

**СУВОРИСТЬ ПРОЦЕДУРИ НЕСПРОМОЖНОСТІ (БАНКРУТСТВА):
АСПЕКТ СОЛІДАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ****THE SEVERITY OF THE INSOLVENCY (BANKRUPTCY) PROCEDURE:
AN ASPECT OF JOINT AND SEVERAL LIABILITY****Поляков Р.Б., PhD in Law,
молодший науковий співробітник,***Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України*

Стаття присвячена аспекту солідарної відповідальності у процедурі банкрутства. Можливість поширення негативних наслідків процедури неспроможності на третіх осіб, а саме на засновників і керівників боржника, є доволі звичною справою конкурсного процесу, яка просякнута глибоким історичним корінням.

Метою статті є виявлення ознак солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника у процедурі неспроможності (банкрутства) в Україні та в інших державах і формулювання пропозицій щодо змін до Кодексу України з процедур банкрутства в питаннях солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника з метою адаптації стандартів захисту приватних прав, свобод та інтересів до стандартів Європейської конвенції з прав людини.

Автором визначається, що солідарна відповідальність як особлива відповідальність наявна не тільки в українській процедурі банкрутства, а й у процедурах неспроможності інших країн світу.

У статті звертається увага на те, що нинішнє правове регулювання солідарної відповідальності в Кодексі України з процедур банкрутства ототожнює три різні фінансові стани боржника – загроза неплатоспроможності, неплатоспроможність та неоплатність. Наголошується, що, незважаючи на нещодавні зміни до ч. 6 ст. 34 Кодексу України з процедур банкрутства та наявну судову практику з процедур банкрутства, під загрозою опиняються учасники органів управління боржника, які позбавлені можливості самостійно ініціювати процедуру банкрутства.

Усупереч існуючій в українському науковому просторі думці, доводиться відповідність солідарної відповідальності у процедурі банкрутства принципам цивільного права, оскільки вона узгоджується зі ст. 1166 Цивільного кодексу України.

У статті зауважено, що в Німеччині за діяння, за яке в Україні встановлюється солідарна відповідальність, передбачається кримінальна відповідальність, поряд з якою існує й матеріальна.

Обґрунтовується необхідність збереження коштів, отриманих від стягнення із солідарних боржників, до ліквідаційної маси, адже такий підхід узгоджується як із принципом «*communio*», так і з правозастосовним досвідом Франції. Автор зазначає, що протилежний підхід призведе до правового хаосу у виді незліченної кількості індивідуальних позовів, а відповідно, до порушення ст. 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини.

Наголошується, що у Франції кредитори не наділені доступом до інституту солідарної відповідальності у процедурі неспроможності, а також виявлено віднесення французькими судами факту недотримання керівниками боржника 45-денного періоду звернення з моменту настання неплатоспроможності до суду із заявою про відкриття провадження у справі про звичайну санацію чи ліквідацію до категорії простої недбалості (ориг. – *simple négligence*), яка виключає можливість притягнення до матеріальної відповідальності.

За результатами дослідження та виявленими недоліками українського правового регулювання пропонується внести зміни до ч. 6 ст. 34 Кодексу України з процедур банкрутства, ураховуючи правозастосовний досвід Німеччини та Франції в цьому аспекті.

Ключові слова: солідарна відповідальність, органи управління, процедура банкрутства, неспроможність, неплатоспроможність, загроза неплатоспроможності, Європейська конвенція з прав людини.

The article is devoted to the aspect of joint and several liability in bankruptcy proceedings. The possibility of spreading the negative consequences of the insolvency proceedings to third parties, namely to the founders and managers of the debtor, is a fairly common matter of the competitive process, which is steeped in deep historical roots.

The purpose of the article is to identify the signs of joint and several liability of the debtor's managers (management bodies) in the insolvency (bankruptcy) procedure in Ukraine and in other countries and to formulate proposals for amendments to the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures in matters of joint and several liability of the debtor's managers (management bodies) in order to adapt the standards of protection of private rights, freedoms and interests to the standards of the European Convention on Human Rights.

The author determines that joint and several liability as a special liability is present not only in the Ukrainian bankruptcy procedure, but also in the insolvency procedures of other countries of the world.

The article draws attention to the fact that the current legal regulation of joint and several liability in the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures identifies three different financial states of the debtor - the imminent insolvency, insolvency and overindebtedness. It is emphasized that, despite recent amendments to the Part 6 of Article 34 of the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures and existing judicial practice on bankruptcy procedures, the participants of the debtor's management bodies are at risk due to the deprivation of the opportunity to independently initiate the bankruptcy procedure.

Contrary to the prevailing opinion in the Ukrainian scientific community, the article proves the compliance of joint and several liability in the bankruptcy procedure to the principles of civil law, since it is consistent with Article 1166 of the Civil Code of Ukraine.

It is noted that in Germany, along with material liability, legislator provides a criminal liability for an action for which in Ukraine established joint and several liability.

The necessity of including funds received from collection from joint and several debtors in the liquidation estate is justified, since this approach is consistent with both the principle of "communio" and the legal experience of France. The author notes that the opposite approach will lead to legal chaos in the form of an innumerable quantity of individual claims, and accordingly, to a violation of Art. 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights.

It is noted that in France, creditors are not granted access to the institution of joint and several liability in insolvency proceedings. Also it was revealed that French courts classify the fact of failure by the debtor's managers to comply with the 45-day period from the moment of cessation of payments to apply to the court with an application to initiate proceedings in a case of rehabilitation or liquidation as simple negligence, which excludes the possibility of being held financially liable.

Based on the results of the study and the found shortcomings of Ukrainian legal regulation, it is proposed to amend Part 6 of Article 34 of the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures, taking into account the law enforcement experience of Germany and France in this aspect.

Key words: joint and several liability, management bodies, bankruptcy procedure, insolvency, payment inability, imminent insolvency, European Convention on Human Rights.

«La faillite est empreinte d'une telle suspicion, elle fait à la bonne foi une place si réduite, que les commerçants sur le point de tomber croient voir devant eux, inscrite en traits de feu, l'inexorable formule qui décorait la porte de l'enfer du Dante» (Edmond Thaller, 1887 [1, с. 204]).

Постановка проблеми. Конкурсний процес, процедура банкрутства або неспроможності – як не назвати процес розв'язання проблем неплатоспроможного боржника, за своєю сутністю він залишається незмінним, і питання його суворості не є винятком. Беззаперечними залишаються необхідність та вимушеність такої суворості, адже процедура неспроможності не може бути розцінена як звичайне, ординарне явище. Навпаки, вона виступає крайнім заходом, останньою межею, до якої звертаються у виключному, небезпечному для економіки й товарного обороту стані – неплатоспроможності боржника.

Ураховуючи зазначене, як у часи античності неплатоспроможного боржника продавали в рабство, а в Новий час таких боржників ув'язнювали, так і в період сучасності процедура неспроможності може негативно та суворо позначитися на засновниках та керівниках боржника. Безумовно, така суворість процедури неспроможності відрізнятиметься в кожній державі, оскільки залежно від правосвідомості, історичного розвитку й економічного стану їхні законодавці обирають різну модель регулювання процедури неспроможності шляхом балансування між дебіторським і кредиторськими інтересами.

Саме тому під час аналізу української моделі солідарної відповідальності у процедурі банкрутства доцільно провести порівняння з аналогічними іноземними моделями.

Огляд літератури. Проблематика застосування і подальшої реалізації солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника у процедурі неспроможності (банкрутства) в Україні та в інших державах була предметом дослідження таких вітчизняних та іноземних науковців: Д. Деркач, С. Жуков, Д. Жібіріла, Ю. Колос, Н. Лайтхаус, Ю. Менке, І. Ноак, Б. Поляков, Ф. Шнайдер та ін.

Водночас в Україні мають місце законодавчі зміни в питаннях солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника у процедурі неспроможності (банкрутства), що обумовлює необхідність дослідження в цьому аспекті.

Метою статті є виявлення ознак солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника у процедурі неспроможності (банкрутства) в Україні та в інших державах і формулювання пропозицій щодо змін до Кодексу України з процедур банкрутства в питаннях солідарної відповідальності керівників (органів управління) боржника з метою адаптації стандартів захисту приватних прав, свобод та інтересів до стандартів Європейської конвенції з прав людини.

Виклад основного матеріалу. Можливість поширення негативних наслідків процедури неспроможності на третіх осіб, а саме на засновників і керівників боржника, є доволі звичною справою конкурсного процесу, яка просякнута глибоким історичним корінням.

Однак у сучасних реаліях такий історичний експрес мало доречний, оскільки найголовнішою передумовою виникнення цього феномена є сутність процедури неспроможності – настання небезпечного, насамперед для суспільства, стану боржника – його неплатоспроможності.

До того ж ступінь і тяжкість негативних наслідків у сучасний період безпосередньо залежатимуть від рівня серйозності небезпеки та усвідомлення учасниками ділового обороту безальтернативності застосування спеціальних засобів і заходів у випадку настання неплатоспроможності. Досягнення окресленої мети відбувається шляхом

балансування інтересів, або ж реалізації методу «батога і медівника», що полягатиме у створенні різної стимуляції боржника до «раннього звернення» по допомогу.

З іншого боку, не слід забувати про Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Перший протокол до ЄКПЛ) [2], статтею 1 якого гарантується захист права власності при безпідставному чи неналежно обґрунтованому застосуванні негативних наслідків до боржника та його керівників.

В Україні з моменту вступу в дію Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КЗПБ) [3] запрацював інститут солідарної відповідальності органів боржника. І, на жаль, та, певно, це не викликає здивування, не обійшлося без недосконалої юридичної техніки, адже законодавець приділяє такому значущому питанню лише одну частину статті.

Б. Поляков зазначав: «Коли в кораблі з'являється пробоїна, то капітан повинен ужити заходів щодо безпеки судна, вантажу та екіпажу. Зовсім протилежне намагається застосувати Кодекс з процедур банкрутства стосовно керівника боржника. З першого дня затримки платежів йому пропонують відразу вести підприємство “на дно”» [4].

За задумом українського законодавця, ч. 6 ст. 34 КЗПБ покликана бути «батогом» для боржників і заохотити їх своєчасно звертатись до суду із заявою про відкриття провадження у справі. Для цього законодавець відводить місяць часу і визначає суб'єкт, на який покладатиметься обов'язок, – органи управління боржника. С. Жуков зазначає: «Саме введення “солідарної відповідальності керівника боржника” вказує на те, що законодавець надає перевагу саме ініціюванню банкрутства не кредитором, а боржником, за умов, визначених кодексом» [5].

Необхідно наголосити, що в березні 2023 року Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 20 березня 2023 року № 2971-IX [6] було внесено зміни до цієї правової норми, такий обов'язок було передбачено саме для органів управління, а не для керівника боржника, як це було раніше. І, безумовно, такі нововведення необхідно розцінювати винятково критично з огляду на таке.

Чинна редакція КЗПБ не містить визначення поняття «органи управління боржника», і тому єдине визначення такого поняття можливо віднайти в положеннях Цивільного кодексу України [7] (далі – ЦК України), а саме у ст. 97, яка присвячена питанню управління товариством. У частині 2 цієї норми ЦК України законодавець визначає органами управління, якщо інше не вказано законом, загальні збори і виконавчий орган.

Описане посилюється судовою практикою, яка вносить певні корективи до розуміння поняття «органи управління» боржником. У постанові Касаційного господарського суду Верховного Суду (далі – КГС ВС) у складі суддів палати для розгляду справ про банкрутство від 4 вересня 2024 року у справі № 908/3236/21 [8] зазначено: «Водночас термін “органи управління боржника” у частині шостій статті 34 КУЗПБ застосовуються не у тому значенні, яке має цей термін за положеннями ЦК України. ... Тож, оскільки органи управління юридичної особи не є учасниками цивільних відносин, суб'єктами права, вони не можуть нести відповідальність, а при належному тлумаченні частини шостої статті 34 КУЗПБ під суб'єктами відповідальності слід розуміти членів органів управління боржника – юридичної особи» [8].

Таким чином, завдяки описаній новелі під загрозою опиняються учасники загальних зборів незалежно від розміру їхньої частки, що, зрештою, нагадує нам англійську процедуру неспроможності, адже у ст. 74 Акта неспроможності [9] англійський законодавець визначає обов'язок нинішніх і колишніх членів товариства внести вклад, достатній для покриття боргів цього товариства.

При цьому пункт «d» ч. 2 зазначеної норми англійського законодавства передбачає обмеження вкладу акціонерів розміром їхніх акцій, а отже, є тотожним положенням абз. 2 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» [10]. Щоправда, англійський законодавець на відміну від українського не залишає учасників боржника «заручниками» ситуації та дозволяє їм подати заяву про відкриття провадження у справі про неспроможність, присвячуючи ч. 3 ст. 124 Акта неспроможності уповноваженню на це учасників, які нести будуть відповідальність за борги підприємства згідно зі ст. 76 Акта неспроможності.

Лорд Рід у п. 81 рішення Верховного Суду Великої Британії від 5 жовтня 2022 року у справі BTL 2014 LLC (Appellant) v Sequana SA and others (Respondents) [2022] UKSC 25 [11] зазначив: «81. *Where the company is insolvent or bordering on insolvency but is not faced with an inevitable insolvent liquidation or administration, the directors' fiduciary duty to act in the company's interests has to reflect the fact that both the shareholders and the creditors have an interest in the company's affairs. In those circumstances, the directors should have regard to the interests of the company's general body of creditors, as well as to the interests of the general body of shareholders, and act accordingly. Where their interests are in conflict, a balancing exercise will be necessary. Consistently with what was said in Kinsela at p 733 (para 33 above), and with the reasoning in paras 48–59 above, it can I think be said as a general rule that the more parlous the state of the company, the more the interests of the creditors will predominate, and the greater the weight which should therefore be given to their interests as against those of the shareholders. That is most clearly the position where an insolvent liquidation or administration is inevitable, and the shareholders consequently cease to retain any valuable interest in the company*» («81. Якщо компанія є неплатоспроможною чи на межі неплатоспроможності, але не стикається з неминуною процедурою неспроможності чи реструктуризацією, фідучіарний обов'язок директорів діяти в інтересах компанії має відображати той факт, що як акціонери, так і кредитори зацікавлені у справах компанії. За таких обставин директори повинні враховувати інтереси загалу кредиторів компанії, а також інтереси загального органу акціонерів і діяти відповідно. Там, де їхні інтереси суперечать, необхідно віднайти баланс. Відповідно до того, що було сказано у справі “Кінсела” на с. 733 (пункт 33 вище), і міркувань у пунктах 48–59 вище, я вважаю, що можна визначити як загальне правило, що, чим гірший стан компанії, тим більше переважатимуть інтереси кредиторів, і тим більшу вагу слід надавати їхнім інтересам порівняно з інтересами акціонерів. Це найбільш очевидно, коли процедура неспроможності чи реструктуризації є неминуною, акціонери, як наслідок, перестають зберігати будь-які цінні інтереси в компанії») [11].

Звичайно, ідея солідарної відповідальності керівників боржника не є чимось невідомим і новітнім, власне, так само, як і її реалізація, тому для кращого розуміння цієї проблематики, звичайно, необхідно звернутися до порівняльно-правового аналізу процедур неспроможності інших держав. З метою максимізації користі такого аналізу доречним буде звернення до представників романо-германської правової сім'ї з прокредиторськими і продебіторськими моделями процедури неспроможності. Такий підхід дасть змогу об'єктивно оцінити стан розвитку зазначеного інституту права неспроможності (банкрутства) в кожній моделі та, відповідно, віднайти слабкі місця процедури банкрутства в українському законодавстві.

Під описані критерії підпадають Франція та Німеччина як представники різних таборів – романської сім'ї з продебіторською моделлю та германської сім'ї з прокредиторською моделлю.

Почнемо з аналізу німецької процедури неспроможності.

Р. Лайтхаус та Ю. Менке, аналізуючи наведене нами вище рішення Верховного суду Великої Британії, зазначають про відсутність аналогічного підходу до захисту кредиторських інтересів у Німеччині: «*Im deutschen Recht besteht keine vergleichbare gesetzliche Grundlage für die grundsätzlich vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen in der Krise*» («У німецькому законодавстві немає аналогічної правової основи для фундаментального пріоритету інтересів кредиторів під час кризи») [12]. На жаль, не можемо поділити таку позицію та вважаємо її необґрунтованою.

Необхідно звернути увагу на положення § 15a *Insolvenzordnung* (далі – Статут неспроможності) [13]. Зазначений параграф із назвою “*Antragspflicht bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften*” («Зобов'язання подати заяву для юридичних осіб і дієздатних товариств») І. Ноак вважає одним із найважливіших положень у корпоративній неспроможності [14].

Сутність цієї правової норми зводиться до обов'язку членів органу представництва боржника подати заяву про відкриття провадження у справі про неспроможність у термін 3 тижні (при виникненні неплатоспроможності (ориг. – *Zahlungsunfähigkeit*)) та 6 тижнів (при виникненні неоплатності (ориг. – *Überschuldung*)) (ч. (1) § 15a Статуту неспроможності). При цьому санкція за порушення такого регулювання є дуже значною – позбавлення волі до 3 років (а у випадку недбалості – 1 рік (ч. (5) § 15a Статуту неспроможності)) чи штраф. І на цьому етапі варто наголосити, що у світлі розуміння ч. (4) § 15a Статуту неспроможності санкція настає як у випадку неподання чи несвоєчасного подання заяви, так і у випадку некоректного подання заяви про відкриття провадження.

Ураховуючи зазначене, керівники компаній у Німеччині повинні враховувати інтереси кредиторів під загрозою кримінальної відповідальності, яка спонукає їх якнайшвидше звернутися по судову допомогу у кризовій ситуації.

І, як убачається з п. 14 нещодавнього рішення Верховного суду Німеччини від 27 липня 2024 року у справі II ZR 206/22, описані вище положення Статуту неспроможності направлені на захист інтересів кредиторів: «*In der Sache stünden der Klägerin gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche sowohl wegen Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO als auch wegen sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB durch Aufrechterhaltung eines Schneeballsystems und vorsätzliche Insolvenzverschleppung zu. Das gelte auch für den erst nach Beendigung der Organstellung des Erblassers geschlossenen vierten Anlagevertrag. Zwar dürfte eine "Nachhaftung" des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO für erst nach seiner Abberufung geschlossene Verträge grundsätzlich ausscheiden. Ausgenommen seien aber Verträge, die – wie hier – noch innerhalb der Dreiwochenfrist des § 15a InsO ... geschlossen würden, weil andernfalls eine zeitliche Schutzlücke für Neugläubiger bestünde*» («У цьому випадку позивач має право вимагати відшкодування збитків у відповідача як за затримку неспроможності відповідно до ч. 2 § 823 Німецького цивільного уложення в поєднанні з § 15a Статуту неспроможності, так і за здійснення аморальної шкоди відповідно до § 826 Німецького цивільного уложення через підтримку фінансової піраміди та навмисне затягування неспроможності. Це стосується й четвертого інвестиційного договору, який було укладено лише після припинення повноважень спадкодавця як виконавчого органу. Загалом, необхідно виключити “подальшу відповідальність” директора-розпорядника відповідно до ч. 2 § 823 Німецького цивільного уложення в поєднанні з § 15a Статуту неспроможності за угоди, укладені після його звільнення. Однак угоди, які – як тут – укладені протягом трижильного періоду, § 15a Статуту неспроможності ... виключаються, оскільки в іншому випадку

виникне тимчасовий проміжок у захисті для нових кредиторів» [15].

Якщо дозволити собі в цьому контексті аналогію з Україною, то КГС ВС у п. 175 постанови від 9 червня 2022 року у справі № 904/76/21 назвав солідарну відповідальність механізмом захисту та відновлення прав кредиторів [16].

Отже, наведена вище позиція Р. Лайтхауса та Ю. Менке не має під собою жодного підґрунтя.

У світлі наведеного вище блискучого комбінування застосування норм німецького цивільного права (положень Bürgerliches Gesetzbuch [17] (Німецького цивільного уложення)) та норм Статуту неспроможності така позиція Ю. Колоса та Д. Деркача також не може бути підтверджена: «Покласти відповідальність за борги юридичної особи на інших осіб (засновників, учасників або посадових осіб) означає відійти від загальних принципів цивільного права, за якими: (1) юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями самостійно, усім належним їй майном; (2) учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи» [18].

З огляду на це солідарна відповідальність у процедурі банкрутства не суперечить принципам цивільного права, оскільки вона настає саме за заподіяння шкоди, що відповідає ст. 1166 ЦК України.

Повертаючись до Німеччини, маємо зазначити, що хоча німецьке регулювання й наслідують аналогічну мету з українським, утім, фактично є докорінно відмінним, – наявне розгалуження термінів залежно від фінансового стану боржника, інші підстави для притягнення до відповідальності та й інакша санкція, адже в Україні кримінальна відповідальність передбачена лише за фальсифікацію бухгалтерської документації з метою приховування неплатоспроможності (ст. 220-2 Кримінального кодексу України [19] (далі – КК України)), коли за несвоєчасне звернення до суду при виникненні неплатоспроможності такий вид відповідальності відсутній, що є виправданим кроком.

Тим не менше, залишається безспірним факт подібності із ч. 6 ст. 34 КзПБ, оскільки в обох випадках законодавцями передбачається обов'язок для органів управління боржника звернутися до суду із заявою про відкриття провадження у справі в певний термін, і у випадку порушення такого обов'язку передбачено негативні наслідки.

Беручи до уваги німецьку модель із розгалуженням строку звернення до суду залежно від конкретного фінансового стану боржника, неможливо оминути нагальну необхідність запозичення Україною цього регулювання, особливо з огляду на останні нововведення. Справа в тому, що Законом України «Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства та деяких інших законодавчих актів України щодо імплементації Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу 2019 / 1023 та запровадження процедур превентивної реструктуризації» від 19 вересня 2024 року № 3985-IX [20] законодавець змінює підстави для звернення до суду із заявою про відкриття справи про банкрутство органами управління боржника (вказана вище ч. 6 ст. 34 КзПБ). Ураховуючи зазначене, якщо раніше такою підставою була загроза неплатоспроможності боржника (тобто задоволення вимог одних кредиторів призведе до неможливості повного задоволення грошових вимог боржником інших кредиторів), то наразі вимагається саме настання неплатоспроможності боржника, яка дивним чином трактується законодавцем так: «задоволення вимог одного або кількох кредиторів призведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами або якщо розмір грошових зобов'язань боржника, строк виконання яких настав, перевищує вартість активів боржника» [20]. Отже, через недосконалу юридичну техніку законодавець

у ч. 6 ст. 34 КзПБ встановлює тотожність між неплатоспроможністю, загрозою неплатоспроможності та неоплатністю боржника, тобто між трьома абсолютно різними фінансовими станами, що, своєю чергою, на практиці може призвести до плутанини та негативних наслідків.

Ураховуючи зазначене, вважаємо доречним запропонувати викласти абзац перший ч. 6 ст. 34 КзПБ в такій редакції:

«Боржник зобов'язаний звернутися до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство або процедури превентивної реструктуризації у тритижневий строк у разі виникнення неплатоспроможності, зокрема при припиненні платежів, та у місячний строк при настанні неоплатності, зокрема, якщо розмір грошових зобов'язань боржника, строк виконання яких настав, перевищує вартість активів боржника».

Варто зауважити, що відповідальність не завершується кримінальною. Др. Ф. Шнайдер влучно зазначив: «Die Insolvenzverschleppung hat dabei eine strafrechtliche und eine haftungsrechtliche Dimension: Neben der Strafbarkeit muss das verantwortliche Organ der Gesellschaft (z. B. Geschäftsführer einer GmbH) damit rechnen, im Falle einer Insolvenz **persönlich in Haftung** genommen zu werden (vgl. § 64 GmbHG, § 130a HGB, §§ 92, 93 AktG). Oftmals dürfte die persönliche Haftung im Falle einer Insolvenz die eigentliche Strafe sein, da die strafrechtliche Sanktion für gewöhnlich nicht so beträchtlich ins Gewicht fällt» («Затримка неспроможності має два виміри відповідальності – кримінальну і цивільну: крім кримінальної відповідальності, відповідальний орган компанії (наприклад, керуючий директор Товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ)) повинен очікувати, що він несе **особисту відповідальність** у разі неспроможності (див. § 64 GmbHG, § 130a HGB, §§ 92, 93 AktG). Особиста відповідальність часто є реальним покаранням у разі неспроможності, оскільки кримінальне покарання зазвичай не таке значне») [21].

На цьому етапі необхідно зауважити, що § 64 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Закон Німеччини про ТОВ) [22], як і § 130a Handelsgesetzbuch (Німецький комерційний кодекс) [23] були виключені ст.ст. 14, 16 відповідно до Закону про подальший розвиток законодавства про санацію та неспроможність від 22 грудня 2020 року (ориг. – Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts) [24]. Статтею 5 цього Закону було введено також § 15b до Статуту неспроможності, ч. 1 якого обмежує у правоздатності здійснювати будь-які платежі керівників компанії, які згідно з положеннями § 15a Статуту неспроможності зобов'язані подати заяву про відкриття провадження у справі. Більше того, ч. 4 § 15b Статуту неспроможності встановлює обов'язок таких керівників самостійно компенсувати здійснення виплат.

З огляду на це в Німеччині за діяння, за яке в Україні передбачена солідарна відповідальність органів управління, окрім кримінальної відповідальності, установлюється ще й матеріальна. Однак, вважаємо, що такий підхід є занадто суворим. Не варто також нехтувати тим, що в Україні вже наявна матеріальна відповідальність у формі солідарної відповідальності не тільки за платежі, вчинені в місячний строк, а й за весь час функціонування підприємства.

У пошуках більш м'якого підходу необхідно звернутися до аналізу французької моделі.

Французький законодавець приділяє Титр V Книги 6 Code de Commerce (далі – Комерційний кодекс Франції) [25] саме питанню відповідальності та санкціям (ориг. – Des responsabilités et des sanctions), що має отримати позитивну оцінку, оскільки таке значуще питання потребує повноцінного правового регулювання, зазначеного в окремому структурному підрозділі нормативного акта, а не в одній статті.

Зазначений Титр наразі містить 3 чинних глави: глава 1 стосується випадків нестачі активів, глава 3 присвячена особистій неспроможності (ориг. – *faillite personnelle*), а глава 4 регулює питання банкрутства (ориг. – *banqueroute*) та інші порушення.

Як убачається із системного аналізу глави 3 та секції 1 глави 4 Титру V Книги 6 Комерційного кодексу Франції, особиста неспроможність та банкрутство у Франції мають дисциплінарний і кримінальний характер відповідно, зокрема у випадку вчинення певних порушень у сфері процедури неспроможності або збиткових дій із *mala fides* боржником – ФОП – керівниками боржника або конкурсним керуючим. У випадку особистої неспроможності ст. L653-2 Комерційного кодексу Франції передбачається заборона на здійснення керівництва підприємствами в майбутньому, коли у випадку банкрутства, за загальним правилом, відповідно до ст. L654-3 Комерційного кодексу Франції встановлюється санкція 5 років позбавлення волі та штраф у розмірі 75,000 євро.

Отже, глава 3 та секція 1 глави 4 Титру V Книги 6 Комерційного кодексу Франції є більш суворим і віддаленим аналогом нашого інституту субсидіарної відповідальності, який визначено ч. 5 ст. 42 КзПБ, а також зазначеним вище положенням КК України.

Ураховуючи зазначене, якщо говорити про аналог положення ч. 6 ст. 34 КзПБ, то у Франції чимось подібним виступатимуть положення глави 1 Титру V Книги 6 Комерційного кодексу Франції, ст. L651-2 якого визначається можливість суду покласти відповідальність на керівників боржника у разі, якщо у процедурі ліквідації виявилась нестача активів боржника для повного погашення кредиторських вимог, за умови наявності неналежного керування боржником (при цьому Комерційна палата Касаційного суду Франції у п. 4 своєї постанови від 17 червня 2020 року у справі № 18-11.737 [26] зазначила, що в рішенні, яким покладається на керівника боржника така відповідальність, має бути вказано, яка саме помилка в керуванні і яким чином сприяла недостатності активів).

Важливими ознаками французької моделі матеріальної відповідальності керівників боржника є такі:

- 1) можливість покладення відповідальності (в тому числі солідарної) на одного чи декількох керівників боржника (абз. 1 ст. L651-2 Комерційного кодексу Франції);
- 2) позовна давність 3 роки з моменту відкриття провадження у справі про ліквідацію (абз. 4 ст. L651-2 Комерційного кодексу Франції);
- 3) суб'єктами звернення є конкурсний керуючий або прокурор, коли кредиторі матимуть допуск до зазначеного інституту лише у випадку бездіяльності конкурсного керуючого і лише за умови звернення до суду своєю більшістю (ст. L651-3 Комерційного кодексу Франції);
- 4) отримані кошти в результаті покладення субсидіарної відповідальності на управителів боржника зараховуються до ліквідаційної маси (абз. 5 ст. L651-2 Комерційного кодексу Франції).

Є доречним запозичення регулювання стосовно визначення чіткого винуватця серед керівників боржника з метою можливості відійти від наявної в Україні колективної відповідальності, а також обмеження кредиторів у праві доступу до цього інституту.

Необхідно зауважити, що в зазначеній вище постанові КГС ВС у складі суддів палати для розгляду справ про банкрутство від 4 вересня 2024 року у справі № 908/3236/21 була висловлена аналогічна позиція щодо зарахування нових активів до ліквідаційної маси, зокрема в абз. другому п. 10.13 та у п. 10.14 визначено: «... задоволення вимог кредиторів в обхід встановленої КУЗПБ процедури та порядку їх задоволення суперечить самій процедурі та меті здійснення провадження у справі про банкрутство, відкриття якого передбачає пріоритет колективного задоволення вимог кредиторів боржника (за

рахунок його активів у межах відповідної конкурсної процедури з пропорційним у межах черги розподіленням, відповідно до закону, цих активів з метою задоволення вимог кредиторів) над індивідуальним задоволенням вимог окремого кредитора (кредиторів) у межах покладення солідарної відповідальності на керівника / органи управління боржника.

10.14. Отже, беручи до уваги принцип конкурсної імунітету, що діє разом із принципом судового контролю процедури банкрутства (пункти 10.2, 10.3), не допускається стягнення кредитором або кредиторами з керівника / органів боржника коштів у рахунок індивідуального погашення заявлених вимог поза межами конкретної конкурсної процедури» [8].

Однак в Окремій думці від 4 вересня 2024 року у справі № 908/3236/21 [14] суддя КГС ВС описує наведений висновок у п. 10.14 вказаної постанови як «не логічний і не послідовний» та доходить такого висновку: «На мою думку, у контексті наведеного, не можна виключати розгляд індивідуальних вимог кредиторів до керівника боржника (органів управління боржника), як до осіб відмінних від боржника і на яких не розповсюджується дія конкурсної процедури у справі про банкрутство» [27].

Ураховуючи французький досвід, маємо не погодитись із наведеною в Окремій думці позицією щодо можливості звернення кредитором до органів управління боржника в індивідуальному порядку.

Свою позицію можемо обґрунтувати також тим, що індивідуальне задоволення кредиторських вимог суперечить принципу всеспільності («*communio*»), виведеному ще в XVII столітті Сальгадо де Самоза [28, с. 204]. Крім того, слід навести і влучну позицію J. Brunnemanni: «*Per concursum inducitur communio bonorum, ita ut uni prae aliis solutio fieri non possit, nisi notorium sit, unius creditoris privilegium&indigentia*» («Завдяки конкурсу виникає спільне майно, отже, оплата одному не може бути здійснена порівняно з іншими, якщо не відомі привілеї та потреби першого кредитора») [29, с. 16–17; 28, с. 204].

Не зайвим буде провести й певне емпіричне моделювання та визначити, що якщо стати на запропонований у цій Окремій думці шлях та дозволити кредиторам відокремлене, індивідуальне звернення до органів управління боржника, то виникне резонне питання: «кому і скільки будуть винні члени органів боржника?». Безумовно, у такому разі ми матимемо справу із чітким порушенням ст. 1 Першого протоколу ЄКПЛ, більше того, процедура банкрутства втратить будь-який сенс та буде підмінена незліченими індивідуальними позовами кредиторів до членів органів управління боржника, що, своєю чергою, запустить ланцюжок їх банкрутств. Безперечно, це шлях лише до правового хаосу.

Не зайвим буде згадати, що у 2020 році автор зазначеної Окремої думки в одній зі своїх публікацій висловив протилежну думку стосовно цього аспекту: «Після введення в дію 21 жовтня 2019 року Кодексу України з процедур банкрутства для кредиторів з'явилася нова можливість задовольнити свої вимоги у процедурі банкрутства (виділено мною – *Поляков Р.Б.*) шляхом застосування до керівника боржника солідарної відповідальності» [30].

Ураховуючи наведене, пропонуємо викласти абз. 2 ч. 6 ст. 34 КзПБ в такій редакції:

«Якщо органи управління боржника допустили порушення цих вимог або через їх неналежне управління вимоги кредиторів не можуть бути задоволені в повному обсязі, то за рішенням суду на них може бути покладено обов'язок погасити кредиторські грошові вимоги в повному обсязі.».

Крім того, пропонуємо додати до ч. 6 ст. 34 КзПБ абз. 3-5 такого змісту:

«Питання порушення органами управління боржника зазначених вимог підлягає розгляду господарським судом

під час здійснення провадження у справі за зверненням арбітражного керуючого. Відповідне звернення допускається кредитором боржника з дозволу суду у випадку обґрунтування безпідставної бездіяльності арбітражного керуючого.

За результатами розгляду цього звернення, за наявності відповідних підстав, господарський суд виносить ухвалу, якою зобов'язує органи управління боржника сплатити недостатню різницю між розміром ліквідаційної маси та розміром кредиторських вимог. Отримані кошти зараховуються до ліквідаційної маси.

Для цієї статті під органами управління боржника мається на увазі будь-яка фізична або юридична особа, яка здійснює (здійснювала протягом останніх трьох років) прямий чи непрямий безпосередній контроль над боржником та об'єктивно могла усвідомлювати фінансовий стан боржника.».

Продовжуючи аналіз французької моделі, маємо вказати на абсолютно протилежний підхід. Річ у тім, що за французьким правом боржник при виникненні неплатоспроможності зобов'язаний у 45-денний термін звернутись із заявою про відкриття процедур звичайної санації або ліквідації за умови відсутньої відкритої процедури примирення (ст.ст. L631-4, L640-4 Комерційного кодексу Франції). Тобто віднаходимо аналогічне регулювання із абз. 1 ч. 6 ст. 34 КЗПБ. Тому логічно було б презумувати, що за порушення 45-денного терміну можливе притягнення до відповідальності, визначеної ст. L651-2 Комерційного кодексу Франції.

Зокрема, проф. Д. Жібріла вказує: «*En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'omission de déclaration de cessation des paiements – ou cette déclaration effectuée tardivement, c'est-à-dire au-delà du délai légal (45 jours suivant sa survenance) – est susceptible de constituer une faute de gestion, et non une simple négligence*» («Отож, немає жодних сумнівів у тому, що неоголошення про припинення виплат – або вчинення такої заяви із запізненням, тобто після закінчення встановленого законодавством терміну (45 днів після її виникнення), – імовірно буде вважатися неналежним управлінням, а не простою недбалістю» [31].

Однак доволі дивно Касаційний суд Франції у складі Комерційної палати у п. 5 своєї Постанови від 3 лютого 2021 року у справі 19-20.004 [32] зазначив: «*Le moyen, qui postule que l'omission de la déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal ne peut constituer une simple négligence du dirigeant qu'à la condition que celui-ci ait pu ignorer cet état, n'est donc pas fondé*» («Аргумент, який постулює, що неподання заяви про припинення платежів протягом встановленого законом строку, не може вважатися простою недбалістю з боку керівника, окрім як у випадку, якщо останній міг би проігнорувати цю ситуацію, є необґрунтованим») [32]. З огляду на це пропущення 45-денного терміну для повідомлення суду про неплатоспроможність у Франції не вважається помилкою керування та, відповідно, підпадає під поняття простої недбалості (ориг. – *simple négligence*), яка у світлі положень ст. L651-2 Комерційного кодексу Франції виключає відповідальність за нестачу активів.

Таким чином, чітко простежується продебіторський напрям права неспроможності у Франції, у якій залишається абсолютно безкарним діяння, за яке в Німеччині передбачена найсуттєвіша з усіх видів юридичної відповідальності – кримінальна відповідальність у вигляді позбавлення волі, навіть у випадку недбалості. Такий стан речей пояснюється бажанням французького законодавця передбачити покарання винятково за наявності *mala fides* боржника та *fraudationis causa*, коли французькі суди, підтримуючи такий наратив, пішли шляхом унеможливлення застосування покарання при *bona fides* боржника, навіть у випадку квазіделікту.

Ураховуючи описане, маємо зазначити, що Україні доречно зайняти позицію посередині між німецькою

та французькою моделями, адже кримінальна відповідальність за несвоєчасне подання заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство є занадто суворою, тоді як відсутність будь-якої відповідальності *a priori* не може стимулювати неплатоспроможних боржників до швидкого відкриття провадження у справі про банкрутство і наступного зменшення негативного впливу свого загрозливого економічного стану. Тим не менше, на наш погляд, доречно створити в КЗПБ окремий розділ, положення якого передбачали б діяння, за які окремою статтею КК України, із назвою «Злочини у сфері банкрутства», установлювалася би кримінальна відповідальність за фраздаторні дії керівників боржника (зокрема арбітражного керуючого) і боржників – фізичних осіб у процедурі банкрутства, та в певний період до її відкриття.

Висновки. У результаті проведеного дослідження, було сформульовано наступні висновки:

1. Визначено, що солідарна відповідальність засновників (керівників) боржника не є абсолютною новелою КЗПБ, а відтак, аналогічне регулювання можливо віднайти і у процедурах неспроможності інших країн.

2. Встановлено, що нове регулювання у КЗПБ стосовно покладання солідарної відповідальності на органи управління боржника має багато спільних рис з англійською моделлю, однак, на відміну від Англії, враховуючи положення чинного українського законодавства та судову практику КГС ВС, виявлено, що в Україні таке регулювання становитиме загрозу для деяких членів органів управління боржника.

3. Встановлено, що у Німеччині передбачається кримінальна відповідальність за аналогічне порушення, за яке в Україні наявна солідарна відповідальність.

4. Доведено, що солідарна відповідальність у процедурі банкрутства не суперечить принципам цивільного права, та відповідає ст. 1166 ЦК України, оскільки настає за заподіяння шкоди.

5. Виявлена неточна юридична техніка у ч. 6 ст. 34 КЗПБ, де законодавець ототожнює три різних фінансових стана боржника: загроза неплатоспроможності, неплатоспроможність та неоплатність.

6. Запропоновано, враховуючи німецьке законодавство, внести зміни до першого абзацу ч. 6 ст. 34 КЗПБ та передбачити розгалуження підстав та відповідного темпорального критерію для звернення боржником до суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство або превентивну реструктуризацію.

7. Встановлено, що у Франції питання відповідальності за порушення у процедурі неспроможності віднаходить законодавче регулювання у відокремленому структурному підрозділі Книги 6 Комерційного кодексу Франції, що українському законодавцю доречно запозичити.

8. Обґрунтовано необхідність зарахування отриманих коштів від реалізації стягнення з солідарних боржників до ліквідаційної маси, оскільки даний підхід підтверджується як принципом «*communio*» так і французьким правозастосовним досвідом.

9. Визначено, що у випадку нерозповсюдження принципу «*communio*» на отриманні кошти від стягнення з солідарних боржників до ліквідаційної маси, як зокрема пропонується в Окремій думці судді КГС ВС від 04 вересня 2024 року у справі № 908/3236/21, матиме місце правовий хаос у вигляді незліченної кількості індивідуальних позовів, а відтак порушення ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ.

10. Запропоновано, враховуючи французький правозастосовний досвід, внести зміни до абз. 2 ч. 6 ст. 34 КЗПБ, а також додати абз.3-5 до даної правової норми, у яких передбачити чіткий момент настання солідарної відповідальності, тлумачення поняття «органи управління» боржником, можливість покладання солідарної відповідальності на органи управління боржника у випадку їх неналежного керування боржником; та встановити обме-

