

ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

УДК 347.7/341.94

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-4-111

Анатолій Степанович Довгерт

*Національна академія правових наук України,
Харків, Україна*

Кафедра міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Київ, Україна*

Олександр Миколайович Бірюков

Кафедра міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Київ, Україна*

ТРАНСКОРДОННІ БАНКРУТСТВА ТА РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Анотація. У статті висвітлюються окремі аспекти регулювання відносин неспроможності у контексті рекодифікації цивільного законодавства. Зроблені висновки можуть бути використані у процесі подальшого удосконалення чинного законодавства у сфері з метою врахування сучасних тенденцій розвитку міжнародного приватного права, у тому числі і міжнародного цивільного процесу. При проведенні дослідження було враховано те, що банкрутство є надзвичайно складною сферою законодавства із достатньо специфічними правилами розгляду такої категорії справ, оскільки у більшості випадків рішення зазвичай містять економічні засоби вирішення проблем заборгованості приватної особи. Складність розгляду таких справ підвищується, коли в ній присутній іноземний елемент, оскільки успішність вирішення колізій має забезпечуватись серед іншого і координатією дій суддів та призначених адміністраторів в судових провадженнях, відкритих у різних юрисдикціях. У процесі проведення дослідження було встановлено, що існуюча в Україні практика розгляду так званих транскордонних справ про банкрутство щодо вирішення колізій конфліктуючих законів засвідчує неефективність застосування відомих у міжнародному приватному праві правових категорій, серед яких є взаємність та публічний порядок. Найпростішим способом вирішення існуючих проблем може стати повне виключення відповідних положень із Кодексу з процедур банкрутства, а в судах застосовувати відповідні положення спеціального у сфері регулювання колізій правопорядків законі – Законі «Про міжнародне приватне право», визначення яких відповідають найкращій світовій практиці. У процесі рекодифікації міжнародного приватного права пропонується процесуальні норми закону у сфері банкрутства узгоджувати з положен-

нями про міжнародний цивільний процес. Це передусім стосується тих норм, що містять положення про підсудність справ про банкрутство та центр основних інтересів. Потребують також перегляду та модернізації і норми чинного законодавства, присвячені процесуальним аспектам банкрутства, зокрема положення щодо надання судової допомоги та виконання доручень. Ці положення обов'язково повинні бути представлені у правовому інструментарії міжнародного цивільного процесу як частини міжнародного приватного права. Виконання зазначених завдань стане значним кроком у наближенні законодавства про міжнародний цивільний процес до міжнародних стандартів, а застосування норм цієї сфери законодавства наблизить до найкращої світової практики. Результатом стане зміна практики відмови у визнанні іноземного провадження у справах про банкрутство на основі недостатньо обґрунтованих підстав, а визнання іноземних проваджень у справах про банкрутство сприятиме налагодженню ефективного співробітництва судів та призначених адміністраторів

Ключові слова: *рекодифікація цивільного законодавства, транскордонні банкрутства, визнання іноземного провадження, взаємність, неспроможність, публічний порядок*

Anatoliy S. Dovgert

*National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

*Department of Private International Law
Institute of International Relations
Taras Shevchenko National University of Kyiv
Kyiv, Ukraine*

Oleksandr M. Biryukov

*Department of Private International Law
Institute of International Relations
Taras Shevchenko National University of Kyiv
Kyiv, Ukraine*

CROS-BORDER INSOLVENCY AND RECODIFICATION OF UKRAINIAN CIVIL LEGISLATION

Abstract. *This article highlights some aspects of insolvency regulation in the context of recodification of civil legislation in Ukraine. Proposals may be used in the process of further improvement of current legislation regarding international aspects of bankruptcy in order to reflect the modern trends in private international law, including international civil procedure. While doing research it was taken into account that bankruptcy is an extremely complex area of law with very specific rules to administer this category of cases, as in most cases the decision usually is about economic measures aimed at resolution of debt problems. The complexity of administering such cases increases when there is a foreign element in it, as the success of conflict resolution must be ensured, inter alia, by coordinating the actions of judges and appointed administrators in the court proceedings opened in different jurisdictions. While doing research*

it was identified that the current practice in Ukraine of dealing with so-called cross-border insolvency cases to resolve conflicts of conflicting laws shows the ineffectiveness of the application of legal constructions well known in private international law, including reciprocity and public order (public policy). The easiest way to solve the existing problems can be to completely exclude the relevant provisions from the text of the Bankruptcy Code of Ukraine, and suggest the courts applying the relevant provisions of special law in the field of conflict of law – the Law on Private International Law. In the process of recodification of private international law, it is proposed to harmonize the procedural norms of the bankruptcy law with provisions on international civil procedure. This is about those rules which contain provisions on the exclusive jurisdiction of bankruptcy cases and the center of main interests. There is also a need to revise and modernize the current legislation regarding procedural aspects of bankruptcy, including the provisions on legal aid and letters of requests. These provisions should be a part of legal set of tolls under international civil procedure as part of private international law. The implementation of these tasks will be a significant step in bringing the legislation on international civil procedure to international standards, and to bring application of the norms of this area of legislation to the best world practice. The result will be a change in the practice of refusing to recognize foreign bankruptcy proceedings on insufficient grounds, and recognizing foreign bankruptcy proceedings will help to establish an effective cooperation between the courts and appointed administrators

Key words: *recodification of civil legislation, cross-border insolvency, recognition of foreign proceedings, reciprocity, insolvency, public order*

ВСТУП

У сучасному світі в умовах економічної свободи державні кордони перестають виступати перешкодою для ведення приватними особами своїх справ. Здійснюючи підприємницьку діяльність, особа може опинитись у ситуації, коли заборгованість стає критичною. В таких ситуаціях особи можуть звернутись до процедур банкрутства, які є найефективнішими способами вирішення майнових проблем. Фізичні особи, які не є підприємцями, стикаються зі схожими складнощами. Коли особа не може виконувати свої зобов'язання за критичної заборгованості, вона може звернутись до відповідного законодавства та запропонувати план реструктуризації боргів.

Зрозуміло, коли йдеться про розв'язання проблем заборгованості боржника, який має майно чи веде економічну діяльність на території більше як однієї країни, виникають колізії національних правових систем, у тому числі і конфлікти між окремими положеннями законів про банкрутство. Це пояснюється тим, що у кожній країні існує своя унікальна система регулювання відносин неспроможності, яка ґрунтується на національних особливостях захисту прав кредиторів та боржників, зокрема, та традиціях у сфері права взагалі.

Необхідно зауважити, що банкрутство є однією з найменш гармонізованих сфер приватного права – кожна країна обирає свою модель розв'язання проблем критичної заборгованості з особливими правилами та процедурами. Науковці, порівнюючи різні аспекти системи банкрутства у країнах світу, зокрема, черговість

вимог кредиторів стверджують, що немає двох однакових моделей банкрутства, а повна гармонізація чи уніфікація законодавства у цій сфері вкрай мало ймовірна [1, р. 460].

Банкрутство за сферою регулювання та механізмами, що використовуються для розв'язання проблем заборгованості, належить до сфери приватного права. У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) містяться визначальні засади регулювання відповідних правовідносин. У разі виникнення колізій правопорядків застосовуються колізійні норми міжнародного приватного права.

У структурі проекту ЦК України зразка 1996–2001 років міжнародне приватне право розміщувалося у книзі восьмій. В результаті достатньо довгих політичних процесів у Верховній раді України ці положення ЦК України перейшли до прийнятого у 2005 році закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон про МПРП), який проектувався за лекалами найпереводіших на той час кодифікацій колізійного права західних країн та відповідно до рекомендацій міжнародних організацій [2, с. 60].

Достатньо специфічні складнощі, що часто виникають у справах про банкрутство з іноземним елементом, складно або іноді неможливо врегулювати тільки засобами міжнародного приватного права за допомогою застосування традиційних для врегулювання майнових проблем колізійних прив'язок та формул прикріплення. Тому у цій царині приватного права розроблено та застосовуються специфічні правила та процедури, що входять до сфери міжнародного приватного права і складають основу для процесуальних норм міжнародного цивільного процесу.

До найвагоміших досягнень останньої реформи міжнародного приватного права необхідно віднести те, що в зазначеному законі знайшли своє відображення і норми, присвячені регулюванню відносин неспроможності, – це виключна підсудність справ про банкрутство та визначення компетентного суду через категорію «центр основних інтересів».

Перші уніфіковані норми у сфері вирішення проблем критичної заборгованості багатонаціональних боржників з'явилися у міжнародних документах наприкінці 1990-х років. Саме з середини 1990-х років стали проводитись повномасштабні дослідження у цій новій сфері вирішення проблем неспроможності, в яких присутній іноземний елемент. Сьогодні міжнародним документом, що містить механізми вирішення складних ситуацій у разі неспроможності багатонаціональної компанії чи боржника, що веде свою діяльність на території кількох країн, є Модельний закон ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність 1997 року (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*) [3].

В Україні у період розробки ЦК України та Закону про МПРП не існувало наукових праць, в яких містились би результати проведених досліджень з цієї тематики. Лише у 2008 та 2013 роках вийшли друком дві монографічні праці, підготовлені за результатами проведених дисертаційних досліджень, присвячених вивченню механізмів вирішення колізій правопорядків у транскордонних справах

про банкрутство, – докторської дисертації Бірюкова О. М. («Транскордонні банкрутства: теорія і практика») та кандидатської дисертації Новосельцева І. І. («Транскордонна неплатоспроможність у міжнародному приватному праві»).

В результаті останньої реформи законодавства про банкрутство, проведеної у 2011–2012 роках, в Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [4] був введений розділ (Розділ IX), присвячений розгляду справ про банкрутство, пов'язаних з іноземними провадженнями в аналогічних справах. Існуюча достатньо невелика практика застосування положень чинного у цій сфері законодавства в українських судах свідчить про те, що ці механізми поки що не виконують своєї ролі – не сприяють вирішенню колізій у такій категорії справ та налагодженню співробітництва між судами.

Сьогодні є необхідність переглянути систему правового регулювання відносин неспроможності з іноземним елементом з метою оцінки коректності реалізації відомих у світі правових концепцій, на яких базується міжнародне приватне право. Це повністю відповідає планам щодо рекодифікації цивільного законодавства.

У цій статті висвітлюються окремі аспекти законодавства про міжнародне приватне право та банкрутство, що потребують переосмислення. Зроблені висновки можуть бути використані у процесі подальшого удосконалення чинного законодавства з метою врахування сучасних тенденцій у сфері розробки уніфікованих правил у сфері банкрутства та колізійного права у світі.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Автори проведеного дослідження ставили за мету на основі сучасних тенденцій розвитку доктрини у сфері міжнародного приватного права та банкрутства, дослідити розвиток міжнародних механізмів розв'язання колізій у транскордонних справах про визнання особи неспроможною чи банкрутом, і разом з вивченням сучасного стану законодавства України про банкрутство після проведення низки реформ дійти висновків теоретичного характеру та розробити рекомендації з удосконалення правового регулювання у цій досить вузькій сфері.

Методологічною основою проведеного дослідження стали діалектичний метод із системно-структурним підходом до вивчення наукової літератури та нормативного матеріалу, що мало забезпечити отримання науково достовірних та об'єктивних результатів, а також досягнення сформульованої мети і завдань дослідження.

Джерельну базу дослідження склали міжнародні документи, серед яких основним є Модельний закон ЮНСІТРАЛ 1997 р. про транскордонну неспроможність, а також акти європейського права та нормативно-правові акти України. Емпіричну основу дослідження склала судова практика, пов'язана з розглядом транскордонних справ про банкрутство.

Використання історичного методу проведення дослідження дозволило врахувати особливості розвитку законодавства у сфері додання колізій у транскордон-

них справах про банкрутство від внесення суттєвих змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» і до удосконалення відповідних положень у нині чинному Кодексі з процедур банкрутства.

Метод порівняльного аналізу використовувався для дослідження найкращої світової практики регулювання відповідних правовідносин і з метою розробки рекомендацій з удосконалення чинного законодавства, у тому числі і у процесі рекодифікації цивільного законодавства. Міждисциплінарний підхід до вивчення різнопланових аспектів правового регулювання відносин неспроможності в межах міжнародного приватного права, законодавства про банкрутство та процесуального права сприяв належному обґрунтуванню запропонованих рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Важливим способом досягнення визначених цілей стало вивчення природи відносин неспроможності з іноземним елементом. Це дало можливість запропонувати удосконалення правового інструментарію, що має бути використаний для належного регулювання зазначених правовідносин. Зазначимо, проблеми, що виникають при розгляді транскордонних справ про банкрутство, характеризуються особливою складністю. До основних груп правовідносин, що, як правило, регулюються у різних країнах світу по різному можна віднести встановлення кола суб'єктів банкрутства, особливості правового положення різних категорій кредиторів, черговість задоволення вимог конкурсних кредиторів, управління і розпорядження майном боржника, участь різних осіб у судовому провадженні про визнання особи неспроможною, включаючи працівників боржника тощо [5, р. 1228].

Основними рисами транскордонних справ про визнання особи неспроможною чи банкрутом є те, що майно боржника знаходиться на території щонайменше двох країн або економічна діяльність ведеться за межами країни реєстрації компанії. Часто іноземний елемент в такій категорії справ виявляється у тому, що стосовно боржника порушено кілька судових проваджень про визнання його неспроможним чи банкрутом у різних юрисдикціях. У таких справах з множинними провадженнями складнощі з розв'язання конфліктів здебільшого пов'язані з колізією норм законів про банкрутство процесуального характеру.

Успішний розгляд справ про банкрутство з іноземним елементом забезпечується за рахунок застосування достатньо унікальних для сфери міжнародного приватного права процедур, серед яких головною є визнання іноземного судового провадження, пов'язаного з банкрутством. Саме визнання іноземного судового провадження у справі про банкрутство, порушеного в іншій державі, стає основою для організації співробітництва між судовими установами з метою передусім забезпечення координації дій у провадженнях зі справи про банкрутство, у тому числі надіслання до іноземних судових органів та виконання судових доручень. Очевидно, такі правила і процедури за своїм змістом є частиною міжна-

родного приватного процесуального права (міжнародного цивільного чи транскордонного процесу), яке в сучасній доктрині визнається складовою законодавства про міжнародне приватне право [6, с. 571].

Наведені вище методи проведення наукового дослідження допомогли обґрунтувати підготовлені рекомендації щодо коректного впровадження колізійних та уніфікованих матеріальних норм у сфері транскордонних банкрутств у законодавство України.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

У справах про визнання приватної особи, яка має майно чи веде свою діяльність на території щонайменше двох країн, неспроможною чи банкрутом найчастіше виникають такі труднощі: іноземні кредитори можуть не отримати належний захист своїх інтересів, наприклад, через процесуальні особливості допуску до участі у судовому провадженні; майно боржника, що знаходиться на території іншої країни, може не увійти у конкурсну масу; можуть бути обмежені повноваження адміністраторів, призначених в іноземному провадженні зі справи про банкрутство; в різних юрисдикціях можуть бути обрані різні способи врегулювання заборгованості, якими традиційно є процедура реорганізації чи ліквідації, або обрані інші невідомі в інших країнах процедури тощо. Такі колізії зазвичай є об'єктом регулювання як Кодексу з процедур банкрутства (закон про банкрутство), так і Закону про МПрП. Очевидно процесуальні аспекти розгляду такої категорії справ є частиною міжнародного приватного процесуального права (International Civil Procedure Law [7] або Global Civil Procedure Law [8]).

2.1. Законодавство про міжнародне приватне право у сфері банкрутства

Протягом здійснення останньої реформи законодавства про міжнародне приватне право, що завершилась прийняттям Закону про МПрП у нинішній редакції, відбулось і реформування міжнародного цивільного процесу. Вперше в історії розвитку цієї сфери законодавства в Україні в законі знайшла своє втілення ідея щодо повної кодифікації національного колізійного права разом з приписами міжнародного цивільного процесу [9, с. 611]. Метою зазначеної реформи було скорочення дублювання положень щодо регулювання відносин з іноземним елементом у різних актах, у тому числі і перегляд окремих положень процесуальних законів.

Закон про МПрП містить тільки кілька положень, що стосуються регулювання відносин неспроможності з іноземним елементом. Автори цього закону тоді зробили першу спробу передбачити у спеціальному законі відомі правові концепції у сфері банкрутства, що тоді розроблялись і віддзеркалювались у міжнародних документах.

У результаті цієї кодифікації міжнародного приватного права у відповідному законодавстві крім загальновідомих колізійних прив'язок та формул прикріплен-

ня, які у справах про банкрутство часто виявляються не достатньо ефективними, також передбачили і окремі положення, спрямовані на уникнення чи зменшення випадків виникнення колізій національних систем банкрутства у транскордонних справах. За допомогою положень щодо виключної підсудності справ про банкрутство (пункт 7 частини першої статті 77 Закону про МПрП) визначається міжнародна підсудність у справах, в яких боржником є суб'єкт права України. Концепція центру основних інтересів, реалізована у статті 76 Закону про МПрП (пункті 11 частини першої) [10], що дає можливість суду приймати до свого провадження і розглядати справи про банкрутство з іноземним елементом.

У Кодексі з процедур банкрутства положень щодо центру основних інтересів не передбачено, однак є положення, за допомогою яких господарський суд, розглядаючи заяву про визнання іноземного провадження, може визнати провадження, порушене в Україні, основним на тій підставі, що боржник має місце реєстрації чи місцезнаходження на території країни. Такі положення закону не зовсім відповідають змісту концепції центру основних інтересів, що сформульовано у низці міжнародних документів. У статті 2 Модельного закону ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність наводиться визначення основного провадження у справі про банкрутство, відповідно до якого провадження визнається таким, якщо воно порушене у країні, де знаходиться центр основних інтересів боржника [11, с. 4], а не місце реєстрації чи місцезнаходження боржника. Зазначимо, такий підхід повністю відповідає фундаментальному принципу колізійного права – сьогодні концепція найбільш тісного зв'язку виступає пріоритетною для моделювання колізійних прив'язок у міжнародному приватному праві.

За допомогою прив'язки до права країни центру основних інтересів визначається головний суд у справі про банкрутство з множинними провадженнями, що допомагає налагодити співробітництво суддів для цілей координації розгляду транскордонної справи. Це є найефективнішим механізмом налагодження ефективного зв'язку між основним та другорядними (не основними, вторинними, похідними, залежними, місцевими тощо) провадженнями у такій категорії справ [12].

У транскордонних справах про банкрутство важливим також є визначення права, що має застосовуватись при вирішенні проблем заборгованості особи, що веде економічну діяльність на території більш однієї країни. У процесі рекодифікації міжнародного приватного права було б доцільно передбачити в оновленому Законі про МПрП колізійну прив'язку *lex concursus (lex fori concursus)*. Вирішення проблем критичної заборгованості особи має розглядатись відповідно до права держави, в якому порушено судове провадження у справі про банкрутство. Відповідно до положень пункту 66 Регламенту ЄС 2015/848 про процедури неспроможності *lex concursus* підпорядковує відповідному законодавству не тільки умови щодо порушення, розгляду та припинення провадження у справі про банкрутство, а і встановлює правові наслідки порушення провадження у справі для всіх учасників таких правовідносин [13]. Зазначимо, ця колізійна прив'язка до-

зволяє у багатьох випадках уникнути або щонайменше зменшити випадки виникнення колізій конфліктуючих систем банкрутства у транскордонних справах.

2.2. Взаємність у транскордонних справах про банкрутство

У міжнародному приватному праві взаємність виступає важливим принципом, на якому базується міжнародне співробітництво. У приватноправових відносинах взаємність застосовується з метою полегшення застосування національними судами норм іноземного права і для цілей сприяння налагодженню ефективної співпраці між державами у міжнародному торговельному обороті.

За загальним правилом принцип взаємності за своїм змістом є наділення іноземних громадян певними правами та привілеями за умови, що громадяни цієї держави, які перебувають у відповідних державах, користуються аналогічними правами та мають схожі привілеї. В судових справах взаємність означає, що національний суд буде визнавати та виконувати рішення іноземного суду в тому випадку, якщо ця іноземна держава прийняла і застосовує аналогічне законодавство, що регулює відповідні відносини [14].

Основним механізмом, що сьогодні використовується у сфері вирішення колізій у справах про банкрутство з іноземним елементом, є визнання іноземного провадження в аналогічній справі. Згідно з відповідними положеннями спеціального закону у сфері банкрутства – Кодексу з процедур банкрутства [15] – зазначена процедура має застосовуватись з урахуванням принципу взаємності та відповідно до застереження про публічний порядок. Згодом судова практика в Україні показала практичну нездатність застосовувати норми щодо визнання іноземного провадження у справі про банкрутство у зв'язку з буквальним трактуванням відповідних приписів закону у конкретних справах.

Міжнародні документи, присвячені банкрутству, не містять рекомендацій щодо обов'язкового передбачення у законах про банкрутство положення про взаємність як необхідної умови для визнання іноземного судового провадження. Разом з тим, цей принцип згадується у Регламенті 2015/848 про процедури неспроможності (*Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings*) та Модельному законі ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність (*UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency, 1997*).

У низці країн світу закони про банкрутство містять положення щодо взаємності, наприклад у Південній Африці, Мексиці, Маврикії та ін., які мають сприяти налагодженню співробітництва у транскордонних справах про банкрутство. Разом з тим, існує і точка зору щодо того, що, хоча взаємність у справах про транскордонну неспроможність здається привабливою, але вона може мати серйозні негативні наслідки, що можуть ускладнювати і без того складну процедуру визнання іноземного провадження у справі про банкрутство [14]. Однією з причин цього є недостатня визначеність такої правової категорії та складність у досягненні позитивних результатів в процесі її застосування.

В Україні така ситуація ускладнюється ще й тим, що положення про взаємність містяться у двох законах – в Законі про МПрП та законі про банкрутство (Кодексі з процедур банкрутства), а також тим, що цей загальний принцип міжнародного приватного права викладений у цих законах по різному [16].

У Законі про МПрП (стаття 11 Закону) законодавець здійснив спробу нейтралізувати можливі негативні наслідки використання взаємності у процесі прийняття рішення щодо застосування іноземного права. Як пояснюють вітчизняні науковці, які брали участь у розробці зазначеного закону, навіть, якщо така умова колись і «проскоче» в законі чи договорі, вона має нейтралізуватись презумпцією існування взаємності [6, с. 132]. Так воно і сталось, у процесі реформи законодавства про банкрутство у 2012 році така умова «проскочила», та ще й у найгіршому варіанті – взаємність має вважатись існуючою, якщо буде встановлено, що міжнародним договором України передбачена можливість співробітництва у відповідній сфері іноземної держави з Україною. Тут доречно зазначити, що про існування таких міжнародних договорів відомостей немає. З історії розвитку законодавства про транскордонні банкрутства відомо, що між окремими Європейськими країнами було укладено кілька договорів про співпрацю у сфері розгляду справ про банкрутство, однак з прийняттям у цій сфері актів Європейського Союзу дія цих договорів припинилась.

У справі №914/207/15 місцевий господарський суд постановив, що було підтверджено апеляційним та касаційним судами, що за відсутності міжнародного договору України з питань співробітництва у процедурах банкрутства суд не може прийняти до розгляду або іншим чином застосувати процедури банкрутства, пов'язані з іноземними провадженням [17]. Мабуть, така категоричність суду дала підстави для висновку, наведеної в одній з наукових статей з посиланням на цю справу про те, що «[П]ідхід, обраний українським законодавцем, зводить нанівець усі внесені до Закону зміни, оскільки повністю перекриває доступ рішенням іноземних судів до української юрисдикції» [18, с. 60].

Необхідно зазначити, що протягом здійснення останньої реформи законодавства про банкрутство, в результаті якої було прийнято Кодекс з процедур банкрутства, відповідний розділ закону практично не був змінений за виключення незначної корекції положень стосовно взаємності. В результаті цього категоричність прив'язки встановлення існування взаємності до наявності міжнародних договорів України була дещо знижена, однак ризики існування такої перешкоди у визнанні іноземного провадження у справі про банкрутство залишається.

Науковці по різному ставляться до взаємності у справах про банкрутство з іноземним елементом. Так, Кейс Ямаучі зазначає, що цей термін у світі не має універсального визначення. Щодо оцінки взаємності можна послатись на підсумок цього дослідника, який висловився щодо взаємності у законодавстві про банкрутство достатньо категорично: країни повинні прийняти Модельний закон ЮСІТРАЛ про транскордонну неспроможність без жодних посилань на взаємність, а у тих

країнах, в яких включили положення про взаємність в законодавство, слід негайно розглянути можливість скасування таких положень [19, с. 179].

Впевнені, це треба зробити і в Україні і цю помилку необхідно виправляти.

2.3. Публічний порядок у транскордонних справах про банкрутство

Аналізуючи практику застосування відомих правових категорій міжнародного приватного права у справах про банкрутство, необхідно також звернути увагу на різне викладення законодавчого матеріалу у згаданих вище законах щодо публічного порядку. Якщо у Законі про МПрП обрано найбільш нейтральне визначення публічного порядку – це несумісність з основами правопорядку (публічним порядком) України (частина перша статті 12 Закону про МПрП), то закон про банкрутство дозволяє судді відмовитись від застосування українського законодавства щодо міжнародних аспектів банкрутства на тій підставі, що їх застосування (норм українського законодавства) суперечить публічному порядку, суверенітету та основним принципам законодавства України (частина четверта статті 97 Кодексу з процедур банкрутства).

Важливо зазначити, що згідно зі спеціальним законодавством у сфері застосування норм іноземного права в Україні – Законом про МПрП – відмінність систем регулювання в різних країнах не може бути підставою для відмови у застосуванні на території України норм іноземного законодавства (частина друга статті 12 Закону про МПрП). Визначення публічного порядку в Кодексі з процедур банкрутства є досить спірним («... якщо суперечить публічному порядку, суверенітету та основним принципам законодавства України»), що може надати судді можливість доволі широко тлумачити поняття несумісності іноземного судового рішення з публічним порядком України.

У цьому контексті необхідно нагадати, що у міжнародних документах, присвячених питанням неспроможності, визначення публічного порядку наводиться відповідно до існуючої у світі практики. Так, у статті 6 Модельного закону ЮН-СІТРАЛ про транскордонну неспроможність наведено загальне положення: «... ніщо в цьому Законі (Модельному законі) не перешкоджає суду відмовити у вжитті заходів, регульованих цим Законом, якщо вони явно суперечитимуть публічному порядку відповідної держави» (*Article 6. Public policy exception Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State*) [20, с. 5]. Схоже визначення публічного порядку міститься і в Європейському законодавстві – у Регламенті 2015/848 про процедури неспроможності.

Аналіз відповідних положень міжнародних документів підводить до достатньо очевидного висновку: положення про публічний порядок у Законі про МПрП більше відповідає так званім міжнародним стандартам у сфері банкрутства, а відповідні норми Кодексу з процедур банкрутства повинні бути узгоджені з цим законом або прибрані із закону про банкрутство.

2.4. Розгляд справ про банкрутство з іноземним елементом

Сучасне законодавство України про банкрутство містить загальні правила і процедури, що формують мінімальну основу для розгляду справ про банкрутство, пов'язаних з іноземними аналогічними провадженнями. Відомо, що передбачені у Кодексі з процедур банкрутства визнання іноземного провадження та визнання іноземного арбітражного керуючого є ключем для подальшого використання усього інструментарію розгляду транскордонної справи. Це необхідно для того, щоб справа рухалась належним чином і судові провадження, порушені у різних юрисдикціях, виконували основну мету – вирішення проблем заборгованості боржника і забезпечення участі усіх кредиторів у розв'язанні труднощів особи за допомогою процедур банкрутства, у тому числі і забезпечення справедливого розподілу майна у разі обрання ліквідаційної процедури.

Зазначимо, формальні процедури, що містяться у законі про банкрутство повинні враховувати особливості застосування норм іноземного права при розгляді судових справ, в яких присутній іноземний елемент. Головною метою правил розгляду транскордонних справ є налагодження співпраці національних судів з іноземними судовими органами та призначеними у провадженнях зі справи про банкрутство адміністраторами.

Відмова у визнанні іноземного провадження на підставі відсутності взаємності не дозволяє застосовувати інші механізми, що містяться у міжнародних документах, а також передбачені у чинному Кодексі з процедур банкрутства. В таких випадках також не можуть бути використані звичайні механізми, що входять до міжнародного цивільного процесу – це надання судової допомоги, виконання судових доручень іноземного суду тощо. Це є тією частиною міжнародного приватного права, що входить до тексту Закону про МПРП з назвою міжнародний цивільний процес і міститься у кількох розділах – у Розділі XI «Провадження у справах за участю іноземних осіб», Розділі XII «Підсудність та виконання іноземних судових доручень» та Розділі XIII «Визнання та виконання рішень іноземних судів».

Хоча зазначені механізми з розгляду справ про банкрутство в цілому відповідають рекомендаціям, що передбачені у міжнародних документах, зокрема у Модельному Законі ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність, однак сучасна практика їх застосування в Україні (нагадаємо, у згаданій вище справі №914/207/15) свідчить про те, що ці положення спеціального у сфері банкрутства закону потребують удосконалення. На нашу думку, це має відбутись шляхом передбачення згаданих вище механізмів розв'язання колізій у судових провадженнях зі справи про банкрутство, які мають відповідати загальним засадам міжнародного цивільного процесу. Впевнені, навіть без додаткової деталізації зазначених процесуальних норм закону про банкрутство посилення на відповідні норми Закону про МПРП дозволить долати ті вади, що існують сьогодні у судовій практиці. Разом з тим, зазначені механізми складають увесь комплекс засобів вирішення

колізій у транскордонних справах про банкрутство і повинні бути представлені у Законі про МПрП.

Наведене вище доводить, що положення про міжнародні аспекти законодавства про банкрутство потребують удосконалення, а закони як у сфері банкрутства, так і міжнародного приватного права потребують модернізації. Щонайменше зазначені положення різних законів необхідно узгодити.

ВИСНОВКИ

Наведений вище аналіз міжнародних механізмів щодо розв'язання колізій права країн, в яких порушено чи мають бути порушенні провадження у справі про банкрутство особи, можна навести певні висновки і рекомендації.

Існуюча судова практика в Україні підтверджує те, що відмова у визнанні іноземного провадження на підставі відсутності взаємності не дозволяє застосовувати інші механізми, що передбачені у Кодексі з процедур банкрутства. Йдеться про судову допомогу та узгодження дій у порушених судових провадженнях.

Враховуючи недостатню ефективність застосування відомих у міжнародному приватному праві правових категорій, серед яких є взаємність та публічний порядок, найпростішим способом вирішення цієї проблеми може стати повне виключення відповідних положень із Кодексу з процедур банкрутства, а в судах застосовувати відповідні положення спеціального у сфері регулювання колізій правопорядків законі – Законі «Про міжнародне приватне право», який на сьогоднішній день більше відповідає найкращій світовій практиці.

У процесі рекодифікації міжнародного приватного права пропонується процесуальні норми закону у сфері банкрутства узгоджувати з положенням про міжнародний цивільний процес. Це передусім стосується тих норм, що містять положення про підсудність справ про банкрутство та центр основних інтересів. Пропонується положення про виключну підсудність справ про банкрутства, порушених стосовно боржників, створених за законом України, виключити із тексту Закону про МПрП. Ці положення, скоріше усього, не дадуть судді приймати рішення про визнання іноземного провадження у справі про банкрутство основним у тих випадках, коли основна діяльність боржника здійснюється за кордоном. Це стосується і схожих положень Кодексу з процедур банкрутства. Відповідно, потребує перегляду положення частини шостої ст. 97 Кодексу з процедур банкрутства щодо визнання місцевого провадження основним, оскільки це може не відповідати розумінню концепції центру основних інтересів.

Потребують також перегляду норм закону про банкрутство щодо надання судової допомоги та узгодження їх з відповідними положеннями процесуальних законів. Ці положення обов'язково повинні бути представлені у правовому інструментарії міжнародного цивільного процесу як частини міжнародного приватного права.

Насамкінець, вважаємо в спеціальному у сфері міжнародного приватного права законі – Законі про МПрП – передбачити колізійну прив'язку *lex concursus*

(*lex fori concursus*). Це дозволить в законі чітко визначити, що розгляд справи про банкрутство має розглядатись за правом держави, в якому порушено судове провадження. Це буде відповідати найкращим інтересам місцевих кредиторів у транскордонній справі про банкрутство. Крім того, виконання такого завдання буде сприяти наближенню законодавства України у цій сфері до норм і стандартів Європейського Союзу.

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Банкрутство є надзвичайно складною сферою законодавства з достатньо специфічними правилами розгляду такої категорії справ, оскільки у більшості випадків рішення зазвичай містять економічні засоби вирішення проблем заборгованості. Складність розгляду таких справ підвищується, коли в ній присутній іноземний елемент, оскільки успішність вирішення колізій прямо впливає на здатність забезпечити серед іншого і координацією дій суддів та призначених адміністраторів у судових провадженнях, відкритих у різних юрисдикціях.

Впевнені, зроблені висновки і запропоновані рекомендації допоможуть наблизити відповідні положення законодавства України про банкрутство до міжнародних стандартів, а коректне застосування норм зазначених законів підвищить їх ефективність. Результатом має стати зміна практики відмови у визнанні іноземного провадження у справах про банкрутство на підставі недостатньо обґрунтованого тлумачення важливих принципів міжнародного приватного права. Налагодження ефективного співробітництва судів та призначених адміністраторів є головною метою впровадження відомих механізмів, правил і процедур у сфері розгляду транскордонних справ про банкрутство. Провідним законодавчим актом у цьому має бути Закон про МПРП як основний закон у сфері розв'язання колізій правопорядків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Garrido J. M. No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies. *Texas International Law Journal*. 2011. Vol. 46. P. 459–488.
- [2] Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
- [3] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. United Nations Commission on International Trade Law. 1997. URL: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.
- [4] Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від 14.05.1992 №2343-ХІІ (за станом на 21 жовт. 2019 р.) / *Відомості Верховної Ради України*. 1992. №31. Ст. 440. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#Text>.
- [5] Gopalan S., Guihot M. Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal for Judicial Gap-Filling. *Vanderbilt Law Review*. 2021. Vol. 48. P. 1225–1284.
- [6] Міжнародне приватне право : підручник / за ред. А. С. Довгєрта, В. І. Кисіля. 2-ге вид. Київ : Алерта, 2014. 656 с.

- [7] Campbell Ch., Ed. *International Civil Procedure*. Second Edition. Juris Publishing. 2011. 802 p.
- [8] King A. S. *Global Civil Procedure*. *Harvard International Law Journal*. Winter 2021. Vol. 62, No 1. P. 223–293.
- [9] Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : колективна монографія / за ред. А. С. Довгерта, Є. О. Харитоновна. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2020. 674 с. URL: <https://www.yakaboo.ua/ua/onovlennja-civil-nogo-kodeksu-ukraini-formuvannja-pidhodiv.html>.
- [10] Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 №2709-IV (за станом на 15 лип. 2021 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 2005. №32. Ст. 422. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>.
- [11] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. UNITED NATIONS New York, 2014. 122 с. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>
- [12] Arts R. Main and Secondary Proceedings in the recast of the European Insolvency Regulation – The only good secondary proceeding is a synthetic secondary proceeding. The International Insolvency Institute. URL: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Arts%20-%20Main%20and%20Secondary%20Proceedings.pdf>.
- [13] Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings. *Official Journal of the European Union*. L 141/19. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32015R0848>)))))).
- [14] Chhajed Dhruv, Shah Devarsh. Reciprocity and Public Policy in Cross-Border Insolvency – An Indian Perspective. *IBC Laws*. 2020. July 29. URL: <https://ibclaw.in/reciprocity-and-public-policy-in-cross-border-insolvency-an-indian-perspective-by-dhruv-chhajed-and-devarsh-shah/>.
- [15] Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 № 8060 (за станом на 20 січ. 2022 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 2019. №19. Ст. 74. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>.
- [16] Бірюков О. М. Розгляд транскордонних справ про банкрутство в Україні: складнощі і перспективи. *Юридична Україна*. 2017. № 11–12. С. 63–72.
- [17] Ухвала суду № 42444712, 26.01.2015 у справі № 914/207/15. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/42444712/>.
- [18] Власюк І. І. Поняття взаємності в справах про транскордонну неспроможність. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 13. Т. 2. С. 60–64.
- [19] Yamauchi K. D. Should reciprocity be a part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law? *International Insolvency Review*. 2007. 16(3):145–179. DOI: 10.1002/iir.151.
- [20] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. UNCITRAL Secretariat, January 2014. 122 p. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

REFERENCES

- [1] Garrido, José M. (2011). No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies. *Texas International Law Journal*, 46, 459–488.

- [2] The Concept of Civil Code Renewal (2020). Kyiv: Vydavnychiy dim «ArtEk» (in Ukrainian).
- [3] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. United Nations Commission on International Trade Law (1997). Retrieved from https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.
- [4] On Restoring of the Debtor's Solvency or Declaring Him Bankrupt: Zakon Ukrainy (1992). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#Text> (in Ukrainian).
- [5] Gopalan, Sandeep, & Guihot, Michael. (2021). Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal for Judicial Gap-Filling. *Vanderbilt Law Review*, 48, 1225–1284.
- [6] Private International Law: pidruchnyk (2014). Kyiv: Vyd-vo «Alerta» (in Ukrainian).
- [7] Campbell, Christian (Ed.) (2011). *International Civil Procedure. Second Edition. Juris Publishing*.
- [8] King, Alyssa S. (2021). Global Civil Procedure. *Harvard International Law Journal*, 62, 1, 223–293.
- [9] *Update of the Civil Code of Ukraine: Formation of Approaches* (2020). Odesa: Vydavnychiy dim «Helvetyka». Retrieved from <https://www.yakaboo.ua/ua/onovlennja-civil-nogo-kodeksu-ukraini-formuvannja-pidhodiv.html>.
- [10] On Private International Law: Law of Ukraine. (2005, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (in Ukrainian).
- [11] *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation* (2014). UNITED NATIONS New York. Retrieved from <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>
- [12] Arts, Robert. Main and Secondary Proceedings in the recast of the European Insolvency Regulation – The only good secondary proceeding is a synthetic secondary proceeding. *The International Insolvency Institute*. Retrieved from <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Arts%20-%20Main%20and%20Secondary%20Proceedings.pdf>.
- [13] Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings. *Official Journal of the European Union*, 141/19. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32015R0848>)))))))).
- [14] Chhajed, Dhruv, & Shah, Devarsh. (2020). Reciprocity and Public Policy in Cross-Border Insolvency – An Indian Perspective *IBC Laws*, 29. Retrieved from <https://ibclaw.in/reciprocity-and-public-policy-in-cross-border-insolvency-an-indian-perspective-by-dhruv-chhajed-and-devarsh-shah/>.
- [15] Bankruptcy Code of Ukraine (2019, October). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text> (in Ukrainian).
- [16] Biryukov, O. M. (2017). Cross-Border Insolvency Administration in Ukraine: Difficulties and Perspectives. *Yurydychna Ukrainy*, 11–12, 63–72.
- [17] The Court Order №42444712, 26.01.2015 u spravi 914/207/15. Retrieved from <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/42444712/> (in Ukrainian).
- [18] Vlasiuk, I. I. (2015). The Concept of Reciprocity in Cases of Cross-Border Insolvency. *Scientific Bulletin of the International Humanities University. Serial: Jurisprudence*, 13, 2, 60–64 (in Ukrainian).
- [19] Yamauchi, Keith D. (2007). Should reciprocity be a part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law? *International Insolvency Review*, 16(3), 145–179.

[20] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. UNCITRAL Secretariat (2014, January). Retrieved from <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

Анатолій Степанович Довгерт

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Професор кафедри міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

01033, вул. Володимирська, 60, Київ, Україна

Олександр Миколайович Бірюков

Доктор юридичних наук, професор

Професор кафедри міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

01033, вул. Володимирська, 60, Київ, Україна

Anatoliy S. Dovgert

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Professor of the Department of Private International Law

Institute of International Relations

Taras Shevchenko National University of Kyiv

01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine

Oleksandr M. Biryukov

Doctor of Law, Professor

Professor of the Department of Private International Law

Institute of International Relations

Taras Shevchenko National University of Kyiv

01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Довгерт А. С., Бірюков О. М. Транскордонні банкрутства та рекодифікація цивільного законодавства України. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. №4. С. 111–128.

Suggested Citation: Dovgert, A. S., & Biryukov, O. M. (2022). Cros-Border Insolvency and Recodification Of Ukrainian Civil Legislation. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(4), 111–128.

Стаття надійшла / Submitted: 09.09.2022

Доопрацьовано / Revised: 09.11.2022

Схвалено до друку / Accepted: 23.12.2022