможності іноземним елементом, а саме, коли неспроможний боржник та кредитори мають різну національну приналежність або майно неспроможного боржника, на яке звертається стягнення кредиторів, знаходиться на території різних держав. З цією тезою погоджуються В.Ф. Попондопуло та Панзані Лучіані, які зазначили, що в результаті транскордонної неспроможності виникають відносини, які характеризуються проявом юридичного зв'язку з правопорядками різних держав [5, 543].

Оскільки транскордонна неспроможність є складною категорією з точки зору ускладнення відносин неспроможності іноземним елементом, наявність

останнього спричиняє певні труднощі та колізії, які потребують вирішення. У міжнародній практиці винесення судових рішень про визнання боржника неспроможним найбільш поширеною проблемою є порушення щонайменше двох проваджень у неспроможності відносно одного і того ж боржника на території різних держав [6, 318]. Така ситуація породжує питання щодо того, яке з проваджень має отримати статус «основного», а яке – «неосновного» провадження у справі про неспроможність, що впливатиме на подальший вибір застосованих процедур, визнання чи невизнання такого іноземного провадження та повноважень керуючого на території іншої держави, обсяг судової допомоги, долю активів, тощо. Іншими словами, виникає конфлікт юрисдикцій, які претендують на визнання себе державою порушення основного провадження у справі про транскордонну неспроможність, адже останнє має певні переваги над неосновним іноземним провадженням.

Основна нормативна база, яка регулює відносини транскордонної неспроможності та відображає різні види проваджень у справах про транскордонну неспроможність – це Типовий Закон та Регламент ЄС про провадження у справах про неспроможність, 2000 р. (далі – «Регламент ЄС»). Типовий Закон оперує поняттями основного та неосновного провадження у неспроможності. Так, згідно зі статті 2(b) Типового Закону, «основне» іноземне провадження визначається як іноземне провадження, яке здійснюється у державі, в якому знаходиться «центр основних інтересів» боржника, а «неосновне» – за місцезнаходженням «підприємства» боржника. З цих визначень, наданих Типовим Законом, неможливо зробити якісного порівняння даних двох видів провадження у транскордонній неспроможності та виділити основні відмінності. Це зумовлено використанням у наданих визначеннях нових категорій – прив'язок (концепцій), які потребують детального аналізу. Що стосується Регламенту ЄС, то визначення основного та неосновного провадження у неспроможності у даному документі не досить прямо передбачено. У статті 2 Регламенту ЄС, яка присвячена визначенню різних понять, відсутні визначення основного та неосновного провадження. Лише через призму положень, зазначених у статті 3 Регламенту ЄС, можна дійти висновку, що саме собою представляє кожен з цих видів провадження. Стаття 3(1) Регламенту ЄС встановлює, що суди держав-членів, в межах території яких знаходиться «центр основних інтересів» боржника, мають юрисдикцію по відкриттю провадження у неспроможності [7, 6]. Можна здогадатися, що у даному випадку мова йде про відкриття основного провадження у неспроможності,

адже аналогічний критерій («центр основних інтересів» боржника) виворюється у Типовому Законі при визначенні основного провадження. Стаття 3(2) Регламенту ЄС передбачає, що якщо «центр основних інтересів» боржника знаходиться в межах території однієї держави-члена, суди іншої держави-члена мають юрисдикцію по відкриттю провадження у неспроможності проти боржника лише, якщо там знаходиться «підприємство» боржника. При цьому зазначається, що наслідки такого провадження обмежуються активами боржника, які знаходяться на території держави-члена, що порушила таке провадження; і дане провадження повинно мати ліквідаційний характер (друге речення статті 3(3) Регламенту ЄС) [7, 6]. Таке положення дає підстави стверджувати, що у цьому випадку мова йде про неосновне провадження у неспроможності мовою Типового Закону. Стаття 3(3) Регламенту ЄС дає тому підтвердження. Вона пропонує, що будь-яке провадження, відкрите за місцезнаходженням «підприємства» після відкриття основного провадження, вважається «другорядним» (*secondary proceedings*). А провадження, які відкриті до відкриття основного провадження, вважатимуться «територіальними» (*territorial proceedings*). Аналіз статті 3 Регламенту ЄС підводить до висновку, що, хоч у Регламенті ЄС чітко не прописане визначення основного та неосновного провадження у неспроможності, як у Типовому Законі, тим не менше, в результаті аналізу статті 3 можна презюмувати про існування аналогічних понять. Адже вони містять однакові критерії (прив'язки) для наповнення відповідних термінів. При цьому вбачається, що Регламент ЄС не оперує визначенням неосновного провадження, а розподіляє їх на «другорядне» та «територіальне» в залежності від моменту порушення провадження відносно основного провадження у неспроможності. Так, територіальне провадження, яке порушується до порушення основного провадження у неспроможності, можливо відкрити у двох випадках (стаття 3(4) Регламенту ЄС): а) коли основне провадження у неспроможності не може бути відкрито згідно з підстав внутрішнього права держави-члена, в межах території якої знаходиться «центр основних інтересів» боржника; б) коли відкриття територіального провадження у неспроможності вимагається кредитором, який має свій доміцилій, місце звичайного проживання чи зареєстрованого офісу у державі-члені, в межах території якої знаходиться «підприємство», або чий позов виник з операцій, які здійснюються «підприємством».

У цьому контексті слід зазначити, що питання транскордонної неспроможності дуже чільно пов'язане із наявністю іноземного елемента у відносинах неспро-

можності, що ускладнює вирішення цього питання в межах однієї юрисдикції. Саме тому нормативна база пішла шляхом створення двох видів проваджень, які б порушувалися на території різних держав для координації проваджень. Найчастіше їх називають основним та неосновним провадженням у неспроможності, але бувають інші варіації. Як було проаналізовано вище, у визначеннях цих понять використовуються досить нові конструкції (прив'язки), які ускладнюють розуміння суті основного і неосновного провадження у неспроможності, та будуть проаналізовані нижче.

Необхідно підкреслити, що важливість встановлення місця порушення основного та неосновного провадження у справі про неспроможність доказується наявністю величезної кількості судових справ, присвячених даному юрисдикційному питанню. При цьому, сьогодні дуже активно обговорюється питання природи та доцільності порушення неосновного провадження у справі про неспроможність. Хоча до сьогодні більшість схилилася до того, що основне провадження буде більш ефективно здійснюватися, коли буде можливість порушити неосновне провадження, яке б сприяло основному провадженню у справі про неспроможність. Але зараз ця теза більше піддається критиці. Це зумовлено тим, що порушення неосновного провадження зазвичай не сприяє більш ефективному управлінню активами боржника, які знаходяться у різних державах. При відкритті неосновного провадження існує великий ризик, що керуючий у основному провадженні не матиме контролю над активами, які розміщуються на території іноземної держави [8]. Більш того, неосновне провадження має ліквідаційну спрямованість, що є перешкодою для успішної реструктуризації боржника. Саме тому сьогодні досить гостро стоїть питання про можливість відмінити положення про ліквідаційний характер неосновного провадження та надання судам можливості відмовляти у порушенні неосновного провадження у справі про неспроможність, якщо таке провадження порушується не з метою захисту інтересів місцевих кредиторів.

II. ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ КОНЦЕПЦІЙ, ЯКІ ВСТАНОВЛЮЮТЬ МІСЦЕ ПОРУШЕННЯ ОСНОВНОГО І НЕОСНОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ТРАНСКОРДОННУ НЕСПРОМОЖНІСТЬ

Основна проблема, яка виникає у справах про транскордонну неспроможність – це порушення проваджень у неспроможності щодо одного і того самого боржника на території різних держав та визначення статусу таких проваджень. Інколи цю проблему зводять до отримання провадженням у неспроможності

більшого чи меншого пріоритету по відношенню до іншого провадження у неспроможності. У таких випадках найпоширенішою ситуацією є конфлікт юрисдикцій (підсудності). З метою вирішення такої проблеми світова спільнота запропонувала два види проваджень – основне та неосновне провадження у справах про транскордонну неспроможність. Сьогодні ця проблема вирішується на досить схожій основі, якщо порівнювати законодавство ЄС (Регламент ЄС) та Типовий Закон, який рекомендовано до імплементації у національне законодавство різних держав світу. Аналіз відповідних документів дає підстави стверджувати про аналогічність підходів та концепцій, які є вирішальними при встановленні юрисдикції (підсудності) відповідного суду певної держави щодо порушення основного чи неосновного провадження у справі про неспроможність. Як було проаналізовано вище, у визначеннях основного та неосновного провадження використовуються нові концепції, які дещо ускладнюють розуміння та розмежування юрисдикцій судів різних держав на практиці. Такими концепціями є «центр основних інтересів» боржника (*debtor's 'centre of main interests'*) (українська аббревіатура: «ЦОІ» або англійська «СОМІ» (*'centre of main interests'*)¹ та «підприємство» (*'establishment'*) боржника. Перша концепція («СОМІ») визначає, суд якої держави компетентний порушити основне провадження у справі про транскордонну неспроможність. Друга концепція («підприємство») визначає компетенцію суду держави порушити неосновне (другорядне чи територіальне) провадження у справі про неспроможність. Дані концепції є досить новими не тільки для законодавства України, а й для інших держав, а тому потребують детального аналізу.

Дефініція «центру основних інтересів боржника» відсутня у правовій літературі. Лише дотично вона надається у Типовому Законі та Регламенті ЄС. Типовий Закон у ст. 16(3) передбачає презумпцію, що «в разі відсутності доказів протилежного, зареєстрований офіс боржника-компанії або звичайне місце проживання у випадку фізичної особи, вважається «центром основних інтересів боржника» [4, 6]. Схожа презумпція передбачена у п. 1 ст. 3 Регламенту ЄС [7, 6]. Але, вважається, що категорія «центру основних інтересів боржника» має глибший підтекст та повинна тлумачитися ширше з огляду на те, що законодавцем встановлене певне застереження в якості конструкції «за відсутності доказів проти-

1 Автор даної роботи більше схильна до вживання англійської аббревіатури («СОМІ») в українському тексті для легкості сприйняття даної концепції, так як вона вживається та скорочується у більшості аналізованих англійських актах.

лежного...», або згідно з українськими традиціями вживання фраз – «якщо інше не доказано...». Згідно з Судом ЄС, концепція «центру основних інтересів боржника» посідає важливе місце у Регламенті ЄС і повинна мати автономне значення та тлумачитись єдиним уніфікованим способом, незалежно від національного законодавства відповідних держав. Такий підхід прийняли більшість правових авторів, які погоджуються, що значення «центру основних інтересів боржника» не повинно бути під впливом права держави, де відкрито (порушено) провадження у справі про неспроможність, тобто *lex fori concursus*, а має визначатись шляхом застосування уніфікованого критерію серед усіх держав-членів ЄС задля забезпечення стабільності та передбачуваності розгляду справ про транскордонну неспроможність. На велике здивування у Регламенті ЄС відсутня формальна дефініція «центру основних інтересів» боржника, попри її важливу роль. У статті 3 Регламенту ЄС передбачається, що юрисдикція суду з розгляду справи визначається за загальним принципом – що суди держав-членів, в межах території яких знаходиться «центр основних інтересів» боржника, мають юрисдикцію по відкриттю провадження у неспроможності» [9, 6]. Для юридичної особи презюмується, що «центр основних інтересів боржника» знаходиться у місці реєстрації боржника, за відсутності доказів протилежного. Таке провадження, яке відкрито за місцезнаходженням «центру основних інтересів» боржника вважається основним провадженням (*main proceeding*). Лише п. 13 преамбули до Регламенту ЄС дає дещо розширене тлумачення «центру основних інтересів» боржника. Передбачається, що останній має відповідати місцю, де боржник здійснює управління своїми інтересами на постійній основі, і тому це може бути встановлено третіми особами (*corresponds to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*) [9, 2]. Таке положення є широким та загальним, а тому на практиці тягар тлумачення покладається на національні суди та Суд ЄС. Як наслідок виникає ситуація, коли різні суди застосовують різні підходи та критерії до визначення місцезнаходження «центру основних інтересів» боржника. Серед них є наступні: (1) щоденне ведення бізнесу; (2) національність директорів; (3) місцезнаходження головних виконавчих органів юридичної особи; (4) здійснення управління підприємницькою діяльністю; (5) місцезнаходження материнської компанії; (6) місце проведення зборів правління компанії [10, 696]; (7) знаходження банківських рахунків [11, 265], тощо. Вищезазначене дає підстави стверджувати, що підходи до тлумачення «центру основних інтересів» боржника є дуже різноманітними,

що не сприяє виробленню єдиного і вичерпного критерію для встановлення місцезнаходження «центру основних інтересів» боржника у справах про транскордонну неспроможність. Дебати з приводу визначення та встановлення місцезнаходження «центру основних інтересів» боржника, які активно існували з середини 2002 року у 70 відсотках справ, існують і по сьогодні. Тим не менше, певні зрушення щодо уніфікації критеріїв просліджуються. Так, 12 грудня 2012 року у Страсбурзі Європейська Комісія презентувала Доповідь про застосування Регламенту ЄС (далі – «Доповідь ЄС»), адресовану Європейському парламенту, Європейській раді та Європейському економічно-соціальному Комітету [12], в якому, на базі проведених статистичних досліджень та судової практики, були запропоновані можливі варіанти змін та вдосконалень положень Регламенту ЄС. Пропозиції, серед іншого, торкалися доповнення концепції «центру основних інтересів» боржника. Так, передбачено перенесення положення з преамбули до ч. 1 ст. 3 Регламенту ЄС. Мова нововведення була запозичена із рішення Суду ЄС по справі «Інтереділ» (*Interedil*) [13]. Таким чином, ч. 1 ст. 3 Регламенту ЄС запропонована у наступній редакції: «Суди держави-члена, в межах території яких знаходиться «центр основних інтересів» боржника мають юрисдикцію з відкриття провадження у неспроможності (основного провадження). Центр основних інтересів є місце, де боржник здійснює управління своїми інтересами на постійній основі та є очевидним для третіх сторін. У випадку компанії чи юридичної особи, місце реєстрації контори презюмується, що є її центром основних інтересів, за відсутності доказів протилежного». Отже, спростувати дану презумпцію можливо, якщо центральне управління компанії знаходиться у іншій державі-члені, ніж де знаходиться зареєстрована контора, а всебічний аналіз усіх факторів, у спосіб, який є очевидним для третіх сторін, встановлює, що фактичний центр управління та нагляду, знаходиться на території іншої держави-члена.

Іншою концепцією, яка фігурує у міжнародних документах та визначає інший вид провадження у справі про неспроможність, є концепція «підприємства» боржника. Вона є критерієм для порушення неосновного провадження у справі про неспроможність. Згідно зі статтею 2(f) Типового Закону, під «підприємством» вважається будь-яке місце операцій, в якому боржник здійснює нетимчасову економічну діяльність, яка охоплює людські ресурси, товари або послуги. Та як показує судова практика, для того, щоб «підприємство» боржника вважалось таким, що існує, необхідно, щоб в межах певної юрисдикції не просто існували активи, а знаходився відповідний

офіс/приміщення. Згідно з Регламентом ЄС (стаття 2(h)) «підприємство» (*'establishment'*) боржника визначається як будь-яке місце операцій, де боржник здійснює нетимчасову економічну діяльність з людськими ресурсами та товарами. Вбачається, це визначення є практично аналогічним до визначення «підприємства» боржника, запропонованого у Типовому Законі. Єдина відмінність – у Типовому Законі згадується ще й про послуги, а не тільки про людські ресурси та товари, як у Регламенті ЄС.

При тлумаченні судової практики США були виділені наступні характеристики, які надаються «підприємству», як: локальне (місцеве) здійснення діяльності чи певного типу операцій [14, 2]. У справі *Factortame* Суд ЄС визначив концепцію «підприємства» як місце фактичного здійснення підприємницької діяльності через постійне представництво у іншій державі-члені на невизначений період [15]. У зв'язку з цим, виникає питання, яка організаційно-правова форма має дотримуватися для визначення «підприємства»? Чи може це бути окрема юридична особа чи тільки відокремлений підрозділ юридичної особи? Раніше французькі коментатори стверджували, що неосновне (другорядне) провадження не може порушуватися проти дочірньої компанії судом держави-члена, де ця компанія зареєстрована. Аргументом слугувало положення статті 2(h) Регламенту ЄС, яка визначала «підприємство». Вважалося, що це визначення відноситься до філії, представництва чи офісу, але не юридичної особи (*'relate to a branch, an agency or offices but not to a legal entity'*) [16, 11]. Віргос та Гарцімартін дотримувалися думки, що незалежні дочірні підприємства компаній не є «підприємствами» материнських компаній. Вони зазначали, що дочірнє підприємство не буде розглядатися в якості «підприємства» навіть, якщо воно 100% контролюється основним боржником (материнською компанією) [17]. Існувала і інша думка, винесена Судом ЄС, де незалежні іноземні дочірні підприємства, контрольовані материнськими компаніями, кваліфікувалися в якості «підприємства» [18]. Дійсно, стаття 2(h) Регламенту ЄС, яка визначає підприємство як «місце операцій, де боржник здійснює нетимчасову економічну діяльність з людськими ресурсами та товарами», не містить посилання на юридичну особу. У зв'язку з цим, виникає питання, чи вірно буде замінювати запропонований європейськими законодавцями термін «підприємство» (*'establishment'*) на «постійне представництво» (*'permanent establishment'*), як це було зроблено законодавцями РФ, а згодом і України? З одного боку, можна було б погодитись із даною пропозицією з огляду на специфіку та схожість пост-радянських законодавств. Адаже наповнення терміну

«підприємство» за критерієм здійснення господарської діяльності на постійній основі з метою оподаткування в Україні, дійсно, розглядалося б в якості постійного представництва. Але, з іншого боку, чи просте прирівнення терміну «підприємство» до терміну «постійне представництво» не звузить значення цього терміну та чи не буде перешкоджати вирішенню справ про транскордонну неспроможність? Судове рішення від 13 грудня 2011 року доводить про необхідність введення *автономної концепції* «підприємства» до законодавства різних держав, так само як і введення автономної концепції «центру основних інтересів» боржника [19].

III. ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ВІДНОВЛЕННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БОРЖНИКА АБО ВИЗНАННЯ ЙОГО БАНКРУТОМ», 1999 Р. (У НОВІЙ РЕДАКЦІЇ)

Україна проголосила євроінтеграцію пріоритетним напрямком своєї зовнішньої політики. Це вимагає поступового наближення національного законодавства до норм і стандартів ЄС, включаючи й правове регулювання відносин неспроможності. Забезпечуючи справедливий режим регулювання правовідносин у сфері банкрутства (неспроможності), держава – претендент на членство в ЄС демонструє свою готовність до створення рівних умов ведення підприємницької діяльності для всіх учасників економічної діяльності. Знання базових підвалин регулювання правових відносин неспроможності та розуміння їх природи, розроблених у ЄС, сприятиме законодавцю у кращому зрозумінні намірів розробників актів ЄС [20]. Саме тому аналіз Регламенту ЄС, вивчення його засадничих положень та поступове впровадження відповідних норм до внутрішнього законодавства України є важливим кроком для нашої держави як претендента на членство у ЄС.

Для досягнення вищезазначеної мети восени 2011 року була розроблена нова редакція Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – «Закон»), який набрав чинності 19 січня 2013 року [1]. Ключовим питанням Закону, як і інших міжнародних документів, які регулюють питання транскордонної неспроможності, стало питання розмежування проваджень на два види – «основне» та «неосновне» провадження у справі про неспроможність. Розділ IX Закону не є виключенням, але він оперує «основним» та «похідним» (замість неосновного) провадженням. При цьому, при імплементації норм Типового Закону до внутрішнього законодавства України у вирішенні питання кваліфікації проваджень, здається, була втрачена основна ідея, запроваджена міжна-

родними документами. У ч. 6 ст. 119 Закону встановлюється, яке з проваджень вважається «основним», а яке – «неосновним» (похідним). Аналіз даної статті дає підстави стверджувати, що Закон слідує принципу «територіальності» з прив'язкою до зареєстрованого місцезнаходження боржника у розмежуванні проваджень на різні види. Наприклад, Законом передбачено, що провадження у справі про банкрутство боржника, який створений та здійснює свою діяльність відповідно до законодавства України з місцезнаходженням на її території, є основним провадженням стосовно будь-якого іншого іноземного провадження» [1, ст. 119]; а провадження у справі про банкрутство боржника – постійного представництва суб'єкта підприємницької діяльності України в іноземній державі є похідним іноземним провадженням стосовно основного провадження в Україні. Вбачається, що дані положення Закону не зовсім відповідають ідеї Регламенту ЄС та Типового Закону, який мав на меті зблизити законодавства різних держав для кращого співробітництва та ефективної координації та визнання проваджень у справах про неспроможність на території різних держав. Даними міжнародними документами передбачалося введення нової конструкції, як «центру основних інтересів» боржника («*debtor's centre of main interests*»), який мав слугувати критерієм для визначення, яке з проваджень у справі про неспроможність є основним; та конструкція «підприємство» як критерій визначення неосновного (похідного) провадження у справі про неспроможність. Здається, Закон пішов іншим шляхом: критерієм визначення основного провадження встановив тільки зареєстроване місцезнаходження боржника на території України, а критерієм визначення неосновного (похідного) провадження – постійне представництво. У зв'язку із запропонованими Законом положеннями щодо визначення основного чи неосновного провадження, вбачається, що

потенційно можуть виникнути колізії та суперечки при визнанні відповідних проваджень.

Таким чином, проблема вирішення справ про транскордонну неспроможність першочергово зводиться до юрисдикційного питання – суд якої держави має компетенцію з порушення основного або неосновного провадження у справі про неспроможність боржника. З огляду на законодавство ЄС та судову практику Європейського Суду, здається доцільним дотримуватися однакових підходів до визначення основного/неосновного провадження. Таким чином, було б доречно ввести конструкцію «центру основних інтересів» боржника як критерію визначення основного провадження у справі про неспроможність із схожим формулюванням, яке передбачено у Типовому Законі та відповідає Регламенту ЄС, а саме: «За відсутності доказів протилежного (або «якщо інше не доказано»), зареєстроване місцезнаходження боржника, або звичайне місце проживання у випадку фізичної особи, вважається «центром основних інтересів» боржника [4, ст. 16]. А також врахувати тлумачення Суду ЄС, який акцентує увагу на об'єктивності факторів та очевидності для третіх сторін. Таким чином, «центр основних інтересів» боржника можна було б сформулювати для українського законодавства наступним чином – це місце реєстрації боржника, якщо інше не встановлено законом, або не впливає із характеру діяльності боржника, де він здійснює управління своїми інтересами на постійній основі та є очевидним для третіх сторін, або сукупності обставин, що становлять найбільш тісний зв'язок боржника із відповідною територією; а «підприємство» боржника – як будь-яке місце діяльності, через яке боржник регулярно здійснює господарську діяльність, що носить нетимчасовий характер і охоплює людей, товари та послуги.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом. Закон України у новій редакції № 2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – К., 1992. – № 31. – С. 2.
2. Рягузов А.А.. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Рягузов Алексей Анатольевич. – Москва, 2008. – 229 с.
3. Бірюков О.М. Транскордонна неспроможність [Електронний ресурс] / О.М. Бірюков // Право України. – 2004, 1. – № 2. – С. 24. – Режим доступу: <http://pravoznavec.com.ua/period/chapter/2/35/1383>
4. О трансграничной несостоятельности : Типовой закон : Международный документ [Электронный ресурс] // Комиссия ООН по праву международной торговли. – Вена, 1997. – Режим досту-

пу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_877&chk=4/UMfPEGznhh71k.ZДивYaLK5HI4Mgs80msh8Ie6

5. Попондопуло В.Ф. Правовое регулирование трансграничного банкротства: состояние и рекомендации по совершенствованию // Международное коммерческое право: учебное пособие / В.Ф. Попондопуло. – М., 2004. – 543 с.

6. Бірюков О.М. Транскордонні банкрутства: теорія і практика : монографія / О.М. Бірюков. – К. : КНУ ім. Тараса Шевченка, 2008. – 318 с.

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

8. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012PC0744:EN:HTML>

9. Файншмидт Е.А. Некоторые международные аспекты арбитражного управления в России [Электронный ресурс] / Е.А. Файншмидт. – Режим доступа: <http://www.soautpprf.ru/site.xp/056056048.html>

10. What is cross-border insolvency? – The problem stated / LawgixInc, 2008 // <http://thelawgix.com/cbi.html>, с. 696.

11. Мохова Е.В. Доктрина основного производства при трансграничной несостоятельности юридических лиц : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Мохова Е.В. – Москва, 2009. – 265 с.

12. Report on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings from the Commission to the European

Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Strasbourg, COM (2012) 743 final, 12.12.2012.

13. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings / COM/2012/0744 final – 2012/0360 (COD)/ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012PC0744:EN:HTML>

14. Judith Elkin, Sauce for the Goose? Dual Standard Emerging in Cross Border Insolvencies: Domicile Not Enough to Recognize Foreign Proceeding, Practicing Law Institute, Bankruptcy & Reorganizations: Current Developments. – New York City, April 14–15, 2011.

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

16. Laurent Gaillot, The interpretation by French courts of the EU COMI notion: a EU perspective, Insolvency International Institute – www.iiiglobal.org

17. Cf Gottwald Grenzüberschreitende Insolvenzen (1997) 21 et seq.

18. ECJ, Case 218/86, December 9, 1987.

19. INSOL Europe, A Lack of Jurisdiction, IFLR, March 1, 2012. – <http://www.iflr.com/Article/2988333/A-lack-of-jurisdiction.html>

20. Бірюков О.М. Універсальність і територіальність процедур банкрутства у праві Європейського Союзу [Електронний ресурс] / О.М. Бірюков // Право України. – 2011. – № 8. – Режим доступу: <http://www.info-prensa.com/article-1212.html>

**СУТЬ И КЛЮЧЕВЫЕ КОНЦЕПЦИИ
ОСНОВНОГО И НЕОСНОВНОГО
ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ
О ТРАНСГРАНИЧНОЙ
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ**

Стахеева-Боговик О.А.

Аннотация: В статье исследуются суть основного и неосновного производства по делам о трансграничной несостоятельности, а также ключевые концепции, которые являются решающими при решении юрисдикционного вопроса – суд какого государства имеет право возбудить основное или неосновное производство по делу о несостоятельности, обремененного иностранным элементом. Основное внимание уделяется анализу Типового Закона ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности» 1997 г. и Регламенту ЕС о производстве по делам о несостоятельности 2000 г. С целью дальнейшей правильной имплементации соответствующих ключевых концепций в законодательство Украины о банкротстве (несостоятельности). Установлено, что данные концепции (а именно: «центр основных интересов» и «предприятия» должника) должны иметь автономное значение, и их рекомендуется внедрять в законодательство Украины без поисков аналогов в соответствующем внутреннем законодательстве.

Ключевые слова: производство по делу о несостоятельности, основное и неосновное иностранное производство, «центр основных интересов» и «предприятие» должника, Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности», 1997 г. и Регламент ЕС №1346/2000.

**THE ESSENCE AND KEY CONCEPTS
OF MAIN AND NON-MAIN
PROCEEDINGS IN CROSS-BORDER
INSOLVENCY PROCEEDINGS**

Stakhayeva-Bogovyk O.O.

Summary: The article analyzes the essence of main and non-main proceedings in cross-border insolvency proceedings and the key concepts that determine the jurisdictional issue, i.e. the court of what state has jurisdiction to commence the main or non-main insolvency proceeding, with foreign element present in relations. Much attention is devoted to the analysis of UNCITRAL Model Law «On Cross-Border Insolvency», 1997 and the EU Regulation «On Insolvency Proceedings», 2000 in order to further implement the key concepts (i.e. 'centre of main interests' and 'establishment' of the debtor) into legislation of Ukraine on bankruptcy (insolvency). It has been established that these concepts should have an autonomous meaning and are subject to implementation into the Ukrainian legislation without searching for analogous meaning in home legislation.

Keywords: insolvency proceedings, main and non-main foreign proceedings, debtor's «centre of main interests» and «establishment», UNCITRAL Model Law «On Cross-Border Insolvency», 1997 and EU Regulation «On Insolvency Proceedings», 1346/2000.