

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Артем Данілов

аспірант кафедри господарського права і процесу
Національного університету “Одеська юридична академія”,
адвокат, арбітражний керуючий
(м. Одеса, Україна)
danilov.a@hotmail.com

УДК 346.93:347.962.3 (477)

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ДІЯЛЬНОСТІ АРБІТРАЖНОГО КЕРУЮЧОГО

АНОТАЦІЯ. Незалежність арбітражного керуючого є центральним елементом його правового статусу та водночас принципом арбітражного управління. Незалежність безпосередньо впливає на ефективність діяльності арбітражного керуючого та здатність досягати мети арбітражного управління – забезпечення балансу інтересів осіб, що беруть участь у справі про банкрутство. З огляду на це, забезпечення незалежності арбітражного керуючого як необхідної передумови його об'єктивності та неупередженості є принциповим завданням при проведенні процедур банкрутства. Досвід функціонування в Україні інституту арбітражного керуючого засвідчив наявність теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із забезпеченням незалежності арбітражного керуючого, які потребують наукової розробки та осмислення. Актуальність теми статті обумовлюється відсутністю комплексних досліджень принципу незалежності арбітражного керуючого, а також наявністю багатьох невирішених питань, що стосуються незалежності арбітражного управління у процедурах банкрутства.

Метою статті є аналіз причин, що мають негативний вплив на практичну реалізацію принципу незалежності арбітражного керуючого при здійсненні повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора в процедурах банкрутства, а також викладення власного бачення шляхів підвищення рівня незалежності арбітражного керуючого.

Розглянуто принцип незалежності арбітражного керуючого. Сформульовано поняття незалежності арбітражного керуючого, досліджено чинники, що забезпечують незалежність арбітражного управління. Запропоновано заходи, спрямовані на підвищення рівня самостійності та неупередженості арбітражного керуючого.

Автор доходить висновку, що встановлений законодавством принцип незалежності арбітражного керуючого має декларативний характер. Для реального втілення в життя принципу незалежності арбітражного керуючого необхідні спільні зусилля

© Артем Данілов, 2018

держави та професійної спільноти арбітражних керуючих щодо побудови системи ефективно працюючих елементів організаційного, компетенційного, матеріального та особистісного характеру.

Ключові слова: банкрутство в Україні; арбітражний керуючий; незалежна професійна діяльність; конкурсний процес.

Правовий статус арбітражного керуючого досліджували такі науковці, як В. Джунь, Я. Рябцева, Р. Афанасьєв, Н. Федоренко, П. Пархоменко та ін. Предметом уваги переважної більшості досліджень були, як правило, загальні питання правосуб'єктності арбітражного керуючого. Безпосередньо до проблематики незалежності арбітражного керуючого звертався Б. Поляков¹, проте комплексно принцип незалежності арбітражного керуючого не досліджувався.

Національне законодавство встановлює незалежність як принцип діяльності вельми широкого кола суб'єктів, зокрема суддів (статті 126, 129, 131 Конституції України², ч. 1 ст. 1, ст. 6, ч. 1 ст. 7, ст. 48, ч. 2 ст. 126, п. 2 ч. 4 ст. 126, п. 5 ч. 5 ст. 128, п. 1 ч. 2 ст. 129, п. 1 ч. 8 ст. 133, п. 1 ч. 2 ст. 146 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”³), прокурорів (п. 5 ч. 1 ст. 3, ст. 16, частини 1, 3, 5 ст. 17, частини 1, 2 ст. 65, пункти 2, 4, 9 ст. 71, п. 1 ч. 2 ст. 87 Закону України “Про прокуратуру”⁴), адвокатів (ст. 131² Конституції України, п. 2 ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 4, ч. 1 ст. 5, ч. 1 ст. 11, п. 1 ч. 1 ст. 44 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”⁵), аудиторів (ст. 3, п. 6 ч. 3 ст. 12, ч. 1 ст. 13, п. 1 ч. 1 ст. 19, п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону України “Про аудиторську діяльність”⁶). Слід зазначити, що принцип незалежності зазначених вище суб'єктів розкривається профільними законами досить докладно й багатоаспектно.

Про незалежність арбітражного керуючого йдеться у ч. 1 ст. 99 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” (далі – Закон про банкрутство)⁷, якою передбачено, що під час здійснення своїх повноважень арбітражний керуючий є незалежним. Водночас поняття “незалежність арбітражного

¹ Б. Поляков, ‘Арбітражний керуючий – найзалежніша особа процедури банкрутства’ (2001) 3 Вісник господарського судочинства 86.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

⁴ Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2-3. Ст. 12.

⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 62. Ст. 2509.

⁶ Про аудиторську діяльність: Закон України від 22 квітня 1993 р. № 3126-XII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3125-12> (дата звернення: 10.04.2018).

⁷ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (дата звернення: 10.04.2018).

керуючого”, її сутність, обсяг Закон про банкрутство не визначає, внаслідок чого незалежність арбітражного керуючого лишається певною декларацією без достатньої нормативної основи та належної практичної реалізації.

Незалежність арбітражного керуючого можна розглядати як певну сукупність взаємопов’язаних і взаємозалежних умов організаційного, економічного та особистісного характеру, за яких арбітражний керуючий самостійно, неупереджено, без втручання з боку інших учасників справи про банкрутство здійснює повноваження розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора керуючись законом, принципами добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого. Як видається, незалежність арбітражного керуючого забезпечується завдяки спеціальному порядку призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство; особливому характеру його повноважень, можливості ефективної реалізації повноважень незалежно від волі інших учасників справи про банкрутство та відсутності можливості з їхнього боку справляти вирішальний вплив на рішення і дії арбітражного керуючого; гарантіям матеріальної винагороди за виконання повноважень; морально-психологічним якостям арбітражного керуючого.

Існуючий порядок призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство передбачає визначення кандидата з використанням автоматизованої системи, що є невід’ємною складовою автоматизованої системи документообігу суду. Як зазначено в пп. 1.5 Положення про автоматизовану систему з відбору кандидатів на призначення арбітражного керуючого у справах про банкрутство, затвердженого постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 14 липня 2016 р. № 8, метою функціонування автоматизованої системи є ‘об’єктивний та неупереджений відбір кандидатів на призначення господарським судом арбітражного керуючого’⁸.

Слід позитивно оцінити автоматизацію процесу відбору кандидатів на призначення арбітражних керуючих у справу про банкрутство, оскільки вказаною процедурою значно мінімізуються корупційні ризики, пов’язані з визначенням тієї чи іншої кандидатури арбітражного керуючого господарським судом. Водночас варто зауважити, що діючий порядок не в повному обсязі вирішує проблему об’єктивного та неупередженого відбору кандидатів на призначення судом арбітражного керуючого, оскіль-

⁸ Про затвердження нової редакції Положення про автоматизовану систему з відбору кандидатів на призначення арбітражного керуючого у справах про банкрутство: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 14 липня 2016 р. № 8. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0008600-16> (дата звернення: 10.04.2018).

ки виключає можливість вирішального суддівського розсуду тільки при призначенні розпорядника майна. Що ж стосується процедури призначення керуючого санацією або ліквідатора у справу про банкрутство, то слід зазначити, що згідно з абзацом 6 ч. 1 ст. 114 Закону про банкрутство 'господарський суд не пов'язаний кандидатурами арбітражних керуючих, запропонованими комітетом кредиторів, та має право призначити арбітражного керуючого самостійно'⁹. Отже, діючий порядок допускає можливість вирішального суддівського розсуду при визначенні тієї чи іншої кандидатури арбітражного керуючого для призначення керуючим санацією або ліквідатором, що закладає ризики корупційного характеру.

Приймаючи рішення про перехід до стадії санації або ліквідації, комітет кредиторів виходить, зокрема, з професійних та особистісних якостей конкретного кандидата з числа арбітражних керуючих, оскільки від цього багато в чому залежить ефективність реалізації санаційних або ліквідаційних заходів. На основі цього здається логічним, що саме комітет кредиторів має визначати кандидатуру керуючого санацією або ліквідатора. При цьому роль суду в призначенні керуючого санацією, ліквідатора доцільно було б обмежити перевіркою формальних вимог, додержання яких вимагає Закон про банкрутство (наявність свідоцтва про право на зайняття діяльністю арбітражного керуючого, наявність договору страхування професійних ризиків, перевірка конфлікту інтересів, відсутність непогашеної судимості, наявність відповідних організаційно-технічних умов провадження діяльності арбітражного керуючого). Такий порядок дав би змогу, з одного боку, мінімізувати ризики корупційного характеру, пов'язані з суб'єктивним розсудом суду під час визначення конкретної кандидатури арбітражного керуючого при призначенні керуючого санацією, ліквідатора, а з другого – задовольнити колективний інтерес кредиторів як основних зацікавлених учасників справи про банкрутство.

Досліджуючи особливий характер повноважень арбітражного керуючого, слід звернути увагу на те, що значну частину повноважень арбітражний керуючий здійснює з певною свободою розсуду, оскільки має можливість із декількох юридично допустимих рішень обрати саме те, яке вважає найкращим за конкретних фактичних обставин. Поєднання публічно-правових повноважень із визначеною у Законі про банкрутство можливістю арбітражного керуючого в певних випадках діяти на власний розсуд, відповідно до власного розуміння духу і загальної спрямованості Закону, вказують на дискреційний характер таких повноважень.

⁹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

Наявність дискреції повноважень є необхідною передумовою незалежності арбітражного керуючого, оскільки здійснюючи функції розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора у справі про банкрутство, він не “механічно” застосовує ту чи іншу норму Закону про банкрутство до конкретного випадку, а самостійно визначає доцільність прийняття того чи іншого рішення (вчинення дії) з урахуванням фактичних обставин справи про банкрутство. Як приклад можна навести справу про банкрутство № 916/3466/14, в якій один з основних конкурсних кредиторів четвертої черги мав перед боржником незначну за розміром дебіторську заборгованість, що була єдиним активом у складі ліквідаційної маси. Розуміючи, що стягнення дебіторської заборгованості в цій ситуації фактично призвело б лише до задоволення вимог кредиторів першої-третьої черг за рахунок коштів одного з кредиторів четвертої черги, ліквідатор прийняв рішення не стягувати цю заборгованість на користь боржника-банкрута. Такі дії ліквідатора, незважаючи на формальну невідповідність ч. 2 ст. 41 Закону про банкрутство, згідно з якою ліквідатор має стягувати на користь боржника дебіторську заборгованість, були схвалені як комітетом кредиторів, так і господарським судом (ухвала Господарського суду Одеської області від 17 листопада 2016 р. у справі № 916/3466/14¹⁰).

Учасникам справи про банкрутство притаманне прагнення в той чи інший спосіб спонукати арбітражного керуючого діяти в їхніх інтересах і впливати на його рішення, зокрема шляхом прийняття рішень, якими арбітражний керуючий зобов’язується вчинити ті чи інші дії у визначений спосіб та строки. Такі рішення, як правило, стосуються найбільш цікавих для кредиторів питань, зокрема визначення конкретного суб’єкта оціночної діяльності для проведення оцінки майна банкрута, суб’єкта аудиторської діяльності для проведення аналізу фінансово-господарської діяльності банкрута, організатора аукціону, що здійснюватиме продаж майна боржника. Водночас зі змісту статей 22, 28, 41 Закону про банкрутство, якими визначаються, відповідно, повноваження розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора, вбачається, що оцінка майна боржника, аналіз фінансово-господарського стану боржника, визначення організатора аукціону віднесені до компетенції арбітражного керуючого. Такі повноваження арбітражний керуючий на власний розсуд може або здійснювати особисто, або згідно з п. 4 ч. 1 ст. 98 Закону про банкрутство залучати на договірних засадах для виконання цих повноважень спеціалізовані організації (оцінювачів, аудиторів, аукціоністів)¹¹.

¹⁰ Ухвала Господарського суду Одеської області від 17 листопада 2016 р. у справі № 916/3466/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62817414> (дата звернення: 10.04.2018).

¹¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

При здійсненні дискреційних повноважень арбітражний керуючий самостійно визначає той варіант поведінки, який він вважає доцільним, проте принцип незалежності арбітражного керуючого не зводиться до юридичної можливості прийняття рішень, які не збігаються з позицією інших учасників справи про банкрутство. Оскільки на арбітражного керуючого покладений обов'язок діяти добросовісно, розсудливо, обґрунтовано, з урахуванням усіх обставин, які мають значення для прийняття рішення (вчинення дії), навіть факт схвалення (погодження) зборами (комітетом) кредиторів рішення (дії) арбітражного керуючого не виключає можливості кваліфікації цих рішень (дій) як таких, що не відповідають критеріям незалежності, добросовісності, розсудливості та обґрунтованості. Як приклад можна навести досить поширену на практиці ситуацію, коли з метою відтермінування розрахунків перед окремими кредиторами, за домовленістю з адміністрацією боржника арбітражним керуючим вчиняються дії, якими штучно затягується перебіг процедур банкрутства (подання безпідставних позовів про повернення майна боржнику-банкруту, оскарження ухвал господарського суду у справі про банкрутство тощо), і такі дії схвалюються сформованим із числа афілійованих із боржником осіб комітетом кредиторів.

Видається правильним, що незалежність арбітражного керуючого при реалізації дискреційних повноважень підпорядкована принципу верховенства права, критеріям добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого, а свобода розсуду арбітражного керуючого не повинна перетинати межі, за якими дискреція стає нелегітимною.

Незалежність арбітражного керуючого значною мірою обумовлена можливістю ефективної реалізації його повноважень автономно від інших учасників справи про банкрутство. Проблема полягає у тому, що суттєва частина прав арбітражного керуючого не забезпечена ані кореспондуючим обов'язком відповідних суб'єктів (боржника, його посадових осіб, власників, банківських установ, адміністраторів державних реєстрів), ані санкціями за невиконання законних вимог арбітражного керуючого. Водночас належне виконання значної частини обов'язків арбітражного керуючого безпосередньо залежить від волі третіх осіб. Наприклад, проведення арбітражним керуючим інвентаризації майна та зобов'язань неможливе без активної участі адміністрації боржника, яка має забезпечити доступ до відповідного майна та бухгалтерської документації. Те саме стосується і проведення аналізу фінансово-господарського стану боржника, який неможливо здійснити без надання боржником господарських договорів, первинних документів, аналітичних даних бухгалтерського

обліку. Обов'язок розпорядника майна здійснювати контроль за виплатами кредиторам, на які згідно з ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство не розповсюджується дія мораторію, не забезпечений кореспондуючим обов'язком боржника повідомляти розпорядника майна про такі виплати, тоді як можливості оперативного доступу до інформації про рух коштів боржника розпорядник майна не має. Передбачений у ч. 3 ст. 22 Закону про банкрутство обов'язок арбітражного керуючого забезпечити збереження майна боржника передбачає обов'язкове залучення сторонніх суб'єктів (зберігачів, охоронців тощо), що практично можливе лише за умови фінансування цих витрат за рахунок коштів боржника чи кредиторів. Встановлений у ч. 2 ст. 41 Закону про банкрутство обов'язок ліквідатора вживати 'заходів, спрямованих на пошук, виявлення та повернення майна банкрута, що знаходиться у третіх осіб'¹², не забезпечений правом безперешкодного доступу до приміщень, у яких це майно міститься (на практиці часто трапляються випадки, коли майно боржника перебуває на території інших осіб, які за законом не зобов'язані забезпечувати вільний доступ арбітражного керуючого).

Таким чином, можливість реалізації значної частини прав та обов'язків арбітражного керуючого не забезпечена відповідними правовими механізмами та гарантіями, що безпосередньо впливає на рівень його незалежності. Вирішення цієї проблеми вбачається у наданні арбітражному керуючому повноважень безперешкодно відвідувати приміщення боржника – банкрута, а також територію інших осіб, на якій розміщені належні боржнику – банкруту майнові активи з метою їх обстеження та (або) повернення, встановлення юридичної відповідальності за перешкоджання виконанню повноважень арбітражного керуючого та невиконання його законних вимог.

Відсутність ієрархічної системи підпорядкування арбітражного керуючого виключає можливість адміністративно-управлінського впливу на його рішення і дії з боку боржника, кредиторів та інших учасників справи про банкрутство. Водночас незалежність арбітражного керуючого від інших учасників справи про банкрутство не є абсолютною. Найімовірніше, можна вести мову про певний рівень незалежності арбітражного керуючого.

При здійсненні повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора у справі про банкрутство для арбітражного керуючого є рівною мірою обов'язковими до виконання як приписи та розпорядження Міністерства юстиції України (далі – Мін'юст) (п. 6.9 Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна,

¹² Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

керуючих санацією, ліквідаторів), затвердженого наказом Мін'юсту від 27 червня 2013 р. № 1284/5¹³ (далі – Порядок контролю)), так і вимоги суду, що викладаються у процесуальних документах, прийнятих у справі про банкрутство (п. 7 ч. 3 ст. 2 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹⁴). Питання про обов'язковість для арбітражного керуючого рішень зборів (комітету) кредиторів є дискусійним. З одного боку, Закон про банкрутство не покладає на арбітражного керуючого прямий обов'язок виконувати рішення зборів (комітету) кредиторів, а з другого – невиконання рішень зборів (комітету) кредиторів може кваліфікуватись як неналежне виконання арбітражним керуючим покладених на нього повноважень. Наприклад, подання до суду заяв про визнання недійсними правочинів (спростування майнових дій) боржника з метою повернення до складу конкурсної маси активів, відчужених протягом підозрілого періоду, є правом, а не обов'язком арбітражного керуючого, а отже, реалізація цих повноважень залежить від його розсуду. Проте у разі невиконання арбітражним керуючим рішення зборів (комітету) кредиторів відносно подання заяви про визнання недійсним правочину (спростування майнових дій боржника), така бездіяльність арбітражного керуючого буде суперечити критеріям добросовісності, розсудливості та обґрунтованості, що передбачені у ст. 98 Закону про банкрутство¹⁵. Аналогічно арбітражним керуючим мають виконуватися рішення комітету кредиторів про підготовку проекту плану санації або мирової угоди, про проведення позапланової інвентаризації активів боржника та інші рішення, реалізація яких залежить від арбітражного керуючого. Викладене свідчить про можливість господарського суду, Мін'юсту, зборів (комітету) кредиторів чинити безпосередній вплив на хід та порядок реалізації повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство.

Слід згадати і необґрунтовано розширене коло суб'єктів, яким підконтрольний та підзвітний арбітражний керуючий. Контроль за дотриманням арбітражним керуючим вимог законодавства одночасно здійснюється саморегулюючими організаціями арбітражних керуючих (п. 1 ч. 1 ст. 118 Закону про банкрутство), Мін'юстом (ст. 106 Закону про банкрутство) та господарським судом (ч. 4 ст. 40 Закону про банкрутство)¹⁶. Контроль виконання арбітражним керуючим судових рішень, прийнятих у справі

¹³ Порядок контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів): наказ Міністерства юстиції України від 27 червня 2013 р. № 1284/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1113-13> (дата звернення: 10.04.2018).

¹⁴ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 16 листопада 1991 р. № 1798-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 10.04.2018).

¹⁵ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (п. 7).

¹⁶ Там само.

про банкрутство, здійснюється судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, та одночасно Мін'юстом (ч. 2.6 Порядку контролю). Крім того, протягом процедур банкрутства на арбітражного керуючого покладається обов'язок подавати фінансову, статистичну звітність (абзац 4 ч. 6 ст. 28, ч. 2 ст. 116 Закону про банкрутство), звітність про хід процедур банкрутства господарському суду (абзац 9 ч. 3 ст. 22, ч. 14 ст. 28, ч. 5 ст. 31, ст. 36, ч. 3 ст. 39, ст. 46 Закону про банкрутство), комітету кредиторів (ч. 9 ст. 41 Закону про банкрутство), органу, уповноваженому управляти державним майном (ч. 6 ст. 114 Закону про банкрутство), Мін'юсту (ч. 2 ст. 116 Закону про банкрутство)¹⁷. Відповідно до встановленого у ст. 13 ГПК України¹⁸ принципу змагальності учасників судового розгляду, вбачається правильним, що контроль за ефективністю діяльності арбітражного керуючого має відбуватися не завдяки створенню широкого кола контролюючих суб'єктів, яким підзвітний арбітражний керуючий, а завдяки процесуальній активності зацікавлених учасників справи про банкрутство (кредиторів та боржника) під керуванням об'єктивного та неупередженого суду. У такому разі контроль за діяльністю арбітражного керуючого відбувається без шкоди його незалежності, адже арбітражний керуючий нарівні з іншими учасниками справи про банкрутство доводить законність та обґрунтованість вчинених ним дій чи прийнятих рішень перед судом, який ухвалює з цього приводу остаточне рішення. Нині Мін'юст фактично дублює функції суду, оскільки здійснює контроль арбітражного керуючого, надає обов'язкові до виконання приписи та розпорядження, вирішує питання про відповідність законодавству дій чи рішень арбітражного керуючого, приймає рішення щодо зупинення або припинення його діяльності. Потенційна загроза незалежності арбітражного керуючого у цьому разі полягає в множинності суб'єктів, які за результатами здійснюваного контролю мають можливість прийняти рішення про припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство або рішення про припинення права на зайняття діяльністю арбітражного керуючого. З огляду на це вбачається доцільним визначення внутрішнього контролю з боку учасників справи про банкрутство та суду як єдиної форми контролю за діяльністю арбітражного керуючого.

Розглядаючи ступінь впливу інших учасників справи про банкрутство на діяльність арбітражного керуючого, слід згадати неповноту правового регулювання діяльності ліквідаційної комісії, обов'язковість створення якої при відкритті ліквідаційної процедури передбачена Законом про

¹⁷ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

¹⁸ Господарський процесуальний кодекс України (н 14).

банкрутство. Згідно з ч. 3 ст. 40 ‘ліквідаційна комісія виконує свої повноваження до завершення ліквідаційної процедури в порядку, встановленому цим Законом та іншими нормативно-правовими актами’¹⁹. Проте ані Закон про банкрутство, ані інші нормативно-правові акти не встановлюють порядку виконання повноважень ліквідаційною комісією, що призводить до правової невизначеності. Системне тлумачення ч. 2 ст. 40 Закону про банкрутство, що встановлює перелік осіб, представники яких включаються до ліквідаційної комісії, та ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, що визначає підстави припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство, дає змогу дійти висновку, що утворення ліквідаційної комісії не є підставою для припинення повноважень ліквідатора – арбітражного керуючого, проте до складу ліквідаційної комісії він не входить. Через відсутність порядку виконання повноважень ліквідаційною комісією постає проблема розмежування повноважень між ліквідатором – арбітражним керуючим та ліквідаційною комісією. Якщо ж припустити, що має місце недолік законодавчої техніки, і насправді законодавець передбачав роботу ліквідатора – арбітражного керуючого у складі ліквідаційної комісії, постає проблема визначення пріоритету між прийнятими більшістю голосів рішень ліквідаційної комісії як колегіального органу та рішеннями арбітражного керуючого, який згідно зі ст. 99 Закону про банкрутство є незалежним²⁰.

Видається правильним, що ліквідаційна процедура має здійснюватися одним із двох альтернативних варіантів: або ліквідаційна процедура проводиться одноособово арбітражним керуючим, що реалізує повноваження ліквідатора, керуючись принципом незалежності, або на підставі рішення комітету кредиторів ліквідаційна процедура здійснюється колегіальним органом – ліквідаційною комісією, до складу якої арбітражний керуючий не включається. У зв’язку з цим ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, якою встановлюються підстави припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство, також має бути доповнена положенням, відповідно до якого з моменту затвердження господарським судом складу ліквідаційної комісії повноваження ліквідатора – арбітражного керуючого припиняються.

Звертаючись до чинників матеріального характеру, якими забезпечується незалежність арбітражного керуючого, слід зазначити, що належний і достатній рівень оплати праці арбітражного керуючого є запорукою його самостійності та неупередженості. Незважаючи на тривалий строк існування інституту арбітражних керуючих, доводиться конста-

¹⁹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

²⁰ Там само.

тувати наявність істотних проблем, пов'язаних із забезпеченням матеріальної складової незалежності арбітражних керуючих, які полягають у недосконалості механізму сплати винагороди та відшкодування витрат арбітражного керуючого. Згідно з частинами 1, 3 ст. 45 Закону про банкрутство основна грошова винагорода арбітражного керуючого сплачується на засадах пропорційності з вимогами кредиторів першої черги²¹. Тобто можливість арбітражного керуючого отримати в повному обсязі грошову винагороду пов'язується Законом із необхідністю погашення у відповідному (пропорційному) обсязі вимог кредиторів першої черги. У випадку недостатності коштів боржника, що має місце в переважній більшості випадків, це призводить до недоотримання арбітражним керуючим належної йому винагороди. Але правове положення арбітражного керуючого, характер і мета його діяльності істотно відрізняються від положення кредиторів боржника, що передбачає необхідність своєчасного та повного відшкодування його витрат і сплати винагороди незалежно від розміру задоволення вимог кредиторів. Уявляється правильним, що основна грошова винагорода арбітражного керуючого та відшкодування його витрат має здійснюватися позачергово, незалежно від розміру задоволених вимог кредиторів першої черги. Необґрунтованим слід визнати і законодавче обмеження максимального розміру винагороди арбітражного керуючого десятьма мінімальними заробітними платами. Розмір винагороди арбітражного керуючого залежить від індивідуальних обставин справи про банкрутство. Враховуючи, що така винагорода сплачується за рахунок коштів кредиторів або конкурсної маси, яка є джерелом задоволення вимог тих же кредиторів, здається невиправданим зайве піклування законодавця про максимальний розмір винагороди арбітражного керуючого. Проблема полягає в тому, що навіть за наявності волі кредиторів на встановлення розміру винагороди арбітражного керуючого вище за передбачений Законом про банкрутство максимум, правові підстави для затвердження такого розміру винагороди у суду відсутні. З огляду на недоцільність законодавчого обмеження максимального розміру основної винагороди арбітражного керуючого, вбачається правильним віднести затвердження її розміру до повноважень комітету кредиторів. Додаткова винагорода арбітражного керуючого віднесена Законом про банкрутство до п'ятої черги вимог кредиторів, тоді як основна частина вимог кредиторів у справах про банкрутство концентрується у першій-четвертій чергах реєстру вимог кредиторів та в переважній більшості випадків не задовольняється за браком майна боржника. Отже, вірогідність отримання арбітражним керуючим додаткової винагороди

²¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

вже на законодавчому рівні зведена до мінімуму. У практиці випадки отримання арбітражним керуючим додаткової винагороди є поодинокими. Таким чином, встановлений Законом про банкрутство порядок сплати додаткової винагороди арбітражного керуючого не виконує свого основного призначення – стимулювання арбітражного керуючого до вжиття заходів із повернення активів боржника – банкрута. На нашу думку, з метою забезпечення матеріальної складової незалежності арбітражного керуючого додаткова винагорода має сплачуватися йому позачергово за фактом повернення активів до конкурсної маси боржника. Слід згадати також неповноту правового регулювання порядку сплати грошової винагороди та відшкодування витрат арбітражному керуючому. У Законі про банкрутство відсутні норми, які встановлювали б порядок оплати винагороди арбітражного керуючого у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси, що призводить до нестабільності судової практики. Долаючи цю прогалину, суди, як правило, застосовують за аналогією норми трудового права, та констатуючи неприпустимість безоплатної праці арбітражного керуючого, покладають обов'язок сплати винагороди арбітражного керуючого на кредиторів (постанови Вищого господарського суду України від 8 листопада 2016 р. у справі № 915/1961/14²²; від 21 грудня 2016 р. у справі № 916/64/13-г²³; від 27 жовтня 2015 р. у справі № 911/1056/13²⁴; від 10 лютого 2015 р. у справі № 5004/1622/12²⁵). З точки зору забезпечення стабільності гарантій матеріальної незалежності арбітражного керуючого, здається доцільним уникнути застосування аналогії законодавства в питанні сплати винагороди арбітражного керуючого, оскільки таке застосування у кожному конкретному випадку обумовлене розсудом судді як суб'єкта правозастосування. На наше переконання, правильним є доповнити ст. 115 Закону про банкрутство, яка встановлює правила сплати винагороди арбітражного керуючого, положенням, відповідно до якого у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси витрати на сплату винагороди арбітражного керуючого несуть кредитори пропорційно до розміру їхніх вимог до боржника.

Особистісні чинники, якими забезпечується незалежність арбітражного керуючого, – це насамперед його соціально-психологічна установка, що ґрунтується на системі моральних цінностей та слугує орієнтиром вибору оптимального варіанта поведінки під час реалізації повноважень

²² Постанова Вищого господарського суду України від 8 листопада 2016 р. у справі № 915/1961/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62593215> (дата звернення: 10.04.2018).

²³ Постанова Вищого господарського суду України від 21 грудня 2016 р. у справі № 916/64/13-г. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63713003> (дата звернення: 10.04.2018).

²⁴ Постанова Вищого господарського суду України від 27 жовтня 2015 р. у справі № 911/1056/13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52953265> (дата звернення: 10.04.2018).

²⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 10 лютого 2015 р. у справі № 5004/1622/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42683987> (дата звернення: 10.04.2018).

у справі про банкрутство. На забезпечення особистісної незалежності арбітражного керуючого спрямовані положення п. 7 ч. 2 ст. 98, ч. 5 ст. 98, п. 4 ч. 2 ст. 114, п. 6 ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, якими встановлено вимоги щодо неприпустимості виникнення конфлікту інтересів, а також положення ч. 3 ст. 98, які місять вимоги щодо добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого²⁶. Утім, слід визнати, що незалежність арбітражного керуючого значною мірою залежить від його моральних якостей, тому що свідомість особи не охоплюється можливостями законодавчого регулювання. До таких якостей слід віднести, зокрема: організаторські (навички керівництва та організаційної діяльності, оперативність, дисциплінованість, творчість мислення, ініціативність), комунікативні (здатність до кооперації та групової роботи, визнання з боку оточуючих, відкритість, вміння проводити узгоджувальні процедури), мотиваційно-вольові (цілеспрямованість, нейтральність, неупередженість, обачливість, добросовісність, уважність, порядність). Оскільки можливості Закону про банкрутство як соціального регулятора обмежені, здається правильним, аби активну роль у становленні принципу незалежності арбітражного керуючого через поступове формування відповідних особистісних якостей відігравали саморегулюючі організації арбітражних керуючих як виразники колективного інтересу професійної спільноти арбітражних керуючих. Першим кроком на цьому шляху має стати прийняття кодексу професійної етики арбітражного керуючого.

Висновки. Встановлення на рівні Закону про банкрутство принципу незалежності арбітражного керуючого є необхідною, проте недостатньою умовою втілення його в життя. Забезпечити реальну незалежність арбітражного управління можна лише шляхом поступової побудови системи ефективно працюючих елементів організаційного, компетенційного, матеріального та особистісного характеру. Першочерговими завданнями на цьому шляху мають стати: 1) виключення можливості впливу факторів корупційного характеру на процес призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство завдяки обмеженню ролі господарського суду перевіркою формальних вимог, яким має відповідати запропонована комітетом кредиторів кандидатура арбітражного керуючого; 2) зменшення рівня залежності арбітражного керуючого при виконанні покладених на нього обов'язків від інших учасників справи про банкрутство шляхом надання йому додаткових повноважень із виявлення та забезпечення збереження майнових активів боржника й запровадження юридичної відповідальності за невиконання законних

²⁶ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

вимог арбітражного керуючого; 3) обмеження кола суб'єктів контролю за діяльністю арбітражного керуючого учасниками справи про банкрутство та господарським судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство; 4) надання формальної визначеності положенням Закону про банкрутство, що регламентують реалізацію повноважень арбітражного керуючого у разі створення ліквідаційної комісії; 5) встановлення позачергового порядку оплати грошової винагороди арбітражного керуючого, покладення обов'язку з оплати праці арбітражного керуючого на кредиторів у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси. Професійна спільнота арбітражних керуючих має зосередитися переважно на тих сферах, які не охоплюються можливостями законодавчого регулювання, зокрема сприяти вихованню високих морально-психологічних якостей арбітражних керуючих. У протилежному випадку встановлена Законом про банкрутство незалежність арбітражного управління залишиться суто декларативним поняттям без реального змістовного наповнення.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Economic Procedural Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lystopada: 1991 r. № 1798-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
2. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
3. Poriadok kontroliu za diialnistiu arbitrazhnykh keruiuchykh (rozporiadnykiv maina, keruiuchykh sanatsiieiu, likvidatoriv) [The Procedure for Controlling the Activities of Arbitration Managers (Property Managers, Sanitation Managers, Liquidators)]: nakaz Ministerstva yustytzii Ukrainy [Order of the Ministry of Justice of Ukraine] vid 27 chervnia 2013 r. № 1284/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1113-13> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
4. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judiciary and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
5. Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrutom [On Restoring the Debtor's Solvency or Recognizing it as a Bankrupt]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 14 travnia 1992 r. № 2343-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
6. Pro zatverdzhennia novoi redaktsii Polozhennia pro avtomatyzovanu systemu z vidboru kandydativ na pryznachennia arbitrazhnoho keruiuchoho u spravakh pro bankrutstvo [On Approval of the New Edition of the Regulation on the Automated System for Selecting Candidates for the Appointment of the Arbitrator in Bankruptcy Cases]: postanova Plenumu Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy [Resolution of

the Plenum of the Supreme Economic Court of Ukraine] vid 14 lypnia 2016 r. № 8.
URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0008600-16> (accessed: 10.04.2018)
(in Ukrainian).

Cases

9. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 10 liutoho 2015 r. u spravi № 5004/1622/12 [Judgement 5004/1622/12 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 10 February 2015]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42683987> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
10. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 21 hrudnia 2016 r. u spravi № 916/64/13-h [Judgement 916/64/13-r of the Supreme Economic Court of Ukraine, 21 December 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63713003> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
11. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 27 zhovtnia 2015 r. u spravi № 911/1056/13 [Judgement 911/1056/13 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 27 October 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52953265> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
12. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 8 lystopada 2016 r. u spravi № 915/1961/14 [Judgement 915/1961/14 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 8 November 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62593215> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
13. Ukhvala Hospodarskoho sudu Odeskoi oblasti vid 17 lystopada 2016 r. u spravi № 916/3466/14 [Judgement 916/3466/14 of the Economic Court of the Odessa region, 17 November 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62817414>. (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

14. Poliakov B, 'Arbitrazhnyi keruiuchyi – naizalezhnisha osoba protsedury bankrutstva' ['Arbitrage Manager is the Most Insolvent Person in the Bankruptcy Procedure'] (2001) 3 Visnyk hospodarskoho sudochynstva 86 (in Ukrainian).

Artem Danilov

INDEPENDENCE AS THE OPERATIONAL PRINCIPLE
OF AN INSOLVENCY OFFICER

ABSTRACT. Independence of an insolvency officer is the core element of his/her legal status and at the same time the principle of arbitration management. Independence directly affects the efficiency of an insolvency officer's performance and the capability to achieve the goal of arbitration management – which is to assure an appropriate balance of interests of the persons involved in a bankruptcy case. In the context of this goal, for bankruptcy proceedings it is crucial to ensure an insolvency officer's independence as a necessary prerequisite for fairness and impartiality of the process. The institutional experience of insolvency officer's functioning in Ukraine has revealed some theoretical and practical issues associated with ensuring of insolvency officer's independence, and these issues require scientific research and understanding. The relevance of the central

topic of this article ensues from the lack of comprehensive studies of the principle of insolvency officer's independence, and also from many unresolved issues which may be seen today in relation to the independence of an insolvency officer in bankruptcy proceedings.

The purpose of the article is to analyze the reasons which negatively affect the practical implementation of the principle of an insolvency officer's independence in the context of exercising the powers of asset manager, rehabilitation manager and liquidator in the bankruptcy proceedings, and also to present the author's vision of the ways to enhance the level of insolvency officer's independence.

The author reviews the principle of an insolvency officer's independence; formulates the concept of independence of an insolvency officer and examines the factors ensuring the independence of arbitration management. At the same time, the author suggests which measures may be taken to enhance the level of independence and impartiality of an insolvency officer.

The author comes to the conclusion that the principle of an insolvency officer's independence established by the legislation has a declarative nature. For a real implementation of the principle of an insolvency officer's independence, joint efforts of the State and the professional community of insolvency officers are needed with a view to building of the system of efficient elements of an organizational, competency-related, material, and personal nature.

KEYWORDS: bankruptcy in Ukraine; insolvency officer; independent professional activity; competitive process.