

УДК 346.9

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.14>**Родіон Поляков,**
юрист

ПІДСТАВИ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО (НЕСПРОМОЖНІСТЬ) В УКРАЇНІ ТА В НІМЕЧЧИНІ

Стаття присвячена порівняльно-правовому аналізу підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині. Вказано на наявність спільного історичного розвитку конкурсного процесу на теренах України та Німеччини. Проведений аналіз та порівняння деяких положень чинного в Україні Кодексу України з процедур банкрутства із Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», Кодексом неспроможності у Німеччині, а також із певними положеннями Римського права.

Наводяться спільні підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині. Вказано на необґрунтоване пом'якшення бар'єрів для відкриття провадження у справі про банкрутство в Україні. Втім, не дивлячись на певну схожість, наголошується на тому, що в Україні законодавець не передбачає наявності сталої неплатоспроможності у боржника задля ініціювання процедури банкрутства кредитором.

Автор звертає увагу на те, що конкурсне законодавство Німеччини передбачає заборону на відкриття провадження у справі про неспроможність щодо майна, яке належить Федерації, Землі або юридичній особі публічного права, яка за Земельним законом не може бути визнана неспроможною.

У статті дається аналіз прийнятим Верховною Радою України змінам до Кодексу України з процедур банкрутства. В той самий час зазначається про наявність необхідності їх доопрацювання у подальшому, у зв'язку з тим, що вони не повною мірою вирішили проблеми із умовами відкриття провадження у справі про банкрутство.

Унаслідок дослідження автор доходить висновку про те, що, незважаючи на прагнення українського законодавця покращити та прискорити процедуру банкрутства, сам кодифікований нормативно-правовий акт вийшов доволі передчасно, а його положення потребують гармонізації між собою. Відсутність чіткого законодавчого визначення умов відкриття провадження у справі про банкрутство юридичних осіб може призвести до різноманітних зловживань як із боку кредиторів, так і з боку боржників.

Ключові слова: Банкрутство, конкурсний процес, неспроможність, відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність), неплатоспроможність.

Постановка проблеми. Конкурсний процес Німеччини та України має багато подібних рис. Дану особливість можна пояснити наявністю певного спільного історичного розвитку. Відтак початок свого розвитку дані процеси фактично беруть із конкурсного процесу Стародавнього Риму.

Варто зазначити, що на цьому шлях їхнього спільного розвитку не завершується. Наприклад, у часи Київської Русі, за передаванням Г.Ф. Шершеневича, було укладено багато двосторонніх договорів між Русю та різними німецькими містами. Суть даних договорів полягала у співробітництві в сфері конкурсного процесу та, серед іншого, надання пріоритетів на погашення вимог руських кредиторів німецькими боржниками і навпаки. [7]

Пізніше, у часи Російської Імперії, до складу якої входила більша частина українських земель, спочатку не існувало єдиного кодифікованого акту, а тому нерідко використовувались норми і прецеденти європейських країн.

Що стосується західних областей нашої держави, які входили до складу Австро-Угорщини, то на їх діяло законодавство про конкурсний процес, яке було дуже подібним до німецького.

Маючи такий давній історичний взаємозв'язок між конкурсними процесами України та Німеччини, факт наявності схожих рис на сучасному етапі не викликає жодного дивування.

Відтак, наразі схожі риси ми знаходимо, серед іншого, і в умовах відкриття прова-

дження у справі про банкрутство (в Україні) та про неспроможність (у Німеччині). Саме про подібність та відмінність даного етапу конкурсного процесу в обох країнах надалі піде мова.

Теоретичну основу статті становлять праці таких вчених, як: Арне Енгельс, Вечірко І.О., Грабован Л.І., Джунь В.В., Малишев К.І., Поляков Б.М., Тітов М.І., Шершеневич Г.Ф. та інші. Разом із тим актуальним залишається порівняльно-правове дослідження умов та підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині, характеристика поняття неплатоспроможності, а також категорій суб'єктів банкрутства (неспроможності).

Метою статті є порівняльно-правовий аналіз підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність), дослідження таких категорій, як неплатоспроможність, неоплатність, загроза неплатоспроможності, а також певні правові обмеження щодо ініціювання процедури банкрутства (неспроможності) відносно юридичних осіб публічного права за правом України та Німеччини.

Вклад основного матеріалу. Ключовим нормативно-правовим актом, що регулює правовідносини у справах про банкрутство в Україні, є Кодекс України з процедур банкрутства (надалі КзПБ). У Німеччині таким кодифікованим актом є *Insolvenzordnung* (надалі КН).

Першу схожу рису, яку знаходимо в цих правових актах, є форма заяви про відкриття провадження у справі про банкрутства (неспроможність) та, власне, суб'єкт її подання. Так, заява має бути подана у письмовому вигляді боржником або кредитором (ч. 2 ст. 8 КзПБ, ч. 1 § 13 КН).

Якщо із поняттям кредитора все зрозуміло, то про поняття «боржника» такого сказати неможливо.

Відповідно до статті 1 КзПБ боржником є юридична особа або фізична особа, в тому числі і фізична особа-підприємець, яка неспроможна виконати свої грошові зобов'язання, строк виконання яких настав.

На даному етапі одразу постає питання щодо універсальності наведеного визначення. Тобто, за великим рахунком, під поняття «боржник» у процедурі банкрутства підпадає будь-яка юридична особа? Насправді ні. З самого початку свого існування Кодекс мав наступне виключення – казенні підприємства (ч. 4 ст. 2 КзПБ). На цьому виключення з-під дії КзПБ, в самому Кодексі завершувались.

Безумовно, частина 2 згаданої статті передбачає неможливість застосування законодавства про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом до банківських установ. Однак хіба це не назва попереднього нормативно-правового акта, який регулював провадження у справах про банкрутство? Певно саме таким питанням задались банківські юристи, коли читали положення згаданої статті.

У подальшому законодавець виправив дану помилку Законом 590-ІХ, яким вніс зміни до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», зазначивши, що дія КзПБ на банки не поширюється [11].

Отже, аналізуючи вищевказане, можемо зробити висновок, що у КзПБ наведено занадто універсальне визначення поняття «боржник» і, відповідно, під його дію може підпадати будь-яка юридична особа, навіть яка не має на меті отримання прибутку, навіть юридична особа публічного права.

Наразі вважаємо за необхідне зазначити про визначення поняття «боржник», яке існувало в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (надалі Закон про банкрутство). Відтак боржником могла бути лише юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності.

Таким чином, разом із вступом у силу КзПБ поновилась дискусія – чи доречним є включення в поняття «боржник» майже усіх юридичних осіб? Чому ми вживаємо термін «поновилась»? Тому що дана дискусія почалась ще за довго до появи КзПБ.

Так, М.І. Тітов у своїх працях зазначає про необхідність становлення суб'єктом банкрутства всіх суб'єктів господарської діяльності [6].

Досить цікавою є і постанова Верховного Суду України від 16 жовтня 2007 року у справі № 2-26/10026-2005(2-26/2865-2006) [5], де Суд дійшов висновку, що дитячий садок може бути суб'єктом банкрутства, оскільки тогочасне законодавство не містило норми, яка би забороняла визнавати установи банкрутом.

Із цього приводу Б.М. Поляков висловив думку, що в разі визнання суб'єктом банкрутства некомерційної організації виникає питання щодо застосування передбачених законом процедур. Відтак автор звертає увагу на те, що застосування ліквідації до таких підприємств зонайменше є несправедливим, оскільки в такий спосіб буде обмежено її право на заняття основною некомерційною діяльністю, через те, що дана організація здійснювала частину

своїх функцій як додаткову комерційну діяльність. Із приводу застосування процедури санації Б.М. Поляков взагалі задається питанням у її доречності, оскільки як можна фінансово оздоровлювати організацію, якщо вона є неприбутковою? [1]

Маємо підтримати наведені думки, адже вони є особливо актуальними в наш час, оскільки одним із багатьох нововведень КзПБ є те, що до юридичної особи може застосовуватись лише дві процедури – санація та ліквідація.

Також Б.М. Поляков зазначив, що в разі розширення поняття «боржник» на юридичних осіб, які не займаються комерційною діяльністю як основною «то в найближчий час суб'єктами банкрутства, стануть: школи, дитячі заклади, вищі навчальні заклади, виправно-трудові установи, а може навіть державні органи влади та управління» [1, с. 220].

Насправді, з такою версією можна довго сперечатись та не погоджуватись. Можливо спробувати обґрунтувати свою позицію рівністю контрагентів, а також тим, що можливість відкриття провадження у справі про банкрутство додасть упевненості під час вибору останнього. Проте всі ці доводи втрачають будь-який сенс при аналізі поняття «грошове зобов'язання», під яке підпадають і комунальні послуги, оскільки законодавець не встановив мінімального розміру таких зобов'язань. Отже, в такому випадку вірогідність відкриття провадження у справі про банкрутство, скажімо, якогось державного органу реально існує.

Проте, врешті-решт, законодавець двічі поставив крапку у цій дискусії. Першою крапкою став вже згаданий Закон про банкрутство, разом із нормою Господарського кодексу України про те, що банкрутом може бути лише суб'єкт господарювання (ч. 3 ст. 209 ГК України). Друга крапка була поставлена нещодавно. Верховна Рада України 05.06.2020 ухвалила законопроект про внесення змін до КзПБ (законопроект № 2276), яким, серед іншого, буде виключено бюджетні установи із дії КзПБ.

Таке рішення є доволі контроверсійним, і має певні плюси та мінуси.

Зокрема, вважаємо унеможливлення визнання бюджетної установи банкрутом вкрай позитивним кроком. Насправді, сама думка про те, що Верховна Рада України або Верховний Суд будуть визнані банкрутом є абсолютно неприйнятною. Законодавцю знадобився майже рік часу для того, щоб зрозуміти всю небезпеку потенційних плодів нового КзПБ.

З іншого боку, наголошуємо на тому, що саме поняття «боржник», яке наведене

у КзПБ залишилось незмінним. Таким чином, й надалі залишається можливість розпочати процедуру банкрутства із приводу заборгованості юридичних осіб, які не мають на меті отримання прибутку. Це означає, що найближчим часом ми можемо стати свідками банкрутства політичних партій або якогось ВНЗ. Саме тому, на нашу думку, положення частини 3 статті 209 ГК України є більш вдалими, аніж положення КзПБ. Однак, на жаль, при конкуренції загальної та спеціальної норми має застосовуватись саме спеціальна. Тому поки що маємо ситуацію, в якій під загрозою банкрутства можуть опинитись і юридичні особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Наразі пропонуємо розібратись із поняттям «боржник» за німецьким законодавством.

Насправді КН не наводить чіткого визначення даного терміна, однак у § 11 зазначається, що процедура неспроможності може бути відкрита щодо майна, яке є у власності будь-якої фізичної або юридичної особи. Таким чином, можемо стверджувати, що дане твердження є подібним із нормами КзПБ. Однак, на відміну від першої версії Кодексу, в КН, а саме у § 12 міститься заборона на відкриття провадження у справі про неспроможність щодо майна, яке належить Федерації, Землі або юридичній особі публічного права, яка за Земельним законом не може бути визнана неспроможною.

Таким чином, приходимо до висновку, що у Німеччині Законодавець наводить ще більше обмежень щодо суб'єкта процедури неспроможності. Будь-яке майно, яке належить державі, не може бути передано до конкурсної маси. На нашу думку, це є абсолютно вірне рішення і, як ми бачимо, нещодавно український законодавець вирішив перейняти німецький досвід.

Наступним важливим елементом процедури банкрутства є наявність неплатоспроможності боржника. Саме дана ознака є унікальною рисою конкурсного процесу і, врешті-решт, є основною умовою для ініціювання вищезгаданої процедури. Почнемо з аналізу українського законодавства.

Доволі цікавим є те, що стаття 8 КзПБ, яка присвячена підставам для відкриття провадження у справі про банкрутство, не містить згадки про те, що підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство є саме наявність неплатоспроможності. Єдине, що відсилає нас до необхідності існування такої умови, – це положення частини 3 статті 39, а також пункт 8 частини 1 статті 90. У частині 3 статті 39

зазначено, що суд перевіряє можливість боржника виконати власні майнові зобов'язання, строк виконання яких настав. Пункт 8 частини 1 статті 90 вказує, що провадження у справі про банкрутство має бути закритим в разі незнаходження судом ознак неплатоспроможності.

Характерним є той факт, що положення статей 34, 37, 38 КзПБ не містять вимоги щодо наявності неплатоспроможності. Звертаємо увагу на те, що дані статті якраз регулюють питання подання, прийняття та відмови у прийнятті заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство.

Із цього приводу доволі влучно висловлюється І.О. Вечірко: «Норми Кодексу, що регулюють підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство, відмови у прийнятті заяви та відмови у відкритті провадження у справі, є взаємно неузгодженими та у чинній редакції можуть створити істотні проблеми для їх застосування. Для уникнення таких проблем необхідно внести зміни до відповідних статей Кодексу ще до введення його в дію» [18].

Підтвердження нашої позиції віднаходимо в Постанові Північного апеляційного господарського суду у Справі № 910/2522/20. Відтак суд зазначає, що «стаття 8 КзПБ чітко не передбачає підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство. ... підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство є неплатоспроможність боржника» [15].

Слід зазначити, що умови відкриття провадження у справі про банкрутство не були чітко сформульованими ще в Законі про банкрутство редакції 2011 року, що зумовило формування цих умов судовою практикою.

Відсутність таких чітких умов для відкриття провадження у справі про банкрутство юридичних осіб може призвести до різноманітних зловживань як із боку кредиторів, так і з боку боржників із метою рейдерського захоплення підприємств, несплати податків, повернення банківських кредитів, невиконання господарських зобов'язань тощо.

Варто наголосити, що стаття 34 КзПБ містить вказівку на те, що заява про відкриття провадження у справі про банкрутство із ініціативи боржника має містити докази загрози неплатоспроможності. Однак до поняття «загрози неплатоспроможності» ми повернемося пізніше.

Саме поняття неплатоспроможності міститься у статті 1 КзПБ, яка закріплює, що це – неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами

не інакше, як через застосування процедур, передбачених КзПБ.

На нашу думку, дане визначення не відповідає самому сенсу конкурсного процесу, адже, серед іншого, в його основі лежить саме стійка неплатоспроможність боржника.

У свій час Г. Ф. Шершеневич зазначав: «Припинення платежів є лише одним із зовнішніх виразів платіжної неплатоспроможності і до того ж воно зовсім не безумовне. Боржник може припинити виплати у зв'язку з відсутністю готівкових коштів, що може ще і не доказувати його неспроможності платити, і навпаки, боржник може виконати свої зобов'язання не дивлячись на явні знаки неминучого краху» [7, с. 81].

Таким чином, можемо дійти висновку, що саме по собі прострочення виконання зобов'язання ще не означає неможливість боржника його виконати, оскільки таке прострочення може бути спричинене різними факторами, і найголовніше – мати тимчасовий характер.

Враховуючи дану особливість, законодавець зазначає, що при неплатоспроможності боржник може виконати зобов'язання тільки за допомогою застосування процедур, передбачених КзПБ. І це є абсолютно вірним, оскільки у протилежному випадку ми б отримали величезну кількість неплатоспроможних боржників.

З іншого боку, виникає досить цікава ситуація. Оскільки КзПБ дозволяє відкрити провадження у справі про банкрутство в разі прострочення зобов'язання навіть на один день – це призводить до певних негативних наслідків. Як слушно зазначає Л.І. Грабован: «Як ми знаємо, відкриття провадження у справі про банкрутство тягне за собою відповідні правові наслідки, що впливають на роботу боржника, і в разі зловживання правами ініціюючого кредитора такі обставини можуть негативно вплинути і на роботу окремих підприємств, і на економіку країни в цілому» [17].

Такий стан речей нагадує конкурсний процес Стародавнього Риму.

Відтак в античний період кредитор отримував право на захоплення боржника (*manus injecto*), який прострочив виконання власних грошових зобов'язань протягом 30 днів.

Наразі КзПБ передбачає можливість подання заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство на перший день прострочення виконання зобов'язання, в той самий час стаття 35 впроваджує термін до 5 днів, після чого буде винесена ухвала про прийняття заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, якою суд може застосувати до боржника заходи забезпе-

чення виконання вимог кредиторів. Тобто замість 30 днів український законодавець надає боржнику лише 5.

У результаті захоплення боржника утримували в кайданах протягом 60 днів. У цей час він мав погасити заборгованість, адже в іншому випадку кредитор міг розпочати процедуру продажу його у рабство.

Наразі ч. 2 ст. 35 КзПБ передбачає, що не пізніше 14 днів із дня постановлення ухвали про прийняття заяви про відкриття провадження у справі, буде проведено підготовче засідання і винесена ухвала про відкриття провадження у справі про банкрутство. Після чого боржника очікуватимуть процедури, передбачені даним кодексом. Тобто замість 60 днів український законодавець надає боржнику лише 14.

Спільними рисами є те, що як і в часи античності, так і в часи Незалежної України потенційно платоспроможний боржник фактично позбавлений можливості задовільнити майнові вимоги кредитора. Оскільки при забороні відчуження основних засобів, так само як і при знаходженні в кайданах, погасити прострочені грошові зобов'язання доволі проблематично.

Також спільним є і негативний відбиток на репутації боржника, який мав місце навіть у випадку виконання вимог кредиторів. Причому кредитор не понесе жодного покарання через таке паплюження ділової репутації платоспроможного боржника, який у подальшому виконає грошові зобов'язання. Таким чином можлива недобросовісна конкуренція на абсолютно законних підставах.

На відміну від Стародавнього Риму, де майже понад 2 400 років назад дійшли думки про необхідність існування сталої неплатоспроможності і саме тому впроваджувався термін у 30 днів прострочення, в сучасній Україні законодавець вирішив, що п'ятиденного терміну є більш ніж достатньо.

Наразі хочемо навести положення Закону про банкрутство, які містили вимогу у наявності виконавчого провадження протягом 3 місяців. На думку законодавця, термін 3 місяці є достатнім, задля того щоб стверджувати про наявність стійкої неплатоспроможності у боржника, а не наявність тимчасових фінансових труднощів.

Важливою особливістю є те, що відлік часу починається саме з моменту початку виконавчого провадження. Дану особливість пояснюємо тим, що при конкурсному процесі важливою умовою є безспірність майнових вимог кредитора. Дана парадигма бере свій початок з періоду античності і наразі залишається одним із фундаментальних принципів процедури банкрутства.

Безспірність майнових вимог кредиторів має підтверджуватись об'єктивними факторами. Закон про банкрутство передбачав обов'язкову наявність судового рішення, яке набрало законної сили, із приводу заборгованості боржника, а факт наявності виконавчого провадження протягом трьох місяців якраз і засвідчує сталу неможливість боржника виконати наявні грошові зобов'язання.

Варто зазначити, що в першій редакції КзПБ зазначалось лише про необхідність відсутності спору про право (ч. 6 ст. 39). Відповідно, наявність спору про право слугує підставою для відмови у відкритті провадження у справі про банкрутство. Однак не вимагалось наявності ані судового рішення, ані переходу на стадію виконавчого провадження. Пізніше законодавець вніс зміни і зазначив, що наявність судового рішення, яке набрало законної сили, є обов'язковою умовою для відкриття провадження у справі.

Варто зазначити, що поняття «спір про право» не було жодним чином конкретизованим у КзПБ. Такий стан речей існував трохи більше півроку, проте із цього приводу вже існує певна судова практика. Відтак Північний апеляційний господарський суд в Постанові у Справі № 910/2522/20 зазначив, що вищезгадане поняття у КзПБ відсутнє, та «законодавець не ототожнює його зі спором, який розглядається у позовному провадженні судом або перебуває на розгляді іншого юрисдикційного органу» [15]. Більше того, у згаданій Постанові суд доходить висновку, що підтвердженням відсутності спору щодо вимог кредиторів є або судові рішення, яке набрало законної сили, або визнання боргу боржником [15]. Таким чином, можемо стверджувати, що дана Постанова дещо випередила час, та її положення знайшли своє відображення у законодавчому акті.

Наразі пропонуємо повернутись до аналізу вищезгаданих змін до КзПБ. У цілому оцінюємо їх як позитивний крок. Щонайменше, завдяки цьому процедура банкрутства в Україні стала більше нагадувати конкурсний процес, аніж наказне провадження. Однак питання про відмежування стійкої неплатоспроможності від тимчасових фінансових труднощів боржника все рівно залишається відкритим. Сам по собі факт наявності безспірних вимог, які хоча і підтверджені судовим рішенням, і є простроченими, ще не означає, що боржник є неплатоспроможним. На нашу думку, наразі є необхідним ввести додатковий фільтр із приводу наявності певного періоду невиконання судового рішення на стадії виконавчого провадження.

Окрім наявності неплатоспроможності боржника, процедура банкрутства в Україні може розпочатись через загрозу неплатоспроможності боржника, виключно з ініціативи самого боржника. Поняття «загроза неплатоспроможності» не є новим для України, оскільки вперше воно з'явилося в Законі про банкрутство, а саме у частині 5 статті 11 зазначалось про обов'язок боржника звернутись із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство в разі наявності загрози його неплатоспроможності. Причому під загрозою неплатоспроможності розумілась ситуація, в якій виконання вимог одного чи декількох кредиторів призведе до неможливості погашення вимог іншого кредитора чи кредиторів [9]. Положення згаданої норми перейшли і до спадкоємця даного нормативного акта.

Здебільшого визнання загрози неплатоспроможності підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство за заявою боржника перейшло до нас від німецького законодавства. Саме про підстави для відкриття провадження у справі про неспроможність у Німеччині далі піде мова.

Відтак відповідно до положення § 16 КН провадження у справі про неспроможність має бути відкрите лише за існування певних причин. Відповідно, причин у КН наведено три і вони містяться у § 17, 18 та 19. Такими умовами є: неплатоспроможність, загроза неплатоспроможності та перзаборгованість. Розпочнемо із аналізу неплатоспроможності.

Відтак неплатоспроможність, відповідно до положень КН – це неможливість боржника виконати своїх зобов'язань. У разі якщо боржник припинив їх виконання, кредитор може презумувати наявність неплатоспроможності. З аналізу норм німецького нормативного акта стає зрозуміло, що визначення, як і в українській правовій системі, є занадто широким. Однак, на відміну від нашої системи, в Німеччині існує певна практика щодо розуміння даного поняття. Відтак, як зазначав експерт із права неспроможності в організації PRAVO-JUSTICE Арне Енгельс: «В Німеччині відсутність платоспроможності визначається як невиконання щонайменше 90% боргу протягом наступних трьох тижнів» [14]. Таким чином, ми знаходимо підтвердження нашої описаної позиції про те, що для ініціювання конкурсного процесу необхідна наявність стійкої неплатоспроможності. Звичайно, що період для визначення постійності неплатоспроможності може відрізнятись залежно від правової системи та її історичного розвитку, однак, тим не менш, його існування є необхідним.

Також доволі цікавим є положення щодо несплати щонайменше 90% від своїх

зобов'язань. Тобто саме момент невиконання цієї частки від всіх своїх грошових зобов'язань засвідчує об'єктивну наявність фінансових труднощів у боржника і, якщо такі труднощі не зникнуть протягом 3 тижнів, – боржник буде вважатися таким, що має неплатоспроможність.

Наступною підставою для відкриття провадження у справі про неспроможність у Німеччині є вже згадана загроза неплатоспроможності. Дане поняття є дуже подібним із поняттям, яке міститься у КзПБ, оскільки, як зазначалось раніше, туди воно потрапило із Закону про банкрутство, а даний нормативний акт певною мірою перейняв його із КН. Відтак загроза неплатоспроможності є підставою для відкриття провадження у справі про неспроможність виключно за ініціативою боржника. Під загрозою неплатоспроможності в КН зазначається стан боржника, в якому він не буде в змозі виконати свої грошові зобов'язання у майбутньому на момент необхідності їх виконання.

Третьою і останньою підставою є перевищена заборгованість (Überschuldung). Дане поняття для нас є забутим, оскільки і в Законі про банкрутство, і в КзПБ воно відсутнє. Однак воно існує у ч. 4 ст. 205 ГК України.

Під перевищеною заборгованістю слід розуміти положення боржника, в якому сума його боргів перевищує вартість всього його майна та інших активів. Тобто це перевага пасиву над активом.

В українському законодавстві зазначено таке: «У разі неспроможності суб'єкта господарювання через недостатність його майна задовольнити вимоги кредиторів він може бути оголошений за рішенням суду банкрутом» [8].

Також необхідно наголосити на тому, що на теоретичному рівні таке явище отримало назву «неоплатність».

Варто зазначити, що, на нашу думку, дану норму в українському законодавстві слід сприймати лише як визначення можливих негативних наслідків для боржника, в разі його неоплатності, а не як одну із підстав відкриття провадження у справі про банкрутство. Як зазначив Поляков Б.М., в Україні вже був недосконалий закон, «який неплатоспроможність ототожнював із неоплатністю, тобто припущення із реальністю». [1, с. 141]. Також науковець наводить думку про те, що майно боржника перебуває не в одному місці, і його буде дуже важко перевірити та оцінити [1, с. 140]. Тому, на нашу думку, визначення неоплатності, яке наводиться в ГК, здебільшого є зазначенням можливих негативних наслідків.

Якщо повернутись до німецького законодавства, то виникає питання – навіщо виокремлювати перевищену заборгованість як окрему підставу для відкриття процедури неспроможності, якщо вже існує така підстава як, власне, неплатоспроможність? Насправді відповідь є доволі простою. Оскільки для настання неплатоспроможності боржник має не виконати щонайменше 90% своїх грошових зобов'язань протягом 3 тижнів, то може виникнути ситуація, за якої у боржника наявна перевага пасиву над активом, однак кредитори будуть змушені чекати настання вищенаведених умов. При такому очікуванні боржник зможе зробити певні дії, які можуть призвести до настання негативних наслідків для кредиторів.

Так само маємо зазначити, що сама по собі перевага пасиву над активом з давніх давніх вважалась об'єктивною ознакою неплатоспроможності боржника. Однак все рівно може виникнути ситуація, за якої боржник хоч і буде мати перевищення пасиву над активом, проте його підприємницька діяльність принесе дохід, а отже, неплатоспроможним його назвати точно не видається можливим. З огляду на це, Арне Енгельс зазначив: «Якщо особа чи установа має позитивну ліквідність (Fortbestehensprognose) протягом поточного та наступного ділових років, то вона не вважається перевищено заборгованою» [14].

Таким чином, доходимо висновку, що при перевищенні заборгованості боржник має бути, окрім іншого, збитковим, а отже, знову матиме місце питання наявності стійкої неплатоспроможності.

Висновки

Ураховуючи все вищенаведене, а особливо порівняльно-правовий аналіз законодавства України та Німеччини у сфері регулювання банкрутства (неспроможності), можемо стверджувати таке.

Сама по собі поява КзПБ є дещо передчасною, хоча і має на меті позитивні наслідки.

Під позитивними наслідками ми маємо на увазі гармонізацію законодавства України із європейським, оскільки наразі це питання є дуже актуальним. Україна прагне набути членства в Європейському Союзі, а однією з багатьох умов набуття є саме узгодження законодавства.

Також простежуємо прагнення законодавця пришвидшити процедуру банкрутства, тим самим забезпечити більш сприятливі умови для іноземних інвесторів.

З іншого боку, можемо стверджувати, що КзПБ є занадто «сирим» та «зеленим» задля

того, щоб бути повноцінним продуктом споживання. Його положення потребують певної гармонізації між собою, не кажучи вже про здійснення їх удосконалення. Безумовно, законодавець вже встиг виправити певні явні недоліки даного акту, однак їх ще залишається чимало.

З метою покращання ефективності застосування КзПБ та унеможливлення зловживань процедурою банкрутства з боку як кредиторів, так і боржників пропонуємо встановити в КзПБ чіткі умови для відкриття провадження у справі про банкрутство для юридичних осіб. При цьому також вбачається необхідність звуження переліку юридичних осіб, які можуть бути суб'єктами банкрутства, введення більшої кількості умов для відкриття провадження у справі про банкрутство, зокрема введення такої передумови як дотримання виконавчого провадження.

Список використаних джерел:

1. Поляков Б.М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні : підруч. для студ. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2011. 560 с.
2. Поляков Б.М. Казус потенційної ліквідації. URL : https://zib.com.ua/ua/print/138072-za_kzpb_mozhna_zrobiti_bankrutom_bud-yakiy_derzhavniy_organ_.html (дата звернення: 08.06.2020).
3. Поляков Б.М. Принцип доміно. URL : https://zib.com.ua/ua/print/138714-yak_kzpb_mozhe_sprovokuvati_lancyugove_padinnya_pidpriemstv_.html (дата звернення: 08.06.2020).
4. Джузь В.В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні : монографія. Львів : Інститут технологій бізнесу і права, 2000. 177 с.
5. Постанова Верховного Суду України від 16 жовтня 2007 року у справі No 2-26/10026-2005 (2-26/2865-2006) URL : https://ips.ligazakon.net/document/view/V507901?an=41&ed=2007_10_16 (дата звернення: 08.06.2020).
6. Тітов М.І. Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти. Харків : Консум, 1997. 192 с.
7. Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Второе издание. Казань: Типография Императорского Университета, 1898. VI. 498 с.
8. Господарський Кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 08.06.2020).
9. Закон України Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#n138> (дата звернення 08.06.2020).
10. Кодекс України з процедур банкрутства URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19> (дата звернення: 08.06.2020).
11. Закон України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення механізмів регулювання банківської

діяльності URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/590-20> (дата звернення: 08.06.2020).

12. Insolvenzordnung. URL : <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/index.html#BJNR286600994BJNE002000000> (дата звернення: 08.06.2020).

13. Проект Закону про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67107 (дата звернення: 08.06.2020).

14. Interview with Arne Engels, international expert of the EU Project Pravo-Justice, attorney-at-law (Germany), bar certified specialist on banking law and capital markets. URL : <https://www.pravojustice.eu/post/intervyu-z-arne-entelsom-mizhnarodnim-ekspertom-proektu-pravo-justice-yuristom-specialistom-z-bankivskogo-pravata-rinku-kapitaliv> (дата звернення: 08.06.2020).

15. Постанова Північного апеляційного господарського суду у Справі № 910/2522/20 від 28 травня 2020 р. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89593588> (дата звернення: 16.06.2020).

16. Малышев К.И. Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права. Москва: Статут, 2007. 795 с.

17. Грабован Л. Правовий статус кредиторів у Кодексі України з процедур банкрутства. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення 03.08.2020).

18. Вечірко І. Умови відкриття провадження у справі про банкрутство згідно з нормами Кодексу України з процедур банкрутства. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (03.08.2020).

Rodion Poliakov. Grounds for initiating proceeding on the case of bankruptcy (insolvency) in Ukraine and Germany

The article is devoted to the comparative legal analysis of the grounds for initiating bankruptcy (insolvency) proceedings in Ukraine and Germany. It is pointed out that there is a common historical development of the competition process in Ukraine and Germany. There is an analysis and comparison of some provisions of the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine, which now in force, with the Law of Ukraine "On restoring the debtor's solvency or declaring him bankrupt", the Insolvency Code in Germany, as well as with certain provisions of Roman law.

There are common grounds for initiating bankruptcy (insolvency) proceedings in Ukraine and Germany. It is pointed out that the barriers to initiating bankruptcy proceedings in Ukraine have been unjustifiably eased. However, despite some similarities, it is emphasized that in Ukraine the legislator does not provide the permanent insolvency of the debtor to initiate bankruptcy proceedings by the creditor.

The author draws attention to the fact that the German competition law prohibits the opening of insolvency proceedings in respect of property belonging to the Federation, the Land or a legal entity under public law, which under the Land Law can not be declared insolvent.

The article provides an analysis of the amendments to the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine. At the same time, it is noted that there is a need to refine them in the future, due to the fact that they have not fully resolved the problems with the conditions of the opening of bankruptcy proceedings.

As a result of the study, the author concludes that despite the desire of the Ukrainian legislator to improve and speed up the bankruptcy procedure, the codified legal act itself came out quite prematurely, and its provisions need to be harmonized. The lack of a clear legal definition of the conditions for initiating bankruptcy proceedings against legal entities can lead to various abuses by both creditors and debtors.

Key words: Bankruptcy, bankruptcy process, insolvency, opening of bankruptcy (insolvency) proceedings, disability.

